

Aktenzeichen: 8 AZR 772/06
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 16. Mai 2007
- 8 AZR 772/06 -

I. Arbeitsgericht
Aachen

Urteil vom 29. Juli 2005
- 2 Ca 4820/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 2. Mai 2006
- 9 Sa 1461/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Schadensersatz - Verfrühungsschaden - § 113 Satz 3 InsO

Gesetze:

InsO § 113 Satz 3 iVm. Satz 1 und 2; BGB § 254 Abs. 1

Leitsatz:

Nach § 113 Satz 3 InsO ist der durch die vorzeitige Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 113 Satz 1 und 2 InsO entstandene Schaden zu ersetzen. Im Falle vereinbarter Unkündbarkeit ist dieser Schadensersatzanspruch als Verfrühungsschaden auf die ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgebliche längste ordentliche Kündigungsfrist beschränkt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 772/06
9 Sa 1461/05
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Mai 2007

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Revisionskläger und Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter und Anschlussrevisionskläger,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger und Creutzfeldt sowie die ehrenamtlichen Richter Schömburg und von Schuckmann für Recht erkannt:

Auf die Anschlussrevision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 2. Mai 2006 - 9 Sa 1461/05 - im Kostenausspruch und soweit aufgehoben, als es den Be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klagen verurteilt hat, eine Schadensersatzforderung in Höhe von mehr als 28.674,24 Euro netto (Rang 0, lfd. Nr. 97) zur Insolvenztabelle festzustellen. Die Berufung des Klägers wird auch insoweit zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Anschlussrevision des Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 2. Mai 2006 - 9 Sa 1461/05 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben der Kläger zu 2/9, der Beklagte zu 7/9 zu tragen, die Kosten des Rechtsstreits II. Instanz der Kläger zu 5/8, der Beklagte zu 3/8, die Kosten des Revisionsverfahrens der Kläger zu 2/3, der Beklagte zu 1/3.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob und in welcher Höhe ein Schadensersatzanspruch des Klägers wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses zur Insolvenztabelle festzustellen ist.

Der Kläger war seit dem 11. September 1989 bei der Insolvenzschuldnerin, die eine gemeinnützige Altstoffverwertungs GmbH betrieb, beschäftigt. Mit Wirkung ab dem 1. Juli 1991 wurde er zu einem der beiden Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bestellt. Dieses Dienstverhältnis sollte „bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres“ des Klägers bestehen. Eine ordentliche Kündigung seitens der Insolvenzschuldnerin wurde ausgeschlossen. Dagegen war der Kläger berechtigt, seinen Dienstvertrag mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende des Geschäftsjahres, das bei der Insolvenzschuldnerin dem Kalenderjahr entspricht, zu kündigen. Als Geschäftsführer war der Kläger zuständig für die Verwaltung, insbesondere die Buchhaltung einschließlich Anlagebuchhaltung und die Bilanzerstellung sowie für Technik, Vertrieb und Forschung. Für diese Tätigkeit erhielt der Kläger zuletzt ein monatliches Bruttoentgelt iHv. 7.561,22 Euro.

2003 beteiligte sich die Insolvenzschuldnerin an Ausschreibungen der Duales System Deutschland AG. Sie erhielt den Zuschlag für verschiedene Entsorgungsaufgaben im Rheinland. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger und der weitere



Geschäftsführer bei der Ausschreibung Angebote zu wirtschaftlich unvertretbaren Bedingungen abgegeben und dadurch die spätere Insolvenz verschuldet haben.

Der Kläger, wie der weitere Geschäftsführer, wurde im Frühjahr 2004 als Geschäftsführer abberufen. Mit Schreiben vom 30. September 2004 kündigte die Insolvenzschuldnerin das Dienstverhältnis des Klägers fristlos, hilfsweise ordentlich. Nach Insolvenzeröffnung am 1. Januar 2005 kündigte der zum Insolvenzverwalter bestellte Beklagte das Dienstverhältnis des Klägers erneut mit Schreiben vom 5. Januar 2005 vorsorglich unter Einhaltung der Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO zum 30. April 2005. Zuletzt erhielt der Kläger von der Insolvenzschuldnerin ein monatliches Nettoentgelt iHv. 4.887,48 Euro.

4

Der Kläger macht einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses geltend. Dazu hat er behauptet, zwischen ihm und der Insolvenzschuldnerin habe Einigkeit bestanden, nach seiner Abberufung als Geschäftsführer das Dienstverhältnis unter geänderten Bedingungen fortzusetzen. Wie der andere Geschäftsführer habe er weiterhin als Angestellter der Insolvenzschuldnerin beschäftigt werden sollen. Die Höhe seines Schadens hat der Kläger auf 90.734,64 Euro beziffert, wobei er diesen Betrag zunächst gem. § 10 KSchG aus zwölf Monatsverdiensten á 7.561,22 Euro errechnet hat. Hilfsweise hat er die Ansicht vertreten, sein Schaden sei jedenfalls der Verdienstausschlag für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis zum 30. April 2006. Unter Berücksichtigung des erhaltenen Arbeitslosengeldes errechne sich ein Schaden iHv. $(4.887,48 \text{ Euro} - 1.303,20 \text{ Euro}) \times 16 = 57.348,48 \text{ Euro}$. Schließlich hat er die Auffassung vertreten, sein im Geldbetrag unbestimmter Schadensersatzanspruch sei für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu schätzen. Auf Grund der besonderen dienstvertraglichen Gestaltung der Kündigungsmöglichkeit für die Insolvenzschuldnerin bestehe sein Schaden im Verdienstausschlag bis zu seinem 65. Geburtstag am 28. April 2024. Der geforderte und zur Insolvenztabelle angemeldete Betrag stelle sich als Teil dieses Verführungsschadens dar.

5

Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, hat der Kläger beantragt,

6

seine Forderung iHv. 90.734,64 Euro netto (Rang 0, lfd. Nr. 97) zur Insolvenztabelle festzustellen.



Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Weder wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses noch unter dem Gesichtspunkt einer Abfindung für geleistete Dienste oder dem Verlust des Arbeitsplatzes habe der Kläger Schadensersatz zu beanspruchen. Der Kläger habe als einer der beiden Geschäftsführer die Insolvenz verschuldet, die Insolvenzschriftnerin geschädigt und die Auflösung seines Dienstverhältnisses selbst verursacht.

7

Das Arbeitsgericht hat rechtskräftig festgestellt, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Insolvenzschriftnerin durch die Kündigung vom 30. September 2004 weder fristlos noch fristgerecht aufgelöst worden ist, sondern auf Grund der Kündigungserklärung des Beklagten mit dem 30. April 2005 sein Ende gefunden hat. Soweit sie Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, hat das Arbeitsgericht die Klage jedoch abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht ihr hinsichtlich eines zur Insolvenztabelle festzustellenden Schadensersatzanspruchs iHv. 43.011,36 Euro netto stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Schadensersatzforderung in der ursprünglichen Höhe weiter. Mit der Anschlussrevision wendet sich der Beklagte gegen seine zweitinstanzliche Verurteilung.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, die Anschlussrevision ist teilweise begründet. Der Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 113 Satz 3 InsO ist auf den Verdienstausschlag bis zum 31. Dezember 2005 iHv. 28.674,24 Euro begrenzt. Dieser Anspruch entfällt weder ganz noch teilweise wegen Mitverschuldens des Klägers bei der Schadensentstehung nach § 254 Abs. 1 BGB.

9

A. Das Landesarbeitsgericht hat die Schadensersatzforderung des Klägers im Wesentlichen wie folgt begründet:

10

I. Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen nach § 181 InsO lägen vor. Nach Grund, Betrag und Rang seien angemeldeter und gerichtlich verfolgter Anspruch deckungsgleich. Der für die Entstehung der Forderung wesentliche Sachverhalt habe sich nicht verändert. Dass der Kläger bei der Schadensberechnung zunächst nicht auf einen Verdienstausschlagsschaden abgestellt hat, sei unschädlich, da die Ergänzung oder

11



Berichtigung der in der Anmeldung gemachten tatsächlichen Angaben im Feststellungsprozess analog § 264 Nr. 1 ZPO zulässig sei.

II. Grundsätzlich gelte § 113 InsO nicht nur für Arbeitsverhältnisse, sondern für alle Dienstverhältnisse, auch solche von Organmitgliedern juristischer Personen. Bei diesen scheide allerdings eine Bemessung des Schadensersatzanspruchs in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG aus. Vielmehr sei allein der Verdienstausschlag als „Verfrühungsschaden“ maßgeblich, wobei im Fall des Klägers der Ausfallzeitraum mit dem 1. Mai 2005 beginne und nach seinem Antrag mit dem 30. April 2006 ende. Entsprechend dem vom Kläger bezifferten, von dem Beklagten nicht substantiiert bestrittenen monatlichen Verdienstausschlag iHv. 3.584,28 Euro sei ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 43.011,36 Euro netto zur Insolvenztabelle festzustellen. 12

B. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. 13

I. Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen des gerichtlichen Feststellungsverfahrens gem. §§ 179 ff. InsO liegen vor. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass der vom Kläger zur Insolvenztabelle angemeldete und vom Beklagten bestrittene Anspruch und der gerichtlich verfolgte Anspruch des Klägers nach Grund, Betrag und Rang deckungsgleich sind. Grund der Forderung iSv. § 181 InsO ist der für die Entstehung der Forderung wesentliche Sachverhalt (*MünchKommInsO-Schumacher § 181 Rn. 6*), also der wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Beklagten nach § 113 Satz 1 und 2 InsO geltend gemachte Schadensersatzanspruch. Eine Ergänzung oder Berichtigung der in der Anmeldung gemachten tatsächlichen Angaben auch zur Höhe des Anspruchs ist bei identischem Sachverhalt im Feststellungsprozess analog § 264 Nr. 1 ZPO zulässig (*vgl. MünchKommInsO-Schumacher aaO*). 14

II. Die Klage ist jedoch nicht in der vom Landesarbeitsgericht erkannten Höhe begründet. 15

1. § 113 Satz 1 InsO sieht für den Insolvenzverwalter ein besonderes Kündigungsrecht vor, das für alle Dienstverhältnisse gilt, unabhängig davon, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, bei dem der Kündigungsschutz zu beachten ist oder ob ein freies Dienstverhältnis ohne Bestandsschutz beendet werden soll. § 113 InsO lässt die Kündigung des Dienstverhältnisses „ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung“ zu. 16



Das besondere Kündigungsrecht gilt also auch dann, wenn vor der Insolvenz eine bestimmte Vertragsdauer und/oder ein Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses vereinbart war.

Macht der Insolvenzverwalter von diesem besonderen Kündigungsrecht Gebrauch, so gilt nach § 113 Satz 2 InsO grundsätzlich die für die ordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses geltende Frist, soweit sie drei Monate zum Monatsende nicht übersteigt. Um notwendige Kündigungen im Insolvenzverfahren zu beschleunigen, ist letzteres im Fall längerer ordentlicher Kündigungsfristen oder des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung überhaupt die Maximalkündigungsfrist (*ErfK/Müller-Glöge 7. Aufl. § 113 InsO Rn. 3*). 17

Als Ausgleich für die insolvenzbedingte vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 113 Satz 1 InsO mit der Frist des § 113 Satz 2 InsO sieht § 113 Satz 3 InsO einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des Dienstnehmers vor. 18

2. Als Insolvenzverwalter hat der Beklagte das nicht ordentlich kündbare freie Dienstverhältnis des Klägers am 5. Januar 2005 mit der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO von drei Monaten zum Monatsende des 30. April 2005 gekündigt. Dies löst dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus. Ohne die Kündigung des Beklagten hätte das Dienstverhältnis nicht zum 30. April 2005 sein Ende gefunden. Zwischen den Parteien besteht kein Streit, dass das Dienstverhältnis zwischen der Insolvenzschuldnerin und dem Kläger auch nach dessen Abberufung als Geschäftsführer im Frühjahr 2004 fortgesetzt wurde. Das Arbeitsgericht hat rechtskräftig festgestellt, dass das Dienstverhältnis des Klägers nicht auf Grund der noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch die Insolvenzschuldnerin erklärten Kündigung vom 30. September 2004 beendet worden ist. Ohne die Kündigung des Beklagten hätte nach der vereinbarten Vertragsdauer das Dienstverhältnis des Klägers zur Insolvenzschuldnerin über den 30. April 2005 hinaus fortbestanden. 19

