

Aktenzeichen: 2 AZR 159/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 15. März 1984

- 2 AZR 159/83 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 23. Juni 1982

Kiel

- 4 b Ca 744/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 11. Februar 1983

Schleswig-Holstein

- 3 (4) Sa 462/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH, fristlose Kündigung

Gesetz:

BGB §§ 626, 611 Beschäftigungspflicht, § 615; AFG § 166 b;
ArbGG 1979 §§ 5, 73 Abs. 2; AVG §§ 2, 3; GmbHG §§ 35, 38;
RVO §§ 165, 405; ZPO §§ 253, 259, 530

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Fristlose Kündigung des Mitgeschäftsführers einer Komplementär-GmbH, der Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft geblieben ist; Wahrung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Leistungsmängeln von Angestellten in leitender Stellung; Verurteilung zur Weiterbeschäftigung nach rechtskräftigem Abschluß des Kündigungsschutzprozesses; Zuschuß des Arbeitgebers zu einer befreienden Lebensversicherung des Angestellten, Beitragspflicht der Bundesanstalt für Arbeit nach § 166 b AFG; Zuschußpflicht des Arbeitgebers zur Krankenversicherung nach § 405 RVO.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 159/83

3 (4) Sa 462/82 Schleswig-Holstein

Verkündet am
15. März 1984

Im Namen des Volkes!

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil
In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 15. März 1984 durch den Vorsitzenden



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

- I. Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 11. Februar 1983 - 3 (4) Sa 462/82 - aufgehoben, soweit es über die Leistungsanträge des Klägers und über die Kosten entschieden hat.
- II. Auf die Berufung der Parteien wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 23. Juni 1982 - 4 b Ca 744/82 - abgeändert, soweit es über die Leistungsanträge des Klägers und über die Kosten entschieden hat.
- III. Die Beklagte wird verurteilt
 1. an den Kläger 59.400,-- DM brutto abzüglich 33.522,90 DM zu zahlen,
 2. den Kläger ab Rechtskraft des Revisionsurteils in dieser Sache als Abteilungsleiter für den Bereich Damenoberbekleidung weiterzubeschäftigen,
 3. dem Kläger ab Rechtskraft des Revisionsurteils den bisherigen Dienstwagen Typ BMW mit dem Recht der Privatnutzung zur Verfügung zu stellen.



IV. Soweit das Landesarbeitsgericht über die Anträge des Klägers, die Beklagte zur Zahlung von Beiträgen zur Lebens- und Krankenversicherung zu verurteilen, und über die Kosten entschieden hat, wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen werden die Revision und die Berufung der Beklagten 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 im Jahre 1931 geborene, verheiratete und zwei studierenden Kindern unterhaltspflichtige Kläger war bei der Beklagten, einer Kommanditgesellschaft, die in Kiel ein Textilkaufhaus betreibt, seit dem 1. April 1959 als Leiter der Abteilung Damenoberbekleidung (DOB) beschäftigt. Im Laufe seines Beschäftigungsverhältnisses erhielt er zunächst Gesamtprokura, trat in die Gesellschaft als Kommanditist ein und wurde später zum Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH bestellt.

Die Beklagte wird in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG geführt. Sie ist ein Familienunternehmen und wird wirtschaftlich von den Nachkommen des am 18. Januar 1979 verstorbenen Kaufmanns Walter T und deren Ehegatten beherrscht. Nach dem Gesellschaftsvertrag in der ab 1. September 1971 geltenden Fas-



-4-

sung vom 23. Dezember 1971 sowie den ab 1. September 1978 bzw. 1. September 1979 geltenden Änderungsverträgen ist Komplementärin der Beklagten die "Textil-Vertriebsgesellschaft Walter T mbH" (künftig: T-GmbH) mit einem Stammkapital von 20.000,-- DM (§ 4 des Gesellschaftsvertrages der T-GmbH in der Fassung des Vertrages vom 29. August 1978). Kommanditisten waren drei Mitglieder der Familie T mit Einlagen von insgesamt 162.000,-- DM sowie der Kaufmann Herbert K und der Kläger (seit 1. September 1971) mit Einlagen von je 19.000,-- DM. Der T-GmbH obliegt die Geschäftsführung und Vertretung der Beklagten. Nach § 5 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der Beklagten scheidet jeder der Kommanditisten B und K, "die gleichzeitig Angestellte der Beklagten oder der T-GmbH sind", ohne Kündigung mit dem Zeitpunkt der Beendigung seines Anstellungsverhältnisses sowie mit seinem Tode aus der Beklagten aus.

Die Geschäftsanteile an der T-GmbH werden in Höhe von 18.000,-- DM von den drei Mitgliedern der Familie T und in Höhe von 2.000,-- DM von dem am 31. August 1979 als Kommanditist aus der Beklagten ausgeschiedenen Kaufmann Hans F gehalten. Für Geschäftsanteile in Höhe von insgesamt 12.000,-- DM, die von zwei Mitgliedern der Familie T gehalten werden, steht dem Richter am Landgericht J als Testamentsvollstrecker das Stimmrecht zu. Nach § 5 ihres Gesellschaftsvertrages wird die T-GmbH, sofern mehrere Geschäftsführer bestellt sind, von je zwei von ihnen gemeinsam oder, falls auch Prokuristen vorhanden sind, von einem Geschäftsführer gemeinsam



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mit einem Prokuristen vertreten. Am 1. September 1978 wurde der Kläger neben den Kommanditisten Kö und K zum Mitgeschäftsführer bestellt. Gemäß § 6 ihres Gesellschaftsvertrages besteht bei der T-GmbH ein Beirat, dem den Geschäftsführern gegenüber die Befugnisse einer Gesellschafterversammlung nach § 37 GmbHG zustehen und der darüber hinaus befugt ist, der Geschäftsführung, die alle wichtigen geschäftlichen Maßnahmen mit ihm abzustimmen hat, Weisungen zu erteilen. Er besteht seit 1. September 1979 aus dem Kommanditisten Kö, dem früheren Kommanditisten F und dem Richter am Landgericht J.

Die Beklagte schloß mit dem Kläger im Februar 1960 einen schriftlichen Anstellungsvertrag. Danach wurde das Arbeitsverhältnis am 1. April 1960 für die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen und verlängerte sich jeweils um weitere fünf Jahre, sofern es nicht spätestens sechs Monate vor Ablauf gekündigt wurde. Das Gehalt des Klägers sollte sich bei Änderungen des einschlägigen Tarifvertrages entsprechend ändern und betrug zuletzt 5.400,-- DM brutto. Der Kläger erhielt Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld und Erfolgsbeteiligung im Rahmen der betrieblichen Leistungen sowie einen Firmenwagen vom Typ BMW mit dem Recht auf private Nutzung zur Verfügung gestellt. Von seinem bei der Beklagten geführten Separatkonto, auf das die Gewinnbeteiligung gebucht wurde, wurde die Hälfte des Jahresbeitrags zu zwei von ihm mit der Nordstern-Lebensversicherungs-AG zur Befreiung von der Angestelltenversicherung abgeschlossenen Lebensversicherungen (pro Monat 357,57 bzw. 79,85 DM) und zur Barmer Ersatzkasse (pro Monat 202,-- DM) sowie seine Einkommenssteuer



abgeführt.

Am 2. Juli 1963 erhielt der Kläger Gesamtprokura, die nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer der T-GmbH am 14. September 1978 im Handelsregister gelöscht wurde.

Unter dem 10. Juli 1980 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Versorgungszusage, die für die Beklagte von den Geschäftsführern Kö und K und für den Beirat der T-GmbH von dessen Mitgliedern J und F unterschrieben ist.

Nach einem langsamen Ansteigen der Umsätze in der vom Kläger geleiteten DOB-Abteilung in den Jahren 1976 und 1977 und einem stärkeren Umsatzzuwachs im Jahr 1978 gingen die Umsätze ab 1979 zurück. Hierbei lag der Umsatz im Jahre 1979 noch über dem des Jahres 1976, im Jahre 1980 um ca. 300.000,-- DM darunter.

Mit Schreiben vom 11. März 1981 bat der Beirat der T-GmbH den Kläger, in der DOB-Abteilung im Hinblick auf die Entwicklung in den Jahren 1978 bis 1980 unverzüglich mehrere Maßnahmen durchzuführen, darunter folgende:

1. ...
2. Die Läger - insbesondere das Kleider- und das Mantellager - sind um rund 20 - 25 % abzubauen.
3. ...
4. Der Preisspiegel ist überhöht, es muß preiswertere Ware angeboten werden. Das kann z. B. erreicht werden durch stärkere Verlagerung des Einkaufs auf die KMT und durch das Aufsuchen von Herstellern preisgünstigerer Ware.



-7-

Dabei ist der Ankauf von Sonderposten zu verstärken.
..."

Am 20. Oktober 1981 fand eine Sitzung des Beirats der
T-GmbH statt, an der auch der Kläger und der Mitgesellschafter
K teilnahmen. In dem Protokoll über diese Sitzung heißt es:

"Herrn B wurde in einem rückhaltlosen Gespräch seine
gegebenenfalls vorzunehmende Entlassung erläutert. Er
hatte Gelegenheit Fragen zu stellen, die beantwortet
wurden.

Herrn B wurde gesagt, daß seine Entlassung gegebenen-
falls zum Schluß des Geschäftsjahres Ende Februar 1982
anstünde. Dann würde gegebenenfalls ein Kündigungsschreiben
an ihn gerichtet. Sein Einwand, daß er bis zu diesem Zeit-
punkt die Verluste nicht werde auffangen können, wurde
beantwortet wie folgt:

Es reiche - da es um die Sache und den Betrieb gehe und die
Firma lieber mit einem langjährigen Mitarbeiter weiterar-
beiten wolle als mit einem neuen Mann - wenn er bis zu dem
Stichtag eine Trendwende zum besseren einleiten könne, um
die DOB-Abteilung in Ordnung zu bringen und um so sein
Verbleiben in der Firma sicherzustellen. Die bisherige
Entwicklung in der DOB-Abteilung namentlich die hohen Ab-
schriften und Verluste könne und wolle die Firma jedoch
nicht länger verkraften und hinnehmen. ...

Herrn B wurde nochmals die Lage der Firma, insbesondere
die Entwicklung der Liquidität im Verlauf der letzten
3 Jahre erläutert. Ihm wurde klargemacht, daß es sich aus
Sicht der Firma um einen notwendigen Schritt handele. ..."

Am 22. Februar 1982 beschloß die Gesellschafterversammlung
der T-GmbH, den Kläger als Geschäftsführer zum 28. Februar 1982
abzuberufen, sein Anstellungsverhältnis zum selben Termin zu
kündigen und bevollmächtigte den Gesellschafter F , die Kün-
digungen im Namen der Gesellschafterversammlung auszusprechen.
Ferner wies sie die verbleibenden Geschäftsführer der T-GmbH an,
Herrn F Auftrag und Vollmacht zu erteilen, auch das An-
stellungsverhältnis des Klägers bei der Beklagten für den Fall,



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



daß ein solches noch bestehen sollte, zum 28. Februar 1982 aus wichtigem Grund zu kündigen.

Mit Schreiben vom 23. Februar 1982 teilte Herr F dem Kläger u. a. folgendes mit:

"In Ausübung der mir erteilten Vollmachten teile ich Ihnen Ihre Abberufung als Geschäftsführer der GmbH hierdurch mit und kündige zugleich das von der Firma H & Co. (GmbH & Co.) bei Ihrer Berufung zum Geschäftsführer der Textil-Vertriebsgesellschaft mbH von dieser übernommene Anstellungsverhältnis sowie ein etwa noch bestehendes Anstellungsverhältnis bei der Kommanditgesellschaft zum 28. Februar 1982 aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB. Zur Begründung wird zunächst auf das Schreiben des Beirats an Sie vom 11.3.1981, das Sitzungsprotokoll vom 15.10.1981 sowie das Sitzungsprotokoll vom 20.10.1981 hingewiesen. Die in dem letztgenannten Protokoll für erforderlich gehaltene Trendwende in den DOB Abteilungen haben Sie trotz aller Vorhaltungen und Ermahnungen nicht herbeigeführt. Die Gesellschaften sehen sich daher gezwungen sich von Ihnen mit Geschäftsjahresschluß, d. h. zum 28. Februar 1982 zu trennen...."

Mit der vorliegenden, am 17. März 1982 beim Arbeitsgericht eingegangenen und gegen die Beklagte erhobenen Klage wendet sich der Kläger gegen die in dem Schreiben vom 23. Februar 1982 ausgesprochene Kündigung seines Anstellungsverhältnisses. Er ist der Meinung, daß er unbeschadet seiner Bestellung zum Mitgeschäftsführer der T-GmbH weiterhin in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu den Bedingungen des Anstellungsvertrages vom Februar 1960 gestanden habe und hält die außerordentliche Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses wegen Fehlens eines wichtigen Grundes für rechtsunwirksam. Er hat ferner geltend gemacht, daß ihn die Beklagte in seiner bisherigen Stellung als Leiter der DOB-Abteilung weiterbeschäftigen müsse; hierbei handele es sich nicht um



den Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses, sondern um den Beschäftigungsanspruch für die Zeit danach, nämlich nach der Urteilsverkündung. Die Beklagte müsse ihm weiterhin den Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung stellen und ab März 1982 das jeweils zum Monatsende fällige Gehalt von 5.400,-- DM brutto sowie die hälftigen Beiträge zu den befreienden Lebensversicherungen und zur Krankenversicherung weiterzahlen.

Der Kläger hat demgemäß folgende Anträge gestellt:

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die am 26. Februar 1982 zugestellte Kündigung vom 23. Februar 1982 nicht aufgelöst worden sei,
2. die Beklagte zu verurteilen,
 - a) den Kläger als Abteilungsleiter für den Bereich Damenoberbekleidung weiter zu beschäftigen,
 - b) dem Kläger seinen bisherigen Dienstwagen Typ BMW weiterhin als Dienstwagen mit dem Recht der Privatenutzung zur Verfügung zu stellen,
 - c) an den Kläger ab März 1982 monatlich jeweils nachträglich 5.400,-- DM unter Abzug der abzuführenden Lohnsteuer zu zahlen,
 - d) ab März 1982 jeweils nachträglich zu Gunsten des Klägers an die Nordstern-Lebensversicherungs AG zur Police-Nr. 489845 357,57 DM und zur Police-Nr. 432435 79,85 DM sowie an die Barmer-Ersatzkasse 202,-- DM zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Zur Begründung hat sie vorgetragen:

Die Klage sei unzulässig, weil der Kläger seit seiner Be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stellung zum Geschäftsführer der T-GmbH nicht mehr ihr Arbeitnehmer gewesen sei, sondern ausschließlich in einem Dienstverhältnis zu ihrer Komplementärin gestanden habe. Für die sich aus diesem Beschäftigungsverhältnis ergebenden Streitigkeiten seien somit allein die ordentlichen Gerichte zuständig. Die Klage sei aber auch sachlich unbegründet, weil sie, die Beklagte, nicht passiv legitimiert, die außerordentliche Kündigung rechtswirksam sei und dem Kläger die geltend gemachten Leistungsansprüche nicht zustünden.

Angesichts der erst zum 31. März 1985 möglichen fristgemäßen Lösung des Vertragsverhältnisses sei es ihr im Hinblick auf die katastrophale Entwicklung, die die DOB-Abteilung unter der alleinverantwortlichen Leitung des Klägers genommen habe, nicht zuzumuten, das Anstellungsverhältnis länger aufrechtzuerhalten. Wenn für das Gesamtunternehmen noch keine Verluste eingetreten seien, so sei das ausschließlich darauf zurückzuführen, daß die Umsätze in den anderen Abteilungen ständig gestiegen seien. Auch die Abschreibungen in den anderen Abteilungen seien seit 1979 ständig gesunken, während die Abschreibungen auf die für die DOB-Abteilung eingekaufte Ware ständig gestiegen seien. Der Umsatzrückgang sei keineswegs auf die allgemeine schlechte wirtschaftliche Lage zurückzuführen. Die Kundenzahl in der DOB-Abteilung sei von 124.105 im Jahre 1977 auf nunmehr 62.274 zurückgegangen. Der entscheidende Fehler des Klägers sei es gewesen, den Stil der DOB-Abteilung, die traditionell Ware zu niedrigeren und mittleren Preisen verkauft habe, in Richtung Exklusivität geändert zu haben und damit in Konkurrenz zur Firma R ge-



kommen zu sein. Insoweit habe der Kläger auch gegen die ausdrückliche Weisung des Beirats der T-GmbH vom 11. März 1981 unter Ziffer 4 verstoßen. Ferner habe er auch Ziffer 3 der Weisung nicht beachtet, weil er das Kleider- und Mantellager nur teilweise abgebaut habe. Er hätte auch die in der Beiratssitzung vom 20. Oktober 1981 zur Abwendung einer Entlassung geforderte Trendwende herbeiführen können. Indessen habe sie in der Zeit vom 1. März bis 30. Juni 1982 auf Ware, die zu einem erheblichen Teil aus Einkäufen des Klägers nach dem 20. Oktober 1981 stamme, erneut 430.000,-- DM abschreiben müssen. Unter anderem habe der Kläger bei einer Lieferantin telefonisch 110 Kleider ohne vorherige Besichtigung geordert, die sich nach der Anlieferung als unverkäuflich herausgestellt hätten.

Der Kläger hat erwidert, die außerordentliche Kündigung sei bereits deshalb unwirksam, weil die Beklagte die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt habe. Es lägen aber auch sachlich keine Kündigungsgründe vor. Der Rückgang der Umsätze und Erträge in der DOB-Abteilung sei auf eine Reihe von Gründen zurückzuführen, die außerhalb seines Einflußbereichs gelegen hätten und denen er auch wegen des Widerstandes seines Mitgeschäftsführers und des Beirats nicht in der von ihm für richtig gehaltenen Weise habe entgegenwirken können.

Er habe auch nach besten Kräften versucht, die Weisungen des Beirats vom 11. März 1981 auszuführen. Er habe während seiner Zeit als Mitgesellschafter weder vor noch nach dem Tode des Gesellschafters Walter T das Sortiment geändert und



teurere Artikel eingekauft. Die Beklagte habe auch nicht näher dargelegt, wann, in welcher Weise und mit welchen Folgen dies geschehen sei. Die Lagerbestände hätten im Hinblick auf die zurückgehende Kaufbereitschaft der Kunden nicht in wenigen Monaten abgebaut werden können.

In einem gegen die Beklagte im April 1982 angestregten Verfügungsverfahren (Arbeitsgericht Kiel - 4 b Ga 9/82 -) gewährte die Beklagte in einem am 23. April 1982 abgeschlossenen Vergleich dem Kläger ein zinsloses Darlehen in Höhe von 10.000,-- DM, das mit Abschluß des vorliegenden Hauptverfahrens in erster Instanz rückzahlbar sein sollte.

Die Beklagte hat noch vorgetragen, die Verbindlichkeiten des Klägers als Kommanditist ihr gegenüber betrügen unter Berücksichtigung des in diesem Vergleich gewährten Darlehens per 1. März 1982 rund 106.000,-- DM.

Das Arbeitsgericht hat durch das am 23. Juni 1982 verkündete Urteil dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien im Umfang ihres Unterliegens Berufung eingelegt.

Der Kläger hat sein Begehren auf Fortzahlung von Gehalt für die Zeit vom 1. März 1982 bis 31. Januar 1983 (11 Monate) ermäßig und folgende Zahlungsanträge gestellt:



Die Beklagte wird verurteilt,

...

- c) an den Kläger 59.400,-- DM abzüglich der auf das Arbeitsamt für die Zeit vom 9. März 1982 - 31. Januar 1983 übergegangenen Ansprüche aus der Zahlung von Arbeitslosengeld zu zahlen,
- d) an die Nordstern-Lebensversicherungs AG zu Gunsten des Klägers zur Police-Nr. 489845 2.502,99 DM und ab 1. Oktober 1982 monatlich 357,57 DM sowie zur Police-Nr. 432435 558,95 DM und ab 1. Oktober 1982 monatlich 79,85 DM zu zahlen,
- e) an die Barmer-Ersatzkasse als Krankenversicherungsbeitrag für den Kläger 1.414,-- DM sowie ab 1. Oktober 1982 monatlich 202,-- DM zu zahlen.

Im übrigen hat er seine abgewiesenen Leistungsanträge weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht Kiel - Kammer für Handelssachen - zu verweisen.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Zu den Leistungsanträgen des Klägers hat sie noch vorgetragen:

Ein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe auch nicht für die Zeit nach dem Abschluß des Kündigungsschutzprozesses. Selbst bei Unwirksamkeit der Kündigung stünden überwiegende Interessen des Unternehmens einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegen, weil es dadurch ruiniert würde. Da dem Kläger ein Dienstwagen für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestanden habe, entfalle bei fehlender Weiterbeschäftigungspflicht die private Nutzung des Wagens automatisch. Sollten Gehaltsansprüche des Klägers bestehen, so wären diese in Höhe des gezahlten Arbeitslosengeldes auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangen. Gleiches gelte für die Beiträge, die die Bundesanstalt für Arbeit zur Krankenversiche-



rung, Rentenversicherung und gegebenenfalls zur befreienden Lebensversicherung des Klägers geleistet habe, da Arbeitslose auch kranken- und rentenversichert seien. Mit den Lebensversicherungen des Klägers habe sie im übrigen nichts zu tun. Nach beiden Verträgen sei allein der Kläger Versicherter und Versicherungsnehmer. Soweit sie Prämien bezahlt habe, sei dies stets zu Lasten des Kapitalkontos des Klägers erfolgt. Gegen die noch verbleibenden geringfügigen Nettogehaltsansprüche des Klägers rechne sie mit dem seit der Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils am 23. Juni 1982 fälligen Darlehnsrückzahlungsanspruch in Höhe von 10.000,-- DM aus dem Prozeßvergleich vom 23. April 1982 und ferner mit ihren gleichfalls fälligen Ansprüchen auf Rückzahlung der Beträge auf, um die der Kläger sein Kapitalkonto als Kommanditist überzogen habe. Dieser Anspruch betrage nach den berichtigten Berechnungen per 1. März 1982 174.261,26 DM.

Der Kläger hat der Zulassung der Aufrechnung nicht zugestimmt.

Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und den zuletzt gestellten Anträgen des Klägers auf Zahlung von Gehalt und Versicherungsbeiträgen entsprochen. Im übrigen hat es beide Berufungen zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Der Kläger hat das von dem geforderten Gehalt abzusetzende Arbeitslosengeld mit 23.522,90 DM beziffert und den Zahlungsbetrag



um die Darlehensschuld von 10.000,-- DM aus dem Prozeßvergleich vom 28. April 1982 ermäßigt. Im übrigen verfolgen beide Parteien ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

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

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Annahme der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen durch das Berufungsgericht, die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung und die Verurteilung zur Gehaltszahlung in dem vom Kläger in der Revisionsinstanz noch erstrebten Umfang wendet (unter A I bis IV). Dagegen hat sie Erfolg, soweit das Berufungsgericht den Anträgen des Klägers auf Zahlung von Versicherungsbeiträgen stattgegeben hat (unter A V). Die Revision des Klägers ist dagegen in vollem Umfang begründet (unter B).

A. Die Revision der Beklagten.

I. Beide Vorinstanzen haben die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen bejaht. Die Revision will in erster Linie die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht auf den Hilfsantrag des Klägers erreichen. Dies ist jedoch in der Revisionsinstanz nicht mehr möglich. Nach § 73 Abs. 2 ArbGG kann die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen angenommen habe, weil die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts begründet sei.



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



nach § 4 des unverändert gebliebenen Anstellungsvertrages vom Februar 1960 der einschlägige Tarifvertrag maßgebend geblieben sei.

Das Berufungsgericht hat noch zusätzlich ausgeführt, ein Arbeitgeberwechsel könne auch nicht aus der von der Beklagten in der Berufungsinstanz behaupteten und vom Kläger bestrittenen Gehaltszahlung durch die T-GmbH seit der Geschäftsführerbestellung gefolgert werden.

2. Diese Ausführungen lassen keinen durchgreifenden Rechtsfehler erkennen.

a) Es ist rechtlich möglich und zulässig, durch Vereinbarung mit einem Dritten, insbesondere auch mit der GmbH & Co. KG, eine vertragliche Grundlage für die Tätigkeit des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH zu schaffen (BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfristen, zu I 1 a der Gründe; Senatsurteil vom 15. April 1982 - 2 AZR 1101/79 - EzA § 14 KSchG Nr. 2, zu B II 1 b der Gründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, jeweils m.w.N.).

b) Der Kläger war mehr als 19 Jahre lang als Leiter der DOB-Abteilung bei der Beklagten angestellt, als er zum 1. September 1978 Mitgeschäftsführer der Komplementärin wurde. Mit Rücksicht auf diese langjährigen vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien liegt es nahe, daß trotz der Bestellung zum Geschäftsführer nach den Vorstellungen der Parteien der zwischen ihnen



bereits bestehende Anstellungsvertrag fortwirken sollte. Der von der Beklagten behauptete Vertragsübergang stellt eine besondere Form der späteren Abänderung eines Vertrages dar, für den sie darlegungs- und beweispflichtig war (BAG 24, 383, 387).

c)aa) Eine ausdrücklich getroffene dahingehende Vereinbarung hat die Beklagte selbst nicht behauptet.

bb) Gegen eine durch schlüssiges Verhalten erklärte Einwilligung des Klägers in eine solche Vertragsänderung spricht bereits der Umstand, daß der Kläger nicht daran interessiert gewesen sein konnte, die Beklagte aus ihren vertraglichen Verpflichtungen zu entlassen. Dies hätte für ihn ein wirtschaftliches Risiko bedeutet, weil er einen Vertragspartner mit einem haftenden Kapital von 20.000,-- DM gegen einen Vertragspartner eingetauscht hätte, bei dem allein die Kommanditisteneinlage 200.000,-- DM beträgt, mochte die Beklagte auch im Innenverhältnis gemäß § 6 Abs. 2 dieses Gesellschaftsvertrages der Komplementärin zur Erstattung ihrer Aufwendungen für die Bezüge der Geschäftsführer verpflichtet gewesen sein (vgl. BAG 24, 383, 387 ff.).

cc) Aus dieser Vertragsbestimmung ergibt sich auch nicht zwingend die Überleitung des Dienstverhältnisses des Klägers auf die T-GmbH. Sie regelt zunächst nur die Deckung der durch die Geschäftsführung entstehenden Kosten und besagt unmittelbar nichts darüber, ob alle Kosten der Geschäftsführung primär die Komplementärin treffen. Das hängt vielmehr davon ab, von wem die im Rahmen der Geschäftsführung tätigen Personen eingestellt worden



sind. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch in der von der Beklagten behaupteten Gehaltszahlung durch die T-GmbH kein zwingendes Anzeichen für einen Arbeitgeberwechsel gesehen. Die Komplementärin konnte ebenso wie die Beklagte selbst aus wirtschaftlichen, steuerrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Gründen das Gehalt an den Kläger auch ohne dessen Einwilligung (§ 267 Abs. 1 BGB) auszahlen. Wirtschaftlich betrachtet erfolgte die Zahlung ohnehin durch die Beklagte, da diese ihr die finanziellen Mittel zur Verfügung stellen mußte (vgl. BAG 24, 383, 388 ff.).

dd) Zutreffend haben die Vorinstanzen in der Erteilung einer Versorgungszusage durch die Beklagte nach der Geschäftsführerbestellung ein weiteres Anzeichen dafür gesehen, daß die Beklagte selbst vom Fortbestand des Anstellungsverhältnisses mit dem Kläger ausgegangen ist. Der hiergegen von der Revision erhobene Einwand, die Versorgung setze erst nach Beendigung der Geschäftsführertätigkeit ein, ist unverständlich, weil dieser Umstand nur für die Fälligkeit der Versorgungsansprüche maßgebend ist, nicht aber dafür, wer Schuldner dieser Ansprüche ist.

d) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, das Vertragsverhältnis des Klägers mit der Beklagten habe als Arbeitsverhältnis fortbestanden, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

aa) Entgegen der Annahme der Revision ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KG nicht begrifflich ausgeschlossen.



Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, hängt vielmehr davon ab, wie die Stellung des Geschäftsführers gegenüber der Kommanditgesellschaft im Einzelfall ausgestaltet ist. Demgemäß haben die Vorinstanzen zu Recht geprüft, ob der Kläger im Verhältnis zu der Beklagten als seiner Dienstherrin persönlich abhängig war, da die persönliche Abhängigkeit das entscheidende Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft ist (vgl. Senatsurteil vom 15. April 1982, aaO, zu B II 3 b aa der Gründe, m.w.N.).

Als Maßstab für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit können die Grundsätze dienen, nach denen das Bundessozialgericht (vgl. BSGE 13, 196, 201 ff.; 16, 289, 293 f.; 19, 265; 20, 6, 8) bestimmt, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängige Arbeit leistet und damit versicherungspflichtig ist (Senatsurteil vom 15. April 1982, aaO).

bb) Danach ist die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH ist und nach seiner Kapitalbeteiligung einen so erheblichen Einfluß auf die Beschlußfassung der Gesellschafter hat, daß er jede ihm unangenehme Entscheidung verhindern kann. Diese Einschränkung trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Der Kläger war nicht Gesellschafter der T-GmbH.

Eine persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers gegenüber der Kommanditgesellschaft ist gegeben, wenn er in den Betrieb eingegliedert wird, d. h. regelmäßig einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Direktionsrecht der Gesellschafter



unterliegt. Was die Weisungsgebundenheit angeht, so ist sie nur eines von mehreren Unterscheidungsmerkmalen. Sie kann Geschäftsführern gegenüber, die Dienste höherer Art leisten, stark eingeschränkt sein. Die Dienstleistung ist trotzdem noch fremdbestimmt, wenn sie in der vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgeht. Lediglich dann, wenn der Geschäftsführer seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, ist er selbständig beschäftigt (Senatsurteil vom 15. April 1982, aaO).

cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze haben es die Vorinstanzen mit Recht als einen für eine persönliche Abhängigkeit des Klägers sprechenden Umstand gewertet, daß der Beirat der T-GmbH von seinem nach dem Gesellschaftsvertrag bestehenden Weisungsrecht mit der Anweisung vom 11. März 1981 auch tatsächlich in nachdrücklicher Weise Gebrauch gemacht hat. Entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Ansicht sind die Befugnisse des Beirats als Kriterium für die Statusbeurteilung des Klägers als Arbeitnehmer der Beklagten nicht deshalb ungeeignet, weil der Beirat nur ein Organ der Komplementär-GmbH ist. Diese führt nach § 161 Abs. 2, § 114 HGB die Geschäfte der Beklagten, kann aber nach § 35 GmbHG nur durch Geschäftsführer handeln, so daß diese mittelbar auch die Geschäfte der Kommanditgesellschaft führen (vgl. Senatsurteil vom 15. April 1982, aaO, zu B II 3 a bb der Gründe). Einschränkungen der Befugnisse des Klägers als Mitgeschäftsführer der T-GmbH durch Weisungsrechte des Beirats berühren deshalb auch seine Stellung als Dienstnehmer der Beklagten. Nach den Feststellungen



des Berufungsgerichts ist ferner der Aufgabenbereich des Klägers weiterhin die Leitung der DOB-Abteilung geblieben. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, daß er über diesen Bereich hinaus an der Geschäftsführung der T-GmbH aktiv beteiligt war. Auch war er nur mit einem weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen gesamtvertretungsberechtigt und konnte somit rechtlich keinen bestimmenden Einfluß auf die Führung des Unternehmens ausüben. Seine Stellung als Kommanditist der Beklagten mit einer nur geringfügigen Kommanditeinlage verschaffte ihm auch keinen maßgebenden wirtschaftlichen Einfluß.

III. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung zu Recht angenommen, daß die außerordentliche Kündigung der Beklagten rechtsunwirksam ist.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten werde die Kündigung auf ein dauerndes vertragswidriges Verhalten des Klägers gestützt. Der Kläger solle nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer trotz Abmahnungen die Geschäfte in einer für die Beklagte ungünstigen Weise betrieben haben und seit März 1981 abgemahnt worden sein. In einem solchen Fall sei die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nur dann eingehalten, wenn während der letzten beiden Wochen vor der Kündigung Vorfälle eingetreten oder dem Arbeitgeber bekannt geworden seien, die ein weiteres Glied in der Kette der Ereignisse bildeten, die zum Anlaß der Kündigung genommen



würden. Die Beklagte habe jedoch keine Tatsachen vorgetragen, die die Wahrung der Ausschlußfrist erkennen ließen.

2. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Die Revision bringt vor, dem Kläger werde vorgeworfen, un- zweckmäßige und falsche Maßnahmen ergriffen zu haben. Der Kläger habe jedoch zunächst abgemahnt werden und Gelegenheit erhalten müssen, innerhalb einer bestimmten Frist die für das Unternehmen eingetretenen nachteiligen Folgen nach Möglichkeit zu beseitigen und eine den Richtlinien des Beirats entsprechende Geschäftspol- itik zu betreiben. Der Kläger habe jedoch innerhalb dieser Frist sein Verhalten, das letztlich zur Kündigung geführt habe, nicht geändert. Es habe deshalb ein Dauerzustand vorgelegen, so daß die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht begonnen habe.

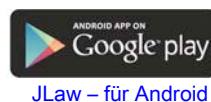
b) Mit diesen Ausführungen verkennt die Revision den für die Anwendung des § 626 Abs. 2 BGB wesentlichen Unterschied zwischen Dauergrund und Folgewirkungen eines vertragswidrigen Verhaltens, soweit es die von der Beklagten als entscheidend angesehene Ver- tragspflichtverletzung angeht, zu teure Ware eingekauft zu ha- ben.

aa) Nach § 626 Abs. 2 BGB beginnt die Ausschlußfrist mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.



Liegt ein Dauergrund oder Dauertatbestand vor, so beginnt die Ausschlußfrist erst mit Beendigung dieses Zustandes. Die Besonderheit des echten Dauergrundes besteht darin, daß fortdauernd neue Tatsachen eintreten, die für die Kündigung maßgebend sind. Hiervon zu unterscheiden sind die Tatbestände, die bereits abgeschlossen sind und nur noch fortwirken. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer mehrere Vertragspflichtverletzungen begangen hat und hierdurch ein fortdauernder Vertrauensverlust bei dem Arbeitgeber entsteht. In diesem Fall sind die tatsächlichen Vorgänge, auf die die Kündigung gestützt wird, und die nach § 626 Abs. 2 BGB für den Fristbeginn maßgebend sind, bereits abgeschlossen (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 1983 - 2 AZR 298/81 - EzA § 626 BGB n.F. Nr. 83, zu II 1 der Gründe; ferner BAG 24, 383, 396 ff.).

bb) Wie die Revision insoweit zutreffend ausführt, wird die Kündigung damit begründet, daß der Kläger falsche Maßnahmen durchgeführt habe, die zu dem erheblichen Umsatzrückgang in der von ihm geleiteten Abteilung geführt hätten. Als entscheidender Fehler wird dem Kläger angelastet, den Stil der DOB-Abteilung, die Waren zu niedrigen und mittleren Preisen angeboten habe, in Richtung einer Exklusivität geändert zu haben und damit in Konkurrenz mit einer bei diesem Käuferkreis eingeführten Firma geraten zu sein. In diese Richtung zielte auch die Weisung des Beirats vom 11. März 1981 unter Ziffer 4. Für die Kündigung maßgebende Tatsachen im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB sind insoweit jedoch die einzelnen Einkäufe als Glieder der Kette der Ereignisse, die zum Anlaß der Kündigung genommen werden, während der



durch das Anbieten dieser - wie hier zu unterstellen ist - über-
teuerten Ware bewirkte Umsatzrückgang nur die Folge der einzelnen
Vertragspflichtverletzungen ist. Die Ausschlußfrist des § 626
Abs. 2 BGB für eine auf dieses Verhalten gestützte außerordent-
liche Kündigung begann deshalb jeweils mit der Durchführung eines
solchen Einkaufs bzw. der Kenntniserlangung hiervon durch die
kündigungsberechtigten übrigen Geschäftsführer. Das Berufungsge-
richt hat somit zu Recht angenommen, daß diese Frist nur gewahrt
ist, wenn der Kläger innerhalb der letzten zwei Wochen vor Aus-
spruch der außerordentlichen Kündigung vom 23. Februar 1982 eine
solche Vertragspflichtverletzung begangen hat oder eine früher
begangene Pflichtverletzung den kündigungsberechtigten Ge-
schäftsführern der T-GmbH zur Kenntnis gelangt ist. Hierfür war
die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig (BAG 24, 383, 393
ff.).

cc) Der Kündigende erfüllt diese Darlegungspflicht nur, wenn er
den der jeweiligen Vertragspflichtverletzung zugrunde liegenden
Sachverhalt konkret schildert, möglichst genau den Tag der
Kenntniserlangung für den kündigungsberechtigten bezeichnet und
vorträgt, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt dies ge-
schehen sein soll. Kündigungsberechtigte in Bezug auf das Ar-
beitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten waren im vorlie-
genden Fall die beiden anderen Geschäftsführer der T-GmbH als die
nach § 35 GmbHG vertretungsberechtigten Organe der T-GmbH, die
nach § 164 Abs. 2, § 114 HGB die Beklagte vertritt (vgl. BAG 24,
383, 395).



