

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 2/73

URTEIL

Verkündet am
21. April 1975
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dr. med. dent. Helmut D [REDACTED], M [REDACTED] (R [REDACTED]),
W [REDACTED] Weg [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die P [REDACTED]-Labor, chemisch-technische Erzeugnisse GmbH,
vertreten durch die Liquidatorin Doris Ri [REDACTED] geb.
K [REDACTED], M [REDACTED] (R [REDACTED]), W [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1975
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Berichtigt:
16. November 1972
(s. Beschluß v.
25. April 1975)

Die Revision des Klägers gegen das
Urteil des 8. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Düsseldorf vom
16. Dezember 1972 wird zurückgewiesen,
soweit

- a) der Feststellungsantrag des Klägers
für die Zeit nach dem 31. Dezember
1969 abgewiesen worden ist,
- b) der Zahlungsantrag in Höhe von
9 000 DM mit Zinsen abgewiesen
worden ist.

Im übrigen wird das vorbezeichnete
Urteil aufgehoben.

Unter Zurückweisung der weitergehenden
Berufung der Beklagten wird das Schluß-
urteil der 8. Zivilkammer des Landge-
richts Duisburg vom 31. Dezember 1971
zum Feststellungsantrag wie folgt
abgeändert:

Es wird festgestellt, daß die am
29. September 1969 von der Beklagten
ausgesprochene außerordentliche Kündi-
gung das Anstellungsverhältnis der
Parteien erst zum 31. Dezember 1969
beendet hat.

Wegen des restlichen Zahlungsantrags
und der Kosten der ersten beiden Rechts-
züge wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

- 3 -

Die Kosten der Revision fallen zu 3/5 dem Kläger zur Last. Im übrigen bleibt die Entscheidung über diese Kosten dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch schriftlichen Vertrag vom 27. August 1968 stellte die beklagte, jetzt in Liquidation befindliche GmbH den Kläger mit Wirkung vom 1. März 1968 als Geschäftsführer an. Der Vertrag sollte mit dem Tode des Klägers enden und von der Beklagten nur aus wichtigem Grund gekündigt werden können (§§ 1, 2). Der Kläger war an keine Arbeitszeit gebunden und durfte seine freiberufliche Tätigkeit als Zahnarzt weiterhin ausüben (§ 3). § 5 des Vertrags lautet:

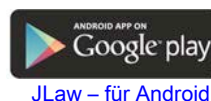
"Das Gehalt des Geschäftsführers beträgt DM 2 000 monatlich.

Neben dem Gehalt erhält der Geschäftsführer eine Tantieme des in der Bilanz ausgewiesenen Reingewinns. Diese Tantieme, die von Fall zu Fall vereinbart werden soll, wird mit der Genehmigung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung fällig."

Mit Schreiben vom 29. September 1969 eröffnete die Alleingesellschafterin und heutige Liquidatorin der Beklagten dem Kläger, daß sie ihn gemäß Niederschrift vom 25. September 1969 als Geschäftsführer abberufen und seinen Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt habe.



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



Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Klage, mit der er beantragt hat:

1. festzustellen, daß die am 29. September 1969 ausgesprochene fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrags rechtsunwirksam sei,
2. die Beklagte zur Zahlung von 16 800 DM mit Zinsen (nämlich 3 x 2 200 DM Gehalt für Oktober bis Dezember 1969, 10 000 DM Tantieme für 1968 und 200 DM Auslagen) zu verurteilen.

Die Beklagte hat mit ihrem Antrag auf Klagabweisung geltend gemacht, die fristlose Kündigung sei berechtigt gewesen, weil der Kläger die Gesellschaft durch seine Geschäftsführung ruiniert habe. Eine Tantieme für 1968 stehe ihm nicht zu, weil die in diesem Jahr erzielten Gewinne nicht durch ihn erwirtschaftet worden seien. Vorsorglich hat die Beklagte gegen die Klageforderung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Geschäftsführerpflichten sowie mit einem zuletzt auf 5 584,66 DM bezifferten Anspruch auf Rückzahlung von Mehrbeträgen aufgerechnet, die der Kläger über das im Anstellungsvertrag vereinbarte Gehalt von monatlich 2 000 DM hinaus entnommen hat, und zwar, wie die Beklagte behauptet hat, ohne entsprechende Abrede.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, möchte der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht hält die Kündigungserklärung der Beklagten vom 29. September 1969 für wirksam. Es sieht einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses darin, daß die Beklagte in diesem Zeitpunkt nach Verlust ihres Hauptkunden praktisch keine Umsätze mehr gemacht und ihr Geschäft wirtschaftlich kaum noch bestanden hat. Unabhängig davon, ob dieser Umsatzrückgang vom Kläger zu vertreