

Aktenzeichen: 8 AZR 739/00
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 26. Juli 2001
- 8 AZR 739/00 -

I. Arbeitsgericht
Mannheim

Urteil vom 15. Juli 1999
- 3 Ca 725/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg (Mannheim)

Urteil vom 27. Juli 2000
- 19 Sa 44/99 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Schadensersatz wegen Auflösungsverschuldens

Gesetz:

BGB § 626, § 628 Abs. 2

Leitsatz:

Der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Auflösungsverschuldens des Arbeitgebers gem. § 628 Abs. 2 BGB ist zeitlich begrenzt. Nach dem Zweck der Norm beschränkt sich der Anspruch grundsätzlich auf den dem kündigenden Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven Kündigung entstehenden Vergütungsausfall, zu dem allerdings eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10 KSchG hinzutreten kann.

Hinweis des Senats:

Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Begrenzung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs nach § 628 Abs. 2 BGB



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 739/00

19 Sa 44/99

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Juli 2001

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Prof. Dr. Mikosch, den ehrenamtlichen Richter Knospe und die ehrenamtliche Richterin Morsch für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 27. Juli 2000 - 19 Sa 44/99 - aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben und über die Kosten entschieden hat.



Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen behaupteten Auflösungsverschuldens der Beklagten.

Der 1956 geborene Kläger war bei der Beklagten ab 1991 zunächst als Omnibusjuniorverkäufer und ab 1992 als Beauftragter für den Omnibusverkauf in der Verkaufsniederlassung M. tätig. In dem Dienstvertrag vom 21. April 1992 heißt es ua.:

1. **Aufgabe**

1.1. Wir beschäftigen Sie im Angestelltenverhältnis als Beauftragten für den Verkauf von

- Fabrikneuen Omnibussen unseres jeweiligen Programms (einschl. Vorführbusse im Bestand BVK-BS),

Fabrikneuen Omnibusfahrgestellen für Aufbauten aller Art, die in Karosserieform und Einsatzzweck einem Omnibus entsprechen oder Sonderomnibus-Aufbauten sind,

Fabrikneuen Komplettbussen auf MAN-Fahrgestellen mit Fremdaufbauten anderer Karosseriefirmen, wenn MAN den kompletten Omnibus anbietet und verkauft,

Fabrikneuen Motoren und Aggregaten für Omnibusse und Omnibusfahrzeuge mit Sonderaufbauten,

in unserer Verkaufsniederlassung **M.**

...

2. **Rechte und Pflichten**

2.1. Sie unterstehen dem Leiter der Verkaufsniederlassung und haben in dem Ihnen zugewiesenen Gebiet der Verkaufsniederlassung zu arbeiten. Die VN-Leitung kann Ihr Gebiet jederzeit ändern oder Ihnen ein anderes Gebiet zuweisen oder Geschäftsfälle Ihres Gebietes von der Bearbeitung durch Sie ausnehmen oder Sie mit der Bearbeitung von Geschäftsfällen eines anderen Gebietes beauftragen. Irgendein Gebiets- oder Kundenschutz wird nicht gewährt.

....



3. **Bezüge**

3.1. Sie erhalten

- Fixum,
- Provision,
- Auto- und Spesenzuschuß sowie
- Provisionsausgleich

...

9. **Dauer des Vertrages**

Dieser Vertrag tritt am 1. April 1992 in Kraft. Er ist nach den gesetzlichen Bestimmungen kündbar.

Als Eintrittstag bei MAN gilt: 01.06.1991.

Das Dienstverhältnis endet mit Ablauf des Monats, in dem Sie das 65. Lebensjahr vollendet haben, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

Mit Schreiben vom 22. Mai 1992 wurde dem Kläger mit Wirkung vom 1. Juli 1992 zusätzlich die Betreuung der Kunden im Gebiet der Verkaufsniederlassungen K. und F. übertragen. Ende 1993 wurde dem Kläger die Betreuung der privaten Omnibusunternehmer in den Verkaufsgebieten F. und K. wieder entzogen. Obwohl der Kläger mit der Gebietskürzung nicht einverstanden war und dies der Beklagten auch mehrfach mitgeteilt hatte, wehrte er sich hiergegen nicht mit rechtlichen Mitteln.

Der Kläger erzielte 1994 und 1995 jeweils ein Jahreseinkommen von ca. 130.000,00 DM. Mit Schreiben vom 25. August 1995 mahnte er die Abrechnung von provisionsausgleichspflichtigen Tagen an. Im November 1995 erbat er telefonisch bei der Beklagten die Zahlung, welche erneut abgelehnt wurde. Mit Schreiben vom 15. Februar 1996 forderte der Kläger die Beklagte nochmals vergeblich auf, ua. die Ausgleichsprovision für die Zeiträume 20. und 21. April 1994, 29. bis 31. August 1994 und 7. bis 10. September 1994 in Höhe von insgesamt 3.869,19 DM spätestens mit der Februarabrechnung zu zahlen. In diesem Schreiben heißt es ua.:

„Abschließend möchte ich darauf hinweisen, daß ein Arbeitsverhältnis, in dem die vertragliche Vergütung teilweise nicht bezahlt wird, für mich nicht akzeptabel ist.“

Am 23. Februar 1996 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er ab dem 1. März 1996 im Bereich K./F. nicht mehr für die ihm verbliebenen Kunden aus dem Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs zuständig sein sollte und ihm Teilge-



bierte der Verkaufsniederlassung M., nämlich P. und K., entzogen würden. Der Kläger wies die Beklagte mit Schreiben vom 29. Februar 1996 darauf hin, dass, sofern sie diese aus seiner Sicht unzulässige Teilkündigung bis zum 7. März 1996 aufrecht erhalte, dies einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen könne.

Auf dieses Schreiben reagierte die Beklagte nicht. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis auf Grund des Provisionsrückstands und des Teilentzugs des Provisionsgebietes mit Schreiben vom 5. März 1996 - der Beklagten am 8. März 1996 zugegangen - fristlos. In diesem Schreiben führte der Kläger ua. aus:

„Diese außerordentliche Kündigung ist keiner Umdeutung zugänglich, ihr folgt eine Schadenersatzforderung, entsprechend § 628 Abs. 2 BGB.“

Die Beklagte bestätigte den Eingang der Kündigung mit Schreiben vom 19. März 1996 und widersprach gleichzeitig der Schadenersatzforderung.

Mit der am 31. Dezember 1998 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 7. Januar 1999 zugestellten Klage und der Klageerweiterung vom 9. März 1999 begehrte der Kläger Ersatz des Schadens, der ihm aus der am 8. März 1996 erklärten Kündigung entstanden sei und in Zukunft noch entstehen werde. Hinsichtlich der von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung verweist er auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. Dezember 1998 - 19 Sa 52/97 - ua. betreffend einen Teil seiner Entgeltansprüche für den Zeitraum nach Ausspruch der Kündigung; durch dieses Urteil sei die Wirksamkeit seiner Kündigung rechtskräftig festgestellt. Mit der Nichtzahlung der Gehaltsrückstände habe die Beklagte ohne Entschuldigungsgründe hartnäckig gegen ihre vertraglichen Hauptpflichten verstoßen. Der Entzug der Provisionsgebiete stelle eine unzulässige Teilkündigung dar, die er nicht habe hinnehmen müssen. Die Beklagte habe die außerordentliche Kündigung durch widerspruchslose Entgegennahme akzeptiert. Eine zeitliche Eingrenzung seines Schadenersatzanspruchs scheide schon im Hinblick auf die Befristung des Arbeitsvertrages bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres und den damit verbundenen Ausschluß der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit aus. Trotz aller Bemühungen habe er bisher keine angemessene Stelle mehr gefunden.

Der Kläger hat, soweit in der Revision noch von Bedeutung, beantragt:

festzustellen, dass die Beklagte gemäß § 628 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren aus der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten



entstandenen und in Zukunft noch entstehenden Schaden, insbesondere den bisher entgangenen und in Zukunft noch entgehenden Brutto-Verdienst, bestehend aus den festen Bezügen, den selbst erzielbaren Provisionen, den Ausgleichsprovisionen und den von jeder Tätigkeit unabhängigen Bezirksprovisionen, abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes, zu ersetzen, jedoch bereits für das Jahr 1996 mindestens 74.394,90 DM.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie verweist auf die Geringfügigkeit des Provisionsrückstands im Verhältnis zum Gesamtjahreseinkommen und rügt Verfristung nach § 626 Abs. 2 BGB. Die Abänderung des Provisionsgebiets sei arbeitsvertraglich zulässig gewesen. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch sei in jedem Fall begrenzt bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis ordentlich hätte gekündigt werden können, somit bis zum 30. April 1996. Ein Kündigungsausschluss habe durch den Arbeitsvertrag nicht vereinbart werden sollen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat demgegenüber festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger allen aus der am 8. März 1996 erklärten außerordentlichen Kündigung entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB zu, weil seine außerordentliche Kündigung durch vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten der Beklagten veranlasst worden sei. Das Auflösungsver schulden ergebe sich wegen der ausstehenden Ausgleichsprovisionen aus dem Jahr 1994 in Höhe von insgesamt 3.869,19 DM, deren Auszahlung die Beklagte auch nicht in Aussicht gestellt habe, ohne hierfür trotz Abmahnung aus Februar 1996 eine plausible Erklärung abzugeben. Dem Kläger sei es trotz der relativen Geringfügigkeit des rückständigen Betrages im Verhältnis zum Jahreseinkommen angesichts der Hartnäckigkeit des bisherigen Verhaltens der Beklagten nicht zuzumu-



ten gewesen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, dem 30. April 1996, fortzusetzen. Er hätte gewärtigen müssen, dass die Beklagte auch in Zukunft ohne jeglichen sachlichen Grund bestehende Ansprüche nicht erfülle und er zur Durchsetzung seiner Forderungen immer wieder gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen müsse, um die Verjährung seiner Ansprüche zu verhindern. Hinzu komme, dass die Beklagte ihm Provisionsgebiete entzogen habe, was - auch wenn dies arbeitsvertraglich zulässig gewesen wäre - mit großer Wahrscheinlichkeit erheblich in seine Verdienstmöglichkeiten eingegriffen hätte und zeige, dass die Beklagte nicht gewillt gewesen sei, dem Kläger zweifelsfrei zustehende Ansprüche zu erfüllen; vielmehr müsse er befürchten, dass die Beklagte auch in Zukunft alles tun werde, um seine Verdienstmöglichkeiten zu schmälern. Das Verhalten sei schuldhaft, weil die Beklagte keine Entschuldigungsgründe für ihr Verhalten vorgebracht habe. Sie habe die außerordentliche Kündigung sofort akzeptiert und auch kein besonderes Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gezeigt. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB habe erst mit Ablauf der in der Abmahnung vom 14. Februar 1996 zum 29. Februar 1996 gesetzten Frist begonnen und sei mithin eingehalten.

Der Schadensersatzanspruch des Klägers richte sich auf das Erfüllungsinteresse und sei zeitlich unbeschränkt, da auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde und keinerlei Anhaltspunkte vorlägen, dass ein Kündigungsgrund iSd. § 1 KSchG bestanden hätte oder der Kläger sein Arbeitsverhältnis ohne das vertragswidrige, zur fristlosen Kündigung berechtigende Verhalten der Beklagten hätte beenden wollen.

Schließlich sei auch mit großer Wahrscheinlichkeit mit der Entwicklung eines weiteren zukünftigen Schadens zu rechnen, denn der Kläger habe seit Ausspruch seiner Kündigung trotz ständiger Auswertung der Stellenanzeigen in Presse und Internet sowie Meldung beim Arbeitsamt keinen passenden neuen Arbeitsplatz gefunden. Es bestehe eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass er auch in der nächsten Zeit keine angemessene Stelle finden werde, zumal die Beklagte ihm kein gutes Arbeitszeugnis ausgestellt und eine Berichtigungsbitte des Klägers unbeantwortet gelassen habe.

B. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Auf Grund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann dem Kläger ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB nicht zugesprochen werden. Ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung gem.



§ 626 Abs. 1 BGB ist bislang nicht in ausreichendem Maße festgestellt. Im übrigen wäre ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB zeitlich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven ordentlichen Kündigung zu begrenzen, zu dem allerdings eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10 KSchG hinzutreten kann.

I. In der Revision streiten die Parteien noch über die Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des weiteren Schadens, der dem Kläger aus der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, daß als „weiterer Schaden“ der Schaden zu verstehen ist, über dessen Ersatzpflicht noch nicht rechtskräftig entschieden wurde.

II. Die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Klägers sind bislang nicht ausreichend festgestellt.

1. Als Anspruchsgrundlage kommt lediglich § 628 Abs. 2 BGB in Betracht. Hier-nach ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer durch sein vertragswidriges schuldhaftes Verhalten die Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst hat. Da § 628 Abs. 2 BGB für durch selbstgewollte Vertragsbeendigung entgangene Erfüllungsansprüche als ein spezialgesetzlich geregelter Fall der positiven Vertragsverletzung angesehen werden kann (*BAG 11. Februar 1981 - 7 AZR 12/79 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8, unter C I 3 der Gründe mit zustimmender Anm. Wolf; KR-Weigand 5. Aufl. BGB § 628 Rn. 19*), ist ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung daneben nicht zu prüfen.

2. Die Schadensersatzpflicht nach § 628 Abs. 2 BGB kann bei jeder Vertragsbeendigung, für die der andere Vertragsteil durch ein vertragswidriges schuldhaftes Verhalten den Anlass gegeben hat, entstehen (*BAG 11. Februar 1981 - 7 AZR 12/79 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8*). Dabei muss das für den Schadensersatz erforderliche „Auflösungsver-schulden“ des Vertragspartners das Gewicht eines wichtigen Grundes iSd. § 626 BGB haben. Nur derjenige kann Schadensersatz nach § 628 Abs. 2 BGB fordern, der auch wirksam hätte fristlos kündigen können, denn aus dem Zusammenhang der Absätze 1 und 2 ergibt sich die gesetzliche Wertung, dass nicht jede geringfügige schuldhaftes Vertragsverletzung, die Anlass für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewesen ist, die schwerwiegende Folge des § 628 Abs. 2 BGB nach sich zieht (*ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 11. Februar 1981 - 7 AZR 12/79 - aaO, zu C I 2 der Gründe*).



3. Die Würdigung des Berufungsgerichts, daß ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vorlag, kann nach ständiger Rechtsprechung vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden. Zu prüfen ist allerdings, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund abzugeben, und ob bei der erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls daraufhin überprüft worden sind, ob es dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zur ordentlichen Beendigung bzw. Beendigungsmöglichkeit fortzusetzen. Die Bewertung der für und gegen die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sprechenden Umstände liegt weitgehend im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz. Hält sich die Interessenabwägung im Rahmen des Beurteilungsspielraums, kann das Revisionsgericht die angegriffene Würdigung nicht durch seine eigene ersetzen (*ständige Rechtsprechung*, BAG 29. Januar 1997 - 2 AZR 292/96 - BAGE 85, 114; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10). Auch dieser eingeschränkten Überprüfung halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

a) Entgegen der Auffassung des Klägers steht einer erneuten Prüfung der Rechtswirksamkeit seiner außerordentlichen Kündigung nicht die Rechtskraftwirkung der bisherigen Entscheidungen, insbesondere nicht das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. Dezember 1998 - 19 Sa 52/97 - entgegen. Folge der materiellen Rechtskraft ist, daß erneute, abweichende Entscheidungen desselben oder eines anderen Gerichts innerhalb bestimmter objektiver, subjektiver und zeitlicher Grenzen ausgeschlossen sind (BAG 27. August 1968 - 1 ABR 6/68 - BAGE 21, 139, 143; Zöller/Vollkommer ZPO 22. Aufl. vor § 322 Rn. 3). Eine erneute Sachentscheidung in diesem Sinne liegt nicht nur vor, wenn der Streitgegenstand des zweiten Rechtsstreits mit dem des ersten identisch ist, sondern auch in Fällen der Präjudizialität, dh. dann, wenn die im Vorprozess entschiedene Rechtsfolge Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist. Hat das Gericht im Zweitprozeß den Streitgegenstand des rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses als Vorfrage erneut zu prüfen, hat es den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung seinem Urteil zugrunde zu legen (vgl. BAG 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113; BGH 6. März 1985 - IV b ZR 76/83 - NJW 1985, 2535, 2536; BGH 17. Februar 1983 - III ZR 174/81 - NJW 1983, 2032; Zöller/Vollkommer ZPO 22. Aufl. vor § 322 Rn. 22, 24).