Die Beklagte hat jedoch nur pauschal und ohne zeitliche Fixierung vorgetragen, der Kläger habe seinen alten Einkaufsstil beibehalten und weiter teure Ware eingekauft. Die Ware, auf die in der Zeit zwischen 1. März und 30. Juni 1982 erneut 430.000,-- DM abgeschrieben werden mußten, stammte zum erheblichen Teil aus Einkäufen "aus der Zeit nach dem 20. Oktober 1981". Eine zeitliche Fixierung fehlt auch in dem Vortrag über den Einkauf von 110 Kleidern, die sich nachträglich als unverkäuflich erwiesen haben sollen.

c) Von dem Vortrag zum Einkauf von 110 Kleidern abgesehen, fehlt es jedoch weiter an einem ausreichend substantiierten Vortrag der Beklagten zu den dem Kläger vorgeworfenen Pflichtverletzungen. Nachdem der Kläger bestritten hatte, überhaupt über- teuerte Ware eingekauft zu haben, hätte die Beklagte konkret darlegen müssen, welche Ware ihrem Einkaufsstil entsprochen hätte und welche Ware der Kläger eingekauft hatte. Nur dann wäre es dem Kläger möglich gewesen, sich substantiiert zu dem Vorwurf einzulassen, er habe eine verfehlte Einkaufspolitik betrieben und den Stil des Hauses verändert.

d) Gleiches gilt insbesondere auch für den Vorwurf, der Kläger habe entgegen Ziff. 2 der Weisung des Beirats vom 11. März 1981 die Lagerbestände nicht in dem geforderten Umfang abgebaut. In- soweit wird dem Kläger ein Unterlassen zur Last gelegt, das er bis zum Ausspruch der Kündigung fortgesetzt haben soll. Träfe dies zu, läge zwar insoweit ein echter Dauergrund vor, so daß die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt wäre. Die Beklagte



hätte aber zur Konkretisierung dieses Vorwurfs näher darlegen müssen, daß dem Kläger ein solcher Abbau der Lagerbestände in der ihm eingeräumten Frist möglich gewesen wäre und welche konkreten Maßnahmen er hierfür hätte treffen müssen. Besteht eine Vertragspflichtverletzung in einer Unterlassung, so muß das geforderte Handeln möglich gewesen sein, wenn sie einen wichtigen Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB abgeben soll. Auf diese Voraussetzung für die Kündigung erstreckt sich deshalb auch die Darlegungslast des Kündigenden, die von der Beklagten vorliegend nicht erfüllt worden ist.

IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Antrag des Klägers auf Gehaltsfortzahlung ist zu bestätigen, soweit der Kläger nunmehr für die Zeit vom 1. März 1982 bis 31. Januar 1983 von der Beklagten noch 59.400,-- DM brutto abzüglich 33.522,90 DM netto fordert. In Höhe von 10.000,-- DM netto ist das angefochtene Urteil aufgrund der mit stillschweigendem Einverständnis der Beklagten erklärten Klagerücknahme wirkungslos geworden.

1. Da das Arbeitsverhältnis über den 28. Februar 1982 hinaus fortbestand und der Kläger durch das in der Klageerhebung liegende wörtliche Dienstleistungsangebot nach § 295 BGB die Beklagte auch in Annahmeverzug gesetzt hat, war die Beklagte gemäß § 615 BGB zur Fortzahlung des Monatsgehalts verpflichtet, das zuletzt unstreitig 5.400,-- DM brutto betragen hat.

2. Der Kläger hat in der Berufungsverhandlung Zahlung der



rechnerisch unstreitigen Gehaltssumme von 59.400,-- DM brutto abzüglich des im Anspruchszeitraum bezogenen Arbeitslosengeldes beantragt, ohne diesen Betrag zu beziffern. Nach der Rechtsprechung des Fünften Senats (Urteil vom 15. November 1978 - 5 AZR 199/77 - AP Nr. 14 zu § 613 a BGB, zu I 1 der Gründe) ist ein solcher Antrag und der ihm entsprechende Urteilsausspruch des Berufungsgerichts wegen fehlender Bestimmtheit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) unzulässig.

Im vorliegenden Fall muß die Zahlungsklage jedoch deshalb nicht abgewiesen werden. Der Kläger hat in der Revisionsinstanz das im Anspruchszeitraum an ihn gezahlte Arbeitslosengeld mit 23.522,90 DM beziffert. Darin ist die Konkretisierung seines von vornherein um diesen Betrag ermäßigten Zahlungsantrags zu sehen. Die Beklagte hat die Richtigkeit dieses Betrages nicht bestritten. Deshalb kann dieses Vorbringen des Klägers, obwohl es neu ist, in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden.

Die Klagesumme von 59.400,-- DM brutto vermindert sich somit um den Betrag von 23.522,90 DM. Die Klage ist in diesem Umfang nicht abzuweisen, weil sie von vornherein nur in Höhe dieses Differenzbetrages erhoben und lediglich nicht ausreichend bestimmt war.

3. Soweit die Beklagte gegen den Gehaltsfortzahlungsanspruch mit ihrem Darlehnsrückzahlungsanspruch in Höhe von 10.000,-- DM aufrechnet, hat sich der Streit der Parteien um die Nichtzulassung der Aufrechnung durch das Berufungsgericht erledigt, weil



der Kläger um diesen Betrag seine Klage in stillschweigendem Einverständnis mit der Beklagten zurückgenommen hat und das angefochtene Urteil insoweit wirkungslos geworden ist (§ 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

4. Die von der Beklagten weiter erklärte Aufrechnung mit gesellschaftsvertraglichen Rückzahlungsansprüchen gegen den Kläger wegen Überziehung seines bei der Beklagten geführten Kapitalkontos hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler für nicht sachdienlich erachtet. Das Revisionsgericht kann insoweit nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit des § 530 Abs. 2 ZPO verkannt und damit die Grenzen des Ermessens überschritten hat. Einen solchen Rechtsfehler hat die Revision nicht aufgezeigt. Maßgebend ist die Prozeßwirtschaftlichkeit, andererseits die Frage, ob das Gericht zur Beurteilung neuen Streitstoffs genötigt wird; dabei ist zu berücksichtigen, ob der Prozeß sonst entschieden werden könnte (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 530 Anm. 2 B). Der Zurückweisung der Aufrechnung steht auch nicht entgegen, daß die Gegenforderung, wie im vorliegenden Fall, im ersten Rechtszug ohne Aufrechnung erwähnt wurde (Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl., § 530 Anm. 3 c m.w.N.). Dem Akteninhalt kann ferner nicht entnommen werden, daß die Gegenforderung in Höhe des Betrages, zu dem die Beklagte verurteilt worden ist, unstreitig war. Die Zulassung hätte somit den im übrigen vom Berufungsgericht als entscheidungsreif erachteten Prozeß verzögert. Es lag deshalb in seinem Ermessensspielraum, die Aufrechnung nicht zuzulassen.



V. Soweit die Revision dagegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Versicherungsbeiträgen angreift, führt sie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil es sowohl hinsichtlich der Lebensversicherungsbeiträge (unter 1) als auch der Krankenversicherungsbeiträge (unter 2) noch weiterer Sachaufklärung bedarf.

1. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines Zuschusses zur Lebensversicherung hängt davon ab, ob die Bundesanstalt für Arbeit (künftig: Bundesanstalt) gemäß § 166 b Abs. 1 AFG in dem Zeitraum, in dem der Kläger Arbeitslosengeld erhalten hat (9. März 1982 bis 31. Januar 1983) Beiträge zur Lebensversicherung des Klägers gezahlt hat und ob die Beklagte nach den vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet war, dem Kläger einen Zuschuß zu seiner Lebensversicherung zu zahlen, der den gesetzlichen Pflichtbeitrag übersteigt, den die Beklagte zu zahlen hätte, wenn der Kläger angestelltenversicherungspflichtig wäre.

a) Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des Tatbestandes seines Urteils festgestellt, die Lebensversicherungen, auf die die umstrittenen Zahlungen geleistet wurden, seien zur Befreiung des Klägers von der Angestelltenversicherungspflicht abgeschlossen worden. Solche befreienden Lebensversicherungen waren in der Zeit bis zum Inkrafttreten des Finanzänderungsgesetzes vom 21. Dezember 1967 (BGBl. I S. 1259) am 1. Januar 1968 zulässig, das die Pflichtversicherung der Angestellten in der gesetzlichen Rentenversicherung ohne Rücksicht auf die Höhe des Einkommens einführte. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand die



gesetzliche Versicherungspflicht nur bis zu einer Jahresarbeitsverdienstgrenze, die mehrfach, zuletzt durch das Rentenversicherungs-Änderungsgesetz vom 9. Juni 1965 ab 1. Juli 1965 geändert wurde. Angestellte, die zunächst wegen Überschreitens der Jahresarbeitsverdienstgrenze nicht versicherungspflichtig waren, jedoch durch die Anhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze und zuletzt durch ihre Abschaffung durch das Finanzänderungsgesetz versicherungspflichtig wurden, konnten sich nach Art. 2 § 1 des Angestelltenversicherungsneuregelungsgesetzes (AnVNG) in der Fassung der jeweiligen Änderungsgesetze, letztmalig nach Art. 2 § 2 Nr. 1 des Finanzänderungsgesetzes auf Antrag von der gesetzlichen Versicherungspflicht befreien lassen (vgl. dazu Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band III, Stand August 1979, Bl. 747 e bis h, 748 bis 748 b; Bischoff, AR-Blattei, Sozialversicherung II 2 und II 2 a; Oeftering/Görbing, Das gesamte Lohnsteuerrecht, Teil C, § 3 EStG Rz 221 bis 226).

Die Anwendung dieser Befreiungsvorschrift war ferner davon abhängig, daß die allgemeinen Voraussetzungen für die Angestelltenversicherungspflicht nach §§ 2, 3 AVG vorgelegen hatten und der Betroffene nur wegen Überschreitung der Jahresarbeitsverdienstgrenze bis zu deren Erhöhung nicht versicherungspflichtig war. Der Kläger war jedoch, wie bereits vorstehend unter II 2 d ausgeführt, Arbeitnehmer der Beklagten geblieben und gehörte damit als Angestellter in leitender Stellung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AVG nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG zum Kreis der versicherungspflichtigen Personen.



b) Die Beklagte hatte in der Berufungsinstanz hierzu lediglich vorgetragen, soweit sie Prämien bezahlt habe, sei dies stets zu Lasten des Kapitalkontos des Klägers als Kommanditist gegangen. Nach ihrem Vortrag in der Revisionsinstanz hat sie die Lebensversicherungsbeiträge in Höhe des bei Bestehen der gesetzlichen Versicherungspflicht von ihr zu zahlenden Arbeitgeberanteils getragen. Geht man von diesem Vorbringen aus, so stellte diese Zahlung einen lohnsteuerfreien Zuschuß an den Arbeitnehmer auf vertraglicher Grundlage dar, auf den der Arbeitnehmer keinen gesetzlichen Anspruch hatte (vgl. Bischoff, aaO, Sozialversicherung II 2 unter III 3; II 2 a unter II 5; Oeftering/Görbing, aaO, § 3 EStG Rz 222). Es ist somit nunmehr unstreitig, daß die Beklagte sich vertraglich verpflichtet hatte, dem Kläger zumindest einen Beitrag zu seinen Lebensversicherungen in diesem Umfang zu zahlen. Eine Verpflichtung, darüber hinausgehende Zahlungen bis zur Höhe der Hälfte der vom Kläger zu zahlenden Versicherungsprämien zu leisten, ist dagegen weiterhin streitig.

c) Ist die Beklagte vertraglich nur verpflichtet, dem Kläger einen Zuschuß zur Lebensversicherung in Höhe des gesetzlichen Arbeitgeberanteils zu zahlen, so ist die Klage auf Zahlung dieses Zuschusses an die Lebensversicherung unbegründet, soweit die Bundesanstalt diesen Beitrag für den Zeitraum, für den der Kläger Arbeitslosengeld erhalten hat, an die Versicherungsgesellschaft gezahlt hat.

Nach § 166 b Abs. 1 Satz 1 AFG trägt die Bundesanstalt unter anderem die Beiträge zu Versicherungsunternehmen für Em-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

pfänger von Arbeitslosengeld, die nach Art. 2 § 1 Abs. 1 und 2 AnVG von der Versicherungspflicht befreit sind, bis zu der Höhe, in der sie Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu entrichten hätte, wenn der Leistungsempfänger (Arbeitslose) nicht von der Versicherungspflicht befreit wäre, höchstens jedoch bis zur Höhe des nach dem Lebensversicherungsvertrag geschuldeten Beitrags. Nach Satz 2 dieser Bestimmung wird der Leistungsempfänger insoweit von der Verpflichtung befreit, Beiträge zu Versicherungsunternehmen zu entrichten. Diese Bestimmung ist durch Gesetz vom 23. Juli 1979 (BGBl. I S. 1189) mit Wirkung vom 1. Juli 1978 in das AFG eingefügt worden und gilt somit auch für den Zeitraum vom 9. März 1982 bis 31. Januar 1983, in dem der Kläger Arbeitslosengeld erhielt (vgl. dazu Gagel, AFG, Stand Januar 1984, vor § 155 Rz 20, § 166 b Rz 4 Buchst. b). Hat die Bundesanstalt den Beitrag für die Zeit der Gewährung von Arbeitslosengeld an die Lebensversicherung gezahlt, so ist der Kläger von seiner Beitragspflicht gegenüber der Lebensversicherung befreit worden. Er kann dann aber nicht aufgrund des Arbeitsvertrages von der Beklagten nochmals Zahlung an seine Lebensversicherung verlangen. Denn die Zuschußvereinbarung ist nach ihrem Zweck dahin auszulegen, daß die Beklagte zur Zahlung nur so lange und so weit verpflichtet ist, als eine entsprechende Beitragspflicht des Klägers gegenüber seinem Versicherer besteht. Inwieweit in einem solchen Fall der Arbeitgeber der Bundesanstalt gegenüber zur Erstattung verpflichtet ist, braucht hier nicht untersucht zu werden.

d) Sollte sich die Beklagte dem Kläger gegenüber zur Zahlung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Hälfte seiner Lebensversicherungsprämien verpflichtet haben und sollten diese den gesetzlichen Arbeitgeberanteil übersteigen, so wäre in Höhe der Differenz zwischen der halben Versicherungsprämie und dem Pflichtbeitrag die Klage begründet, da in diesem Umfang keine Beitragspflicht der Bundesanstalt nach § 166 b Abs. 1 AFG bestand und der Kläger insoweit auch nicht von seiner Beitragspflicht gegenüber der Lebensversicherung befreit wäre. Gleiches gilt hinsichtlich der Zuschüsse in vollem Umfang für die Zeiträume, in denen der Kläger kein Arbeitslosengeld erhalten hat.

Das Berufungsgericht muß somit im zurückverwiesenen Verfahren die Parteien zu entsprechendem Sachvortrag anregen und die erforderlichen Feststellungen treffen.

2. Soweit das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von Beiträgen zur Krankenversicherung des Klägers verurteilt hat, ist fraglich, ob die Klage insoweit zulässig oder nicht der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben ist. Dies wäre der Fall, wenn es sich bei dieser Leistung der Beklagten um einen Zuschuß nach § 405 RVO handelte.

a) Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, daß dem Kläger die Hälfte des Monatsbeitrags bei der Barmer-Ersatzkasse gezahlt worden ist. War der Kläger nur wegen Überschreitens der Beitragsbemessungsgrenze nicht nach § 165 Abs. 1 Nr. 2 RVO krankenversicherungspflichtig, so hatte er gemäß § 405 Abs. 1 RVO gegen die Beklagte Anspruch auf einen Zuschuß zu seinem



Krankenversicherungsbeitrag, wenn er in der gesetzlichen Krankenversicherung, zu der auch die Ersatzkasse gehört, freiwillig versichert ist und Versicherungsleistungen erhält, die der Art nach den Leistungen der Krankenhilfe entsprechen. Der Zuschuß bemißt sich allein nach dem (fiktiven) Arbeitgeberanteil, der bei Bestehen der Versicherungspflicht tatsächlich zu zahlen wäre (BAG Urteil vom 15. Februar 1973 - 5 AZR 403/72 - AP Nr. 2 zu § 405 RVO). Für diesen Anspruch ist jedoch der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben (Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluß vom 4. Juni 1974 - GmS - OGB 2/73, AP Nr. 3 zu § 405 RVO).

b) Der vom Kläger im vorliegenden Fall geltend gemachte Anspruch könnte ein solcher Zuschußanspruch sein.