3. Der Schaden des Klägers ist der Höhe nach auf den Verdienstausschlag begrenzt, den der Kläger vom 1. Mai 2005 bis zum 31. Dezember 2005 erlitten hat. 20

a) Ist das Dienstverhältnis auf eine bestimmte Vertragsdauer befristet, begrenzt jedenfalls das Befristungsende den Schadensersatzanspruch (*FK-InsO/Eisenbeis 4. Aufl. § 113 Rn. 78; Kübler/Prütting/Moll InsO Stand März 2007 § 113 Rn. 72; KR-Weigand 8. Aufl. §§ 113, 120 ff. InsO Rn. 93*). Im Höchstfall kommt damit als Schaden 21



des Klägers wegen der vorzeitigen Beendigung seines Dienstverhältnisses der Verdienstaufschlag in der Zeit vom 1. Mai 2005 bis zum 28. April 2023 in Betracht. An diesem Tag würde der Kläger das 64. Lebensjahr vollenden. Zwischen ihm und der Insolvenzschriftführerin war vereinbart, dass das Dienstverhältnis „bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres“ bestehen sollte. Anders als bei einem Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, für dessen Schadensersatzanspruch in § 87 Abs. 3 AktG eine Obergrenze für den Verfrühungsschaden von zwei Jahren seit dem Ablauf des Dienstverhältnisses geregelt ist, existiert eine entsprechende gesetzliche Regelung für Geschäftsführer einer GmbH nicht.

b) Die Auslegung von § 113 Satz 3 InsO ergibt jedoch, dass der Schadensersatzanspruch bei Durchbrechung vereinbarter Unkündbarkeit auf den Verdienstaufschlag für den Lauf der längsten ohne die vereinbarte Unkündbarkeit einschlägigen Kündigungsfrist beschränkt ist. Die §§ 9, 10 KSchG finden dabei keine entsprechende Anwendung. Dies gilt gleichermaßen für Arbeitnehmer wie auch für freie Dienstnehmer. 22

aa) Zur Berechnung des nach § 113 Satz 3 InsO zu ersetzenden Verfrühungsschadens bei Durchbrechung vereinbarter Unkündbarkeit sind im Schrifttum verschiedene Ansätze entwickelt worden. Teilweise wird vertreten, der von einer vorzeitigen Kündigung nach § 113 Satz 1 betroffene Dienstnehmer solle schadensersatzrechtlich so gestellt werden, wie er bei Anwendung der für ihn maßgeblichen Regelungen ohne das Insolvenzverfahren stünde (*Kübler/Prütting/Moll § 113 Rn. 72*). Sämtliche Verdienste seien so hochzurechnen, wie sie sich ohne die Anwendung von § 113 Satz 1 und 2 InsO ergeben, wobei die aus der Ungewissheit künftiger Entwicklungen resultierenden Unsicherheiten in Kauf zu nehmen seien. Zur Begrenzung solcher sehr weitreichender, auch einen „Endlosschaden“ berücksichtigender Ansichten will ein anderer Teil der Literatur den Verdienstaufschlag für den Lauf der längsten ohne die vereinbarte Unkündbarkeit anzuwendenden Kündigungsfrist beschränken, wenn ohne die Insolvenz eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit, zB im Fall einer Betriebsstilllegung, zulässig gewesen wären (*APS/Dörmer 2. Aufl. § 113 InsO Rn. 14; FK-InsO/Eisenbeis § 113 Rn. 79; MünchKommInsO-Löwisch/Caspers § 113 Rn. 32; KR-Weigand §§ 113, 120 ff. InsO Rn. 94*). Schließlich sprechen sich viele Autoren dafür aus, bei Durchbrechung der Unkündbarkeit in den Schadensersatzanspruch einen Ausgleich für den Verlust des Dienstverhältnisses in analoger Anwendung der §§ 9, 10 KSchG aufzunehmen, weil in einem solchen Fall die durch § 113 Satz 1 InsO erst geschaffene Eingriffsmöglichkeit in den Bestand des Dienstverhältnisses auszugleichen 23



sei (KDZ/Däubler 6. Aufl. § 113 InsO Rn. 28; ErfK/Müller-Glöge § 113 InsO Rn. 32; Irschlinger in HK-InsO 3. Aufl. § 113 Rn. 16; Zwanziger Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung 3. Aufl. § 113 InsO Rn. 31). Die Gegenauffassung verweist darauf, dass der Dienstverpflichtete nach § 113 Satz 3 InsO gerade keinen Ersatz wegen Verlustes des Arbeitsplatzes beanspruchen könne (Uhlenbruck/Berscheid InsO 12. Aufl. § 113 Rn. 113; Kübler/Prütting/Moll § 113 Rn. 72).

bb) Bei der Auslegung von § 113 Satz 3 InsO ist zunächst vom Wortlaut der Vorschrift auszugehen. Da der Schadensersatzanspruch „wegen der vorzeitigen Beendigung“, nicht „wegen der Beendigung“ des Dienstverhältnisses zu leisten ist, spricht der Wortlaut eher dafür, den ausgleichsfähigen Schaden allein in dem durch die vorzeitige Kündigung verursachten Ausfall, nicht auch in dem Verlust des Arbeitsplatzes als solchem zu sehen. Anders als nach § 628 Abs. 2 BGB gewährt § 113 Satz 3 InsO keinen Anspruch auf „Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens“. Zudem umfasst der Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB nur deswegen einen entsprechend §§ 9, 10 KSchG zu bemessenden Ausgleich, weil der Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teils selbst kündigt, nicht schlechter gestellt werden darf, als der Arbeitnehmer, der durch den Arbeitgeber unberechtigt gekündigt worden ist, dem aber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG nicht zumutbar wäre (BAG 20. November 2003 - 8 AZR 608/02 - EzA BGB 2002 § 628 Nr. 3, zu II 2 d der Gründe; 17. Januar 2002 - 2 AZR 494/00 - EzA BGB § 628 Nr. 20, zu A I 1 der Gründe; 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - BAGE 98, 275 = AP BGB § 628 Nr. 13 = EzA BGB § 628 Nr. 19, zu B III 2 d bb der Gründe). Eine vergleichbare Interessenlage besteht bei § 113 Satz 3 InsO nicht.

Der Wortlaut des § 113 Satz 3 InsO schließt allerdings nicht aus, im Falle an sich bestehender Unkündbarkeit den „wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses“ auszugleichenden Verfrühungsschaden in dem gesamten hochzurechnenden Verdienstausschlag bis zu der an sich vorgesehenen Beendigung des Dienstverhältnisses zu sehen. In Fällen wie dem vorliegenden wäre dann die Beendigung durch eine Kündigung mit Kündigungsfrist „vorzeitig“ iSd. § 113 Satz 3 InsO.

cc) Der Gesetzessystematik lassen sich für den Inhalt des Schadensersatzanspruchs nach § 113 Satz 3 InsO im Fall der Durchbrechung vereinbarter Unkündbarkeit keine eindeutigen Hinweise entnehmen. Satz 3 des § 113 InsO kann sich systematisch ebenso gut nur auf die Verkürzung der Maximalkündigungsfrist nach Satz 2 als auch



auf die Durchbrechung einer vereinbarten Vertragsdauer oder eines vereinbarten Ausschlusses der ordentlichen Kündigung nach Satz 1 beziehen.

dd) Der mit der Regelung des § 113 InsO vom Gesetzgeber verfolgte Zweck spricht jedoch dafür, den Schadensersatzanspruch des Satzes 3 auf einen Verfrühungsschaden und diesen wiederum auf die ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgebliche längste ordentliche Kündigungsfrist zu beschränken. Durch § 113 InsO sollen notwendige Kündigungen im Insolvenzverfahren beschleunigt werden, um zu verhindern, dass es auf Grund von Entgeltansprüchen zur Masseinsuffizienz kommt (*ErfK/Müller-Glöge § 113 InsO Rn. 3; Kübler/Prütting/Moll § 113 Rn. 6*). Mit dem Schadensersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO soll ein Interessenausgleich geschaffen werden zwischen den Gläubigern eines insolventen Dienstherrn, deren Befriedigungsaussichten durch die Möglichkeit von kurzfristigen Entlassungen nicht mehr benötigter Arbeitnehmer erhöht werden, und den Dienstnehmern, die ein berechtigtes Interesse an möglichst langen Kündigungsfristen haben (BT-Drucks. 12/2443 S. 264 Nr. 20). Dieser gesetzgeberisch intendierte Interessenausgleich wird aber verfehlt, würde zum Ausgleich für das insolvenzrechtliche Durchbrechen einer Unkündbarkeitsvereinbarung im Gegenzug ein Anspruch auf Ersatz eines Endlosschadens gewährt, der in gleicher Weise wie die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zu einer erheblichen Gefährdung der Befriedigungsaussichten der übrigen Gläubiger führte. Aus § 113 Satz 1 InsO lässt sich mit hinlänglicher Klarheit entnehmen, dass der aus Unkündbarkeitsvereinbarungen resultierende Schutz im Fall der Insolvenz nicht anzuerkennen ist. Das schließt aus, die Durchbrechung der Unkündbarkeit nach § 113 Satz 1 mit einem wirtschaftlich voll ausgleichenden Ersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO zu kompensieren. Dagegen ist das Interesse der Dienstnehmer an einer ausreichend langen Kündigungsfrist, wie es sich aus § 113 Satz 2 und 3 InsO ergibt, dadurch zu wahren, dass der Verfrühungsschaden in dem Verdienstaussfall für die maßgebliche längste ordentliche Kündigungsfrist gesehen wird.

27

ee) Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 113 InsO. Während der Geltung des früheren § 22 Abs. 1 KO konnte bei tariflich normierter Unkündbarkeit ein Konkursverwalter nur außerordentlich mit notwendiger sozialer Auslaufrfrist kündigen. Bestand ein solches außerordentliches Kündigungsrecht wegen Betriebsstilllegung oder Wegfalls von Beschäftigungsmöglichkeiten, so entstand durch die Rechtsausübung des Konkursverwalters kein Schaden und ein Schadensersatzanspruch nach § 22 Abs. 2 KO schied aus. § 113 Satz 1 InsO erlaubt hingegen von Gesetzes wegen

28



die ordentliche Kündigung selbst bei tariflicher Unkündbarkeit (*vgl. BAG 16. Juni 1999 - 4 AZR 191/98 - BAGE 92, 41, 47 ff. = AP InsO § 113 Nr. 3 = EzA InsO § 113 Nr. 9*). Auf die (hypothetische) Berechtigung zu einer außerordentlichen Kündigung kommt es im Rahmen des § 113 Satz 1 InsO nicht an. Wegen § 113 Satz 2 InsO kann die Insolvenzkündigung nach § 113 Satz 1 InsO auch früher greifen als die nach dem Konkursrecht alter Fassung mögliche außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist. Erfolgte nach früherem Konkursrecht der wirtschaftliche Ausgleich durch den Zwang für den Konkursverwalter, bei berechtigter außerordentlicher Kündigung eine soziale Auslauffrist einzuhalten, so spricht viel dafür, bei insolvenzrechtlich gestatteter Kündigung selbst unkündbarer Arbeitnehmer den Verfrühungsschaden typisierend im Verdienstaufschlag für den Lauf der längsten ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgeblichen Kündigungsfrist zu sehen, und zwar gleichermaßen für Arbeitnehmer wie für freie Dienstnehmer.

c) Die maßgebliche Kündigungsfrist im Falle des Klägers dauert bis zum 31. Dezember 2005. Für die ordentliche Eigenkündigung des Klägers hatte er mit der Insolvenzschuldnerin eine Frist von sechs Monaten zum Ende des Geschäftsjahres vereinbart. Das Geschäftsjahr der Insolvenzschuldnerin deckt sich mit dem Kalenderjahr. Wegen § 622 Abs. 6 BGB konnte die Kündigungsfrist für die Insolvenzschuldnerin nicht kürzer sein. Wäre im Dienstvertrag des Klägers nicht die ordentliche Kündigung seitens der Gesellschaft ausgeschlossen worden, hätte dafür die für eine Kündigung des Klägers vereinbarte Frist gegolten. Anhaltspunkte für eine längere Kündigungsfrist des Dienstherrn sind den Vereinbarungen nicht zu entnehmen. Bei einem unstreitigen monatlichen Netto-Verdienstaufschlag iHv. 3.584,28 Euro beläuft sich somit der festzustellende Schadensersatzanspruch für die Zeit vom 1. Mai 2005 bis zum 31. Dezember 2005 auf 28.674,24 Euro netto.

4. Entgegen der von der Anschlussrevision vertretenen Auffassung ist dieser Anspruch des Klägers auf Schadensersatz durch ein Mitverschulden des Klägers iSv. § 254 Abs. 1 BGB weder gemindert noch ausgeschlossen.

a) Der Einwand eines mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten ist zwar von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten (*BAG 18. Januar 2007 - 8 AZR 250/06 - AP BGB § 254 Nr. 15, zu B II 2 a der Gründe; 12. November 1998 - 8 AZR 221/97 - BAGE 90, 148, 151 f. = AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 117 = EzA BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 66*). Soweit nicht Son-



dervorschriften bestehen, findet § 254 BGB auf alle Schadensersatzansprüche Anwendung, gleichgültig auf welchem Rechtsgrund sie beruhen und ob sie Verschulden voraussetzen oder nicht (*MünchKommBGB/Oetker 5. Aufl. § 254 Rn. 7*). Grundsätzlich findet § 254 BGB also auch auf den Schadensersatzanspruch aus § 113 Satz 3 InsO Anwendung.

b) Es kann dahinstehen, ob der Kläger zusammen mit dem weiteren Geschäftsführer die Insolvenz der Schuldnerin verursacht und dadurch schuldhaft die Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG verletzt hat. Denn der Schutzzweck dieser Sorgfaltspflicht umfasst nicht die Verhinderung des nach § 113 Satz 3 InsO zu ersetzenden Verfrühungsschadens. Auch für § 254 BGB gilt, dass die Zurechnung durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird, dass also die vom Geschädigten verletzte Pflicht den Zweck hatte, Schäden wie den eingetretenen zu verhindern (vgl. *BGH 21. September 1971 - VI ZR 122/70 - VersR 1971, 1123, zu III der Gründe*; *11. Juli 1978 - VI ZR 138/76 - NJW 1978, 2502, 2503 f., zu II 2 b bb der Gründe*; *8. Oktober 1985 - VI ZR 114/84 - BGHZ 96, 98, zu II 2 der Gründe*; *Palandt/Heinrichs 66. Aufl. § 254 BGB Rn. 13*). Die Sorgfaltspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG dient jedoch dem Schutz der Gesellschaft und mittelbar den Vermögensinteressen der Gesellschafter, nicht der Verhinderung einer vorzeitigen Beendigung des Geschäftsführer-Dienstvertrages. Der Schadensersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO soll demgegenüber die vorzeitige Beendigung eines Dienstverhältnisses auf Grund einer Kündigung des Insolvenzverwalters ausgleichen und ist von der Frage, wer die Insolvenz verschuldet oder auch nur verursacht hat, unabhängig. Denn § 113 Satz 3 InsO regelt keinen Ersatzanspruch für Auflösungsverschulden, sondern ausschließlich den Ausgleich für eine vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses nach Insolvenzeintritt und damit für die gesetzlich durch § 113 Satz 1 und 2 InsO begründeten Erleichterungen einer Kündigung. Die unterschiedliche Schutzrichtung von ggf. verletzter Sorgfaltspflicht und nach § 113 Satz 3 InsO auszugleichendem Schaden schließt eine Verringerung des Anspruchs auf Schadensersatz nach § 254 Abs. 1 BGB aus (aA *Uhlenbruck/Berscheid § 113 Rn. 116*; *Zwanziger § 113 InsO Rn. 32*).

32



C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Danach waren die Parteien anteilig in der Quote ihres Obsiegens und Unterliegens in die Kosten zu verurteilen.

Hauck

Breinlinger

Creutzfeldt

Schömburg

Schuckmann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)