Zwar hatte sich das Landesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zur Prüfung von Ansprüchen für den Zeitraum nach dem 8. März 1996 als Vorfrage mit der Wirk-



samkeit der außerordentlichen Kündigung befasst und diese zugunsten des Klägers positiv festgestellt. Bei Urteilen erstreckt sich die Rechtskraft aber nur auf den Verfahrensgegenstand, über den entschieden worden ist. Nicht von der Rechtskraft erfasst werden einzelne Elemente des Verfahrensgegenstandes oder Feststellungen über tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen der rechtskräftig festgestellten Rechtsfolge (*allgemeine Meinung, vgl. etwa Thomas/Putzo ZPO 23. Aufl. § 322 Rn. 28; Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 58. Aufl. § 322 Rn. 72*). Ein stattgebendes Urteil stellt lediglich das Bestehen der Leistungspflicht fest und enthält auch nur insoweit ein Feststellungsurteil. Die Rechtskraft gem. § 322 ZPO umfasst dagegen nicht die Vorfrage des Grundes einer Leistungspflicht (*MünchKomm-ZPO/Gottwald 2. Aufl. § 322 Rn. 90 mwN, 165*).

b) Dem Kläger ist auch nicht darin zu folgen, daß die Beklagte mit der sofortigen Akzeptanz der Kündigung diese als rechtswirksam anerkannt habe. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Gesichtspunkt zutreffend lediglich bei der Interessenabwägung im Rahmen der Frage, ob die Beklagte ein besonderes Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gezeigt habe, berücksichtigt. Allein die Entgegennahme einer Kündigung ohne Ausspruch einer Gegenkündigung führt nicht automatisch zu ihrer Anerkennung im Grunde, sondern kann - gesteht man ihr Erklärungswert zu - allenfalls als Annahme eines in einer unwirksamen Kündigung liegenden Angebots auf Aufhebung eines Arbeitsvertrages gewertet werden (*hierzu BAG 20. Dezember 1984 - 2 AZR 506/83 - nv., unter II 2 c der Gründe*).

c) Zu Recht rügt die Revision allerdings die Wertung des Landesarbeitsgerichts, der Provisionsrückstand habe als wichtiger Grund die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Hierzu bedarf es weiterer Feststellungen und ggf. einer erneuten Interessenabwägung.

aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht zwar davon aus, dass ein Gehaltsrückstand an sich geeignet sein kann, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Nichtzahlung des Lohnes eine nicht unerhebliche Höhe erreicht oder der Verzug mit der Lohnzahlung sich über einen erheblichen Zeitraum hinweg erstreckt und der Arbeitnehmer diesen Fehler abgemahnt hat (*BAG 24. April 1980 - 3 AZR 985/77 - nv.; 25. September 1980 - 3 AZR 119/78 - nv.; LAG Köln 23. September 1993 - 10 Sa 587/93 - LAGE BGB § 626 Nr. 73; LAG Hamm 29. September 1999 - 18 Sa 118/99 -*



NZA-RR 2000, 242; KR-Fischermeier 5. Aufl. BGB § 626 Rn. 467; Stahlhakke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz 7. Aufl. Rn. 589). Allerdings können auch Rückstände mit kleinen Lohnbeträgen zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, wenn der Arbeitgeber den Lohn willkürlich oder ohne nachvollziehbare Begründung hartnäckig verweigert (*vgl. schon BAG 25. Juli 1963 - 2 AZR 510/62 - BAGE 14, 266*).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es sei angesichts der Hartnäckigkeit der Beklagten unerheblich, dass der Gehaltsrückstand im Verhältnis zum Jahreseinkommen des Klägers relativ geringfügig sei. Dies überzeugt nicht. Der streitige Provisionsrückstand betrug mit 3.869,19 DM angesichts eines Jahresgehaltes von ca. 130.000,00 DM deutlich weniger als die Hälfte eines Monatsgehalts und war gemessen am Gesamteinkommen geringfügig. Damit kommt dem Grund für die Nichtzahlung des Provisionsbetrags erhebliche Bedeutung zu. Das Landesarbeitsgericht hat nicht ausgeführt, welche Verhaltensweise der Beklagten es im einzelnen als „hartnäckig“ subsumiert. War aus Sicht der Beklagten die Zahlungsverweigerung berechtigt, handelte sie weder willkürlich noch hartnäckig. Das Landesarbeitsgericht wird daher die näheren Umstände noch aufzuklären haben, die zur Zahlungsverweigerung der Beklagten führten.

cc) Auch wenn man den Provisionsrückstand als an sich geeigneten wichtigen Grund iSd. § 626 BGB anerkennt, rechtfertigt das nicht ohne weiteres eine fristlose Kündigung. Vielmehr bedarf es der fallbezogenen Abwägung aller für und gegen die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Umstände im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung (*BAG 30. Mai 1978 - 2 AZR 630/76 - BAGE 30, 309, 313 f.; 15. November 1984 - 2 AZR 613/83 - AP BGB § 626 Nr. 87 = EzA BGB § 626 nF Nr. 95, zu II 1 a der Gründe*). Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Interessenabwägung halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Landesarbeitsgericht hat insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es hat lediglich pauschal die Wertung getroffen, angesichts der Hartnäckigkeit des bisherigen Verhaltens müsse der Kläger gewärtigen, dass die Beklagte auch in Zukunft ohne jeglichen sachlichen Grund bestehende Ansprüche nicht erfülle und er somit zur Durchsetzung seiner Forderungen und zur Vermeidung einer Verjährung seiner Ansprüche „immer wieder“ gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen müsse. Dabei hat es aber weder Bezug genommen auf den relativ kurzen Zeitraum von etwa sieben Wochen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit, noch aufgeklärt, wie



häufig der Kläger bereits seine rückständigen Provisionsansprüche in dem seit 1991 bestehenden Arbeitsverhältnis hat anmahnen oder gerichtlich durchsetzen müssen. Es finden sich auch keine Feststellungen, warum es dem Kläger angesichts der bereits seit ca. 1 ½ Jahren bestehenden Provisionsrückstände aus 1994 sowie im Hinblick auf die relativ geringe Höhe im Verhältnis zum Gesamtjahreseinkommen im Kündigungszeitpunkt nicht zuzumuten gewesen sein soll, seine Provisionsrückstände einzuklagen oder zumindest eine ordentliche Kündigung zum 30. April 1996 auszusprechen.

Nicht zu folgen ist dem Landesarbeitsgericht vor allem auch insoweit, als es als zusätzliches Kriterium für die zugunsten des Klägers durchgeführte Interessenabwägung den Entzug von Provisionsgebieten heranzieht und dazu ausführt, hierin zeige sich für den Kläger, dass die Beklagte mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gewillt sei, ihm „zweifelsfrei“ zustehende Ansprüche zu erfüllen. Gleichzeitig prüft das Landesarbeitsgericht aber die Zulässigkeit der vertraglichen Änderung nicht, sondern lässt sie ausdrücklich dahinstehen. Der Kläger hält den Teilwiderruf für eine unzulässige Teilkündigung, während sich die Beklagte auf ihr Widerrufsrecht aus Ziffer 2.1 des Arbeitsvertrages beruft. Wäre aber eine Reduzierung des Verkaufsgebietes aufgrund Ziffer 2.1 des Arbeitsvertrages zulässig, hätte die Beklagte lediglich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung ihre Gestaltungsmöglichkeiten ausgeübt, und damit dem Kläger Verdienstmöglichkeiten entzogen, die ihm aufgrund der vertraglichen Vereinbarung eben nicht zweifelsfrei zugestanden hätten. Das Landesarbeitsgericht durfte also, soweit es zur Prüfung der Unzumutbarkeit kumulativ den Teilentzug des Provisionsgebiets berücksichtigen wollte, die Frage der etwaigen Rechtswidrigkeit der arbeitgeberseitigen Maßnahme nicht offenlassen.

d) Der Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB setzt weiter die Wahrung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB voraus (*BAG 22. Juni 1989 - 8 AZR 164/88 - AP BGB § 628 Nr. 11 = EzA BGB § 628 Nr. 17*).

Auch insoweit ist der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Frist sei gewahrt, nicht beizupflichten. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht zwar angenommen, dass die Ausschlussfrist auch auf die Kündigung durch den Arbeitnehmer anzuwenden ist (*KR-Fischermeier 5. Aufl. BGB § 626 Rn. 311*). Die weitere Feststellung, die Ausschlussfrist beginne in jedem Fall erst mit Ablauf der vom Kläger gesetzten Frist zur Zahlung der rückständigen Vergütung, also mit Abrechnung der Februarvergütung frühestens Ende Februar 1996 zu laufen, so daß mit Zugang der Kündigung am

8. März 1996 die Frist eingehalten gewesen sei, differenziert aber nicht in ausreichendem Maße zwischen abgeschlossenen Sachverhalten und Dauertatbeständen.

Nach § 626 Abs. 2 BGB beginnt die Ausschlussfrist mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Kündigungsgrund aus einem in sich abgeschlossenen Lebenssachverhalt hergeleitet wird oder aus einem sog. Dauertatbestand. Ein Dauertatbestand liegt vor, wenn fortlaufend neue kündigungsrelevante Tatsachen eintreten, die zur Störung des Arbeitsverhältnisses führen. In derartigen Fällen ist die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten, wenn bis in die letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung der Dauertatbestand angehalten hat und damit die Störung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgeschlossen war (vgl. BAG 25. Februar 1983 - 2 AZR 298/81 - AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 14 = EzA BGB § 626 nF Nr. 83; 21. März 1996 - 2 AZR 455/95 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 8 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10; 22. Januar 1998 - 2 ABR 19/97 - AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 38 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 11).

Bleibt der Arbeitgeber mit Lohnzahlungen längere Zeit im Rückstand, so kann es sich zwar um einen echten Dauertatbestand handeln mit der Folge, daß die Ausschlussfrist erst mit Beendigung dieses Zustandes beginnt. Der Pflichtverstoß bei Zahlungsverzug setzt sich mit jedem weiteren Tag fort, und je länger der Verzug dauert, desto gewichtiger ist das Fehlverhalten des Arbeitgebers. Oft wird der Grad der Pflichtwidrigkeit erst nach einer längeren Verzugsdauer so gravierend, dass der Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für nicht zumutbar hält. Die Dauer der negativen Auswirkungen gehört deshalb idR. mit zu den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, auf deren Kenntnis § 626 Abs. 2 BGB für den Fristbeginn abstellt. Um einen abgeschlossenen Kündigungssachverhalt mit Fortwirkung handelt es sich dagegen, wenn der Arbeitnehmer aus bestimmten Vorgängen den Vorwurf herleitet, die Vertrauensgrundlage sei nachhaltig zerstört oder es bestünden nach wie vor - ohne Hinzutreten weiterer Ereignisse - Zweifel an der Zahlungswilligkeit des Arbeitgebers.

Ob ein Vertrauensverlust oder eine fehlende Bereitschaft zur Zahlung zusteher Ansprüche vorliegt, ist eine Schlussfolgerung, die aufgrund bestimmter Tatsachen vorzunehmen ist (vgl. auch KR-Fischermeier 5. Aufl. BGB § 626 Rn. 328). Nicht die Ergebnisse einer solchen Würdigung, sondern die Vorgänge, die eine solche Beurteilung rechtfertigen, sind die maßgebenden Tatsachen iSd. § 626 Abs. 2 BGB (BAG 17. August 1972 - 2 AZR 359/71 - BAGE 24, 383). Aus diesem Grunde müssen in Fäl-



len wie dem vorliegenden, in denen der Arbeitnehmer zunächst trotz bereits wiederholter Zahlungsablehnung weiter zuwartet, besondere Darlegungen erfolgen, warum erst zum Zeitpunkt der Abmahnung bzw. Kündigung der vorher hingenommene Zahlungsrückstand plötzlich als Kündigungsgrund relevant geworden ist. Allein die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten, da ihm nach der Abmahnung vom 14. Februar 1996 frühestens am 29. Februar 1996 bekannt gewesen sei, dass die Beklagte nach wie vor die Zahlung ohne Begründung verweigere, erklärt nicht, warum der Kläger erst aufgrund dieses Fristablaufs und nicht bereits nach der ihm Ende November 1995 mitgeteilten Zahlungsablehnung eine außerordentliche Kündigung erwogen hat. Hatte die Beklagte - wofür vieles spricht - im November endgültig die Zahlung der vom Kläger begehrten Provision verweigert, so lief von diesem Zeitpunkt an die Ausschlussfrist, ohne daß es einer weiteren Abmahnung durch den Kläger bedurfte. Auch hierzu hat das Landesarbeitsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

4. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Der Kläger hat als weiteren Kündigungsgrund zwar die Abänderung des Provisionsgebietes angegeben. Zu seinen Gunsten kann auch davon ausgegangen werden, daß jedenfalls dieser Grund nicht iSd. § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB verfristet wäre. Wenn man etwa auf den 1. März 1996 abstellt als den Tag, zu dem die von der Beklagten angekündigte Änderung des Verkaufsgebietes wirksam werden sollte, ist die Kündigung noch innerhalb der Zweiwochenfrist ausgesprochen worden. Dies gilt erst recht, wenn man vom 7. März 1996 ausgeht als dem Tag, bis zu dem der Kläger die Rücknahme der Maßnahme unter Kündigungsandrohung gefordert hatte.

Das Landesarbeitsgericht hat diesen Kündigungsgrund sachlich aber nicht weiter geprüft, nachdem es bereits im Hinblick auf den Provisionsrückstand das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd. § 626 BGB bejaht hatte. Ob der Teilentzug des Provisionsgebietes - sei es auch nur zusammen mit der verweigerten Provisionszahlung - einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung darstellt, läßt sich noch nicht abschließend beurteilen. Besteht der überwiegende Teil einer Vergütung aus Provision und ist insoweit leistungs- und erfolgsabhängig, kann ein unberechtigter Entzug eine schwerwiegende Verletzung des Arbeitsvertrages beinhalten, die an sich geeignet sein kann, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dies dürfte vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Maßnahme der Beklagten ersichtlich rechtswidrig war und über die wirtschaftliche Beeinträchtigung hinaus eine besondere



Mißachtung der Belange des Klägers erkennen läßt, die geeignet ist, die für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauensgrundlage zu zerstören (vgl. zur unberechtigten Suspendierung des Arbeitnehmers BAG 19. August 1976 - 3 AZR 173/75 - BAGE 28, 168).

Ob die hier streitige Maßnahme einen solchen Tatbestand darstellt, läßt sich angesichts fehlender Tatsachenfeststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beantworten. Das Landesarbeitsgericht hat es gerade offengelassen, ob die streitige Maßnahme rechtswidrig war. Nach dem Arbeitsvertrag war die Beklagte berechtigt, das dem Kläger zugewiesene Verkaufsgebiet zu ändern oder ihm ein anderes Gebiet zuzuweisen. Bei einer derartigen Vereinbarung handelt es sich um den grundsätzlich zulässigen Vorbehalt eines Widerrufs einzelner Vertragsbedingungen. Dessen Ausübung stellt keine - an sich unzulässige - Teilkündigung dar (siehe nur BAG 7. Oktober 1982 - 2 AZR 455/80 - BAGE 40, 199; KR-Rost 5. Aufl. KSchG § 2 Rn. 51 mwN). Der Widerrufsvorbehalt kann sich auch auf die Änderung eines Verkaufsgebietes beziehen (BAG aaO). Bei seiner Ausübung hat der Arbeitgeber allerdings die Grundsätze billigen Ermessens zu wahren, § 315 BGB. Außerdem ist zu beachten, daß die Vereinbarung eines solchen Widerrufs nicht zur Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften führen darf. Das wird in aller Regel dann der Fall sein, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört wird (BAG 7. Oktober 1982 aaO mwN).

Ob diese Grenzen im Streitfall überschritten sind und ob der Widerruf nicht nur „schlicht“ rechtswidrig ist, sondern darüber hinaus wegen des Gewichtes der Rechtswidrigkeit und der Auswirkungen für den Kläger - ggf. unter Berücksichtigung der verweigerten Provisionen - diesem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machte, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben. Soweit es dabei hinsichtlich des Kündigungsgrundes „Provisionsrückstände“ zu einer Verfristung nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB kommt, wird es zu berücksichtigen haben, ob die in beiden Kündigungsgründen eventuell zu Tage tretenden Vertragspflichtverletzungen vergleichbar sind, so daß - bei Wahrung der Zweiwochenfrist für den Kündigungsgrund Änderung des Verkaufsgebietes - unterstützend auf den verfristeten Grund zurückgegriffen werden kann.

III. Sollte das Landesarbeitsgericht auf Grund der weiteren Feststellungen zu dem Ergebnis kommen, daß dem Kläger ein Schadensersatzanspruch nach § 628



Abs. 2 BGB zusteht, wird es zu beachten haben, daß dieser Schadensersatzanspruch zeitlich begrenzt ist. Nach dem Zweck der Norm beschränkt sich der Anspruch grundsätzlich auf den dem kündigenden Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven Kündigung entstehenden Vergütungsausfall, zu dem allerdings eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10 KSchG hinzutreten kann.

1. Der Ersatz des Auflösungsschadens umfasst grundsätzlich die Pflicht, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie er bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stehen würde (§§ 249 ff. BGB), denn der Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB geht auf das volle Erfüllungsinteresse (*KR-Weigand 5. Aufl. BGB § 628 Rn. 8; MünchKomm/Schwerdtner 3. Aufl. BGB § 628 Rn. 20; Staudinger/Preis BGB 13. Aufl. § 628 Rn. 45*).

2. Einigkeit besteht, daß der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist den entgangenen Verdienst als Schadensposten beanspruchen kann. Umstritten ist, ob der Schadensersatzanspruch darüber hinausgeht.

a) Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung sowohl für den insoweit gleichlautenden § 89 a Abs. 2 HGB als auch für § 628 Abs. 2 BGB davon aus, daß der Schadensersatzanspruch zeitlich bis zum Ablauf, zu dem der andere Vertragspartner ordentlich kündigen könnte bzw. bis zu dem vereinbarten Vertragsende begrenzt ist (*BGH 3. März 1993 - VIII ZR 101/92 - BGHZ 122, 9 = EzA § 89 a HGB Nr. 1 mwN*). Die zeitliche Begrenzung der Schadensersatzpflicht sei durch den Schutzzweck der Norm geboten. § 89 a HGB und § 628 Abs. 2 BGB verpflichteten nur zum Ersatz des sogenannten „Verfrühungsschadens“. Dies soll dem Kündigenden ersparen, ein unzumutbar gewordenes Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung fortsetzen zu müssen. Insbesondere mit einer fristgerechten Kündigung des anderen Teils müsse der Partner immer rechnen (*BGH 3. März 1993 - VIII ZR 101/92 - aaO, unter II 3 a cc der Gründe*).

Entsprechend hat auch das Bundesarbeitsgericht zumindest in den Fällen einer durch den Arbeitnehmer verschuldet veranlassten Kündigung des Arbeitgebers eine Beschränkung der Schadensersatzpflicht nach § 628 Abs. 2 BGB vorgenommen (*BAG 27. Januar 1972 - 2 AZR 172/71 - AP BGB § 252 Nr. 2; 9. Mai 1975 - 3 AZR 352/74 - AP BGB § 628 Nr. 8, unter II 2 a der Gründe = SAE 1976, 216, 219 mit zu-*



stimmender Anm. Hadding; unklar BAG 23. August 1988 - 1 AZR 276/87 - BAGE 59, 242, 252).

b) Nach anderer Ansicht, der das Landesarbeitsgericht in seiner Entscheidung gefolgt ist, wird eine zeitlich unbeschränkte Schadensersatzpflicht für den Anspruch des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Vorschriften des KSchG differenzierend zumindest dann vertreten, wenn bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis für den Geschädigten Kündigungsschutz besteht (*Nikisch I 3. Aufl. S 854; Trinkner BB 1966, 1025, 1027; KR-Weigand 5. Aufl. BGB § 628 Rn. 35; Soergel/Kraft BGB 12. Aufl. § 628 Rn. 16; Roeper DB 1970, 1489; MünchKomm/Schwerdtner 3. Aufl. BGB § 628 Rn. 20; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 495; Staudinger/Preis BGB 13. Aufl. § 628 Rn. 48*). Der Arbeitgeber soll später einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG geltend machen können (*so ausdrücklich: Erman-Belling BGB 10. Aufl. § 628 Rn. 30; RGRK-Corts 12. Aufl. BGB § 628 Rn. 42, 50*). Eine zeitliche Beschränkung auf eine fiktive fristgerechte Kündigung sei unangemessen, da eine arbeitgeberseitige Kündigung gem. § 1 KSchG dann rechtsunwirksam ist, wenn Gründe vorliegen, welche die soziale Rechtfertigung iSd. § 1 KSchG ausschließen. Der Arbeitnehmer soll vorbringen können, daß es ohne das vertragswidrige Verhalten nicht zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses, auch nicht durch ordentliche Kündigung des Arbeitgebers gekommen wäre. § 10 KSchG sei eine Ausnahmenvorschrift und nicht ohne weiteres einer analogen Anwendung außerhalb des Kündigungsschutzprozesses fähig, so daß eine Beschränkung auf die Höchstgrenzen des § 10 KSchG nicht zulässig sei.

c) Im Hinblick auf diese Bedenken will ein Teil der Literatur den Schutzzweck des § 628 Abs. 2 BGB neu bestimmen. Der Arbeitnehmer verzichte durch die von ihm ausgesprochene außerordentliche Kündigung selbst auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses und auf den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Er begeben sich damit in die gleiche Situation wie ein Arbeitnehmer, der nach Ausspruch einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers im deswegen geführten Kündigungsschutzprozess einen Auflösungsantrag nach § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG stellt. Dementsprechend sei der Schadensersatzanspruch zwar einerseits zu Gunsten des Arbeitgebers beschränkt. Dieser dürfe aber andererseits nicht dadurch bessergestellt werden, daß er anstatt eine unberechtigte außerordentliche Kündigung auszusprechen und damit ggf. abfindungspflichtig nach § 13 Abs. 1 Satz 3, §§ 9, 10 KSchG zu werden, durch vertragswidriges Verhalten den Arbeitnehmer zur außerordentlichen Auflösung



des Arbeitsverhältnisses veranlasst (*ErfK/Müller-Glöge 2. Aufl. BGB § 628 Rn. 71 ff.; Röhler DB 1957, 358; Weiß JuS 1985, 593, 595 f.; Gamillscheg Arbeitsrecht I 7. Aufl. S 446 ff.; Roeper DB 1970, 1489; Gessert Schadensersatz nach Kündigung S 136 ff., 172, der dem Wortlaut der Norm grundsätzlich einen unbeschränkten Schadensersatzanspruch entnimmt, den er teleologisch reduzieren will*).

d) Der zuletzt genannten Auffassung ist zu folgen. Der Schadensersatzanspruch ist zwar auf den Zeitraum der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist zu beschränken, zu dem Ersatz des Vergütungsausfalles kann aber eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10 KSchG hinzutreten.

aa) Die Zuerkennung eines „Endlosschadens“ entspricht weder dem Wortlaut der Norm noch ihrer Entstehungsgeschichte. Während in der ersten Kommission zum Entwurf des BGB der Antrag, dieser Norm eine auf die Kündigungsfristen bezogene Beschränkung beizufügen, abgewiesen wurde, wurde in der Beratung der zweiten Kommission ein entsprechender Unterantrag nur deswegen zurückgezogen, weil sich bei den Beratungen die Beteiligten darüber einig waren, daß der zum Schadensersatz Verpflichtete so zu behandeln sei, als wenn er seinerseits gekündigt habe, sobald dies nach der Kündigung des anderen Teils statthaft gewesen sei (*vgl. Jakobs/Schubert Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II 1980 §§ 626 - 628 S 814 bis 827*). Es ging also um den sog. „Verfrühungsschaden“. Dies entsprach dem Umstand, daß mangels Bestehens eines Kündigungsschutzes jeder der Vertragsteile mit einer ordentlichen Kündigung des anderen immer rechnen mußte. An dieser grundsätzlichen zeitlichen Begrenzung ist festzuhalten, auch wenn heute die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer eingeschränkt ist (siehe dazu aber sogleich unter bb). Gegen eine darüber hinausgehende Ausweitung spricht, daß dem Arbeitgeber kaum der Beweis gelingen wird, daß das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt als dem Eintritt in das Rentenalter geendet hätte. Tatsachen, die eine ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers rechtfertigen, können bis auf wenige Ausnahmefälle nicht mehr geschaffen werden. Der Anerkennung eines Endlosschadens steht auch entgegen, daß selbst nach der Wertung des Gesetzgebers trotz Kündigungsschutzes bei grob sozialwidrigen oder sittenwidrigen Kündigungen durch den Arbeitgeber eine Ersatzpflicht im Rahmen der §§ 9, 10 KSchG beschränkt und damit der Wert für einen Arbeitsplatz bestimmt ist, wenn ein Festhalten am Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer unzumutbar ist.



bb) Die auf den reinen „Verfrühungsschaden“ reduzierte Schadensersatzpflicht entspricht andererseits nicht den gesetzlichen Wertungen zum Kündigungsschutz. Sie berücksichtigt nicht hinreichend, daß der Arbeitnehmer - veranlaßt durch das vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers - auf den durch die Kündigungsschutzbestimmungen vermittelten Bestandsschutz verzichtet. Ihn trifft insoweit neben der für die Dauer der Kündigung entfallenden Vergütung ein weiterer wirtschaftlicher Verlust, für den er einen angemessenen Ausgleich verlangen kann. Für die Bemessung dieses Ausgleichs bietet es sich an, auf die Abfindungsregelung der §§ 9, 10 KSchG abzustellen. Die Lage des wegen schuldhafter Vertragspflichtverletzung des Arbeitgebers selbst kündigenden Arbeitnehmers ist vergleichbar derjenigen des Arbeitnehmers, dem gegenüber der Arbeitgeber eine unberechtigte Kündigung ausgesprochen hat und der nun seinerseits einen Auflösungsantrag stellt, weil ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (*siehe insbesondere ErfK/Müller-Glöge aaO BGB § 628 Rn. 72 f. mwN*).

Danach umfaßt der Schadensersatzanspruch gem. § 628 Abs. 2 BGB neben der entgangenen Vergütung auch eine angemessene Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes entsprechend §§ 9, 10 KSchG. Dieser Anspruch tritt kumulativ zu dem Anspruch auf Ersatz des Vergütungsausfalls hinzu, wenn der Auflösungsantrag des Arbeitnehmers bei unberechtigter fristloser Kündigung des Arbeitgebers zum Kündigungstermin einer (umgedeuteten) ordentlichen Kündigung hätte gestellt werden können (*zutreffend ErfK/Müller-Glöge aaO BGB § 628 Rn. 74; Weiß JuS 1985, 593, 596; zur Möglichkeit des auf die ordentliche Kündigung bezogenen Auflösungsantrages siehe BAG 26. August 1993 - 2 AZR 159/93 - BAGE 74, 143*). Für einen solchen Ausgleich des durch den Verzicht auf Kündigungsschutz bedingten Schadens spricht auch, daß der Arbeitgeber es sonst beispielsweise in der Hand hätte, einen Arbeitnehmer durch gezieltes vertragswidriges Verhalten zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu bewegen, ohne seinerseits weitere Folgen wie etwa die einer Abfindungszahlung bei eigener ungerechtfertigter Kündigung befürchten zu müssen.

3. Es bestehen schließlich keine Anhaltspunkte dafür, im vorliegenden Rechtsstreit eine andere Bewertung des Umfangs der Schadensersatzpflicht etwa im Hinblick auf den Ausschluss einer Kündigung vorzunehmen. Ob bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern unter Abweichung von den obigen Ausführungen eventuell eine Entschädigung bis zum vereinbarten Vertragsende - hier der Vollendung des 65. Lebensjahres - erfolgen muss, kann dahinstehen.



Die ordentliche Kündigung war nicht ausgeschlossen. Ziffer 9 des Arbeitsvertrages weist ausdrücklich darauf hin, daß das Arbeitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen kündbar ist. Damit haben sich die Parteien ausdrücklich die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vorbehalten. Die nach §§ 133, 157 BGB gebotene Auslegung ergibt eine Kündigungsmöglichkeit, die sich mangels näherer Vereinbarung nach den gesetzlichen Vorschriften einschließlich der Kündigungsfristen des § 622 BGB richtet. Dies folgt zum einen aus dem Aufbau der Ziffer 9 des Arbeitsvertrages, die im ersten Absatz Beginn und Beendigungsmöglichkeiten und erst im dritten Absatz mit der Altersgrenze die Höchstdauer beschreibt und zum anderen aus der Überlegung, daß der Hinweis auf eine Kündbarkeit nach gesetzlichen Bestimmungen ansonsten leerläufe. Der Vereinbarung einer lediglich außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit bedurfte es bereits deswegen nicht, weil sie für beide Vertragspartner zwingendes Recht und damit unabdingbar ist (*BAG 19. Dezember 1974 - 2 AZR 565/73 - BAGE 26, 417*).

Rost Dr. Wittek Mikosch

P. Knospe S. Morsch



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](#)