Der Kläger war Arbeitnehmer der Beklagten geblieben und damit Angestellter im Sinne des § 165 Abs. 1 Nr. 2 RVO. Sein Gehalt betrug im Anspruchszeitraum ab 1. März 1982 5.400,-- DM und überstieg deshalb die im Jahre 1982 bzw. am 1. Januar 1983 geltende Versicherungspflichtgrenze von 3.525,-- DM bzw. 3.750,-- DM erheblich (vgl. Aichberger, SBG und RVO, Textsammlung, § 165 RVO Anm. 2). Entspricht somit der vom Kläger geltend gemachte hälftige Monatsbeitrag zu seiner Ersatzkasse dem fiktiven Arbeitgeberanteil bei Bestehen der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht, so ist die Klage insoweit unzulässig. Auf die materiellrechtliche Frage, ob der Kläger die Zahlung beanspruchen kann, nachdem er für die Dauer des Bezugs von Arbeitslosengeld nach § 155 AFG in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert



war, die Bundesanstalt nach § 157 AFG die Beiträge zu tragen hat, nach § 160 AFG der Arbeitgeber in Höhe des Zuschusses der Bundesanstalt diese Beitragsaufwendungen zu erstatten hat und inso- weit von seiner Verpflichtung gegenüber dem Arbeitnehmer frei wird, braucht deshalb nicht eingegangen zu werden (vgl. dazu Gagel, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 11 KSchG 1969, unter IV; ferner BSGE 52, 152, 166, 167).

c) Übersteigt der hälftige Beitrag des Klägers zu seiner Er- satzkasse den (fiktiven) Arbeitgeberanteil bei bestehender ge- setzlicher Krankenversicherungspflicht und damit den Zuschuß nach § 405 RVO und war die Beklagte arbeitsvertraglich zur Zahlung des Zuschusses in dieser Höhe an den Kläger verpflichtet, so handelt es sich in Höhe der Differenz zwischen beiden Beträgen um einen arbeitsvertraglichen Anspruch, über den die Gerichte für Ar- beitssachen zu entscheiden haben.

Das Berufungsgericht wird somit auch in diesem Punkt im zu- rückverwiesenen Verfahren die entsprechenden Feststellungen nachzuholen haben.

B. Die Revision des Klägers.

I. Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Verurteilung der Beklagten, den Kläger als Leiter der DOB-Abteilung weiterzu- beschäftigen, mit der Begründung abgewiesen, daß für die Dauer eines Kündigungsrechtsstreits nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 26. Mai 1977, BAG 29, 195 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB



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



Beschäftigungspflicht) kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung bestehe. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht, weil der Kläger einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht hat und das Berufungsurteil zu dem geltend gemachten Anspruch keine Ausführungen enthält.

1. Der Kläger hat in beiden Vorinstanzen ausdrücklich vorgetragen, daß er mit der Klage keine Weiterbeschäftigung während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits, sondern für die Zeit nach (rechtskräftiger) Beendigung dieses Verfahrens verfolge. Mag dies auch dem formalen Klageantrag nicht zu entnehmen sein, so ergibt sich der dahingehende Wille des Klägers doch eindeutig aus der Begründung, die zur Auslegung des Klageantrags heranzuziehen ist.

2. Dieser Antrag ist zulässig.

Nach § 259 ZPO kann Klage auf künftige Leistung erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Vorschrift enthält eine Art Generalklausel für sämtliche nicht fälligen Ansprüche, auch bedingte (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO, § 259 Anm. 1 A). Einen solchen Anspruch macht der Kläger geltend, da die von ihm begehrte Weiterbeschäftigung von der Bedingung abhängt, daß der Kündigungsschutzprozeß zu seinen Gunsten rechtskräftig entschieden wird. Wie die Revision zu Recht ausführt, ist auch der erkennende Senat in der Grundsatzentscheidung über das Bestehen eines Beschäfti-



gungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber (Urteil vom 10. November 1955, BAG 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) von der Zulässigkeit einer solchen Leistungsklage ausgegangen, da auch in dem dortigen Fall die Klägerin gleichzeitig Kündigungsschutzklage erhoben und die Verurteilung des Arbeitgebers zu ihrer Weiterbeschäftigung beantragt hatte.

Die weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Klage, nämlich die Besorgnis der Nichterfüllung des Anspruchs, ist gegeben. Die Beklagte hat ausdrücklich vorgetragen, auch bei Unwirksamkeit der Kündigung würden überwiegende Interessen des Unternehmens der Weiterbeschäftigung entgegenstehen, weil dadurch das Unternehmen ruiniert würde. Darin liegt die eindeutige Erklärung, den Kläger auch nach rechtskräftiger Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung nicht mehr zu beschäftigen.

3. Der Antrag ist auch begründet.

a) Wie der Senat in dem Urteil vom 10. November 1955 (aaO) ausgesprochen hat, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der Art. 1, 2 GG auch zu beschäftigen. Eine Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts ist ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nur vorübergehend oder bei besonderem, schutzwürdigem Interesse des Arbeitgebers, dessen Vorliegen sorgfältig zu prüfen ist, zulässig. Ist die Kündigung eines Arbeitnehmers rechtskräftig für unwirksam erklärt, so kann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Arbeitgeber die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht aus denselben Gründen ablehnen, die er für die Kündigung anzog. Diese Ansicht hat das Bundesarbeitsgericht auch in der Folgezeit vertreten (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 1977, aaO, zu III 4 der Gründe, m.w.N.).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte keine besonderen, einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehenden Interessen dargelegt. Ihr Einwand enthält nur die pauschale Zusammenfassung ihres Vorbringens zur Rechtfertigung der Kündigung. Zwar ist in diesem Rechtsstreit die sachliche Richtigkeit der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe nicht geprüft worden. Dies ist jedoch zum einen darauf zurückzuführen, daß die Beklagte ihre Kündigungsgründe nicht ausreichend substantiiert hat und damit ihrer Darlegungspflicht nicht nachgekommen ist. Scheitert aus diesem Grunde eine außerordentliche Kündigung, so vermag ein solcher pauschaler Vorwurf auch keine Ablehnung der Weiterbeschäftigung zu rechtfertigen. Gleiches gilt aber auch, soweit die Kündigung wegen Versäumung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam ist. Die Vorschrift enthält sachlich den Tatbestand einer Verwirkung wegen reinen Zeitablaufs. Nach Ablauf der Frist greift die unwiderlegliche Vermutung ein, daß auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund seine die Kündigung rechtfertigende Bedeutung verloren hat (BAG 24, 383, 393). Diese Funktion der Ausschußfrist rechtfertigt es, auch bei solchem Ausgang des Kündigungsrechtsstreits dem Arbeitgeber grundsätzlich ein Zurückgreifen auf die verfristeten Kündigungsgründe zur Ablehnung einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu versagen. Erfor-



derlich ist dann der Vortrag zusätzlicher, über die an den wichtigen Grund zu stellenden Anforderungen hinausgehender Umstände.

II. Auch der Antrag des Klägers, die Beklagte zu verurteilen, ihm den Dienstwagen zur Verfügung zu stellen, hat Erfolg.

Der Kläger hat klargestellt, daß er auch diesen Anspruch nur für die Zeit nach Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens geltend machen wolle. Insoweit handelt es sich ebenfalls um einen Antrag nach § 259 ZPO, dessen Voraussetzungen vorliegen; die vorstehenden Ausführungen zum Beschäftigungsanspruch (unter B I 2) gelten hier entsprechend. Der Antrag ist auch begründet. Nach dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils erhielt der Kläger den Wagen mit dem Recht auf private Nutzung als Dienstwagen zur Verfügung gestellt. Diese Leistung der Beklagten war damit Inhalt des Arbeitsvertrages geworden, die der Kläger bei Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses beanspruchen kann.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Thieß

Dr. Bensinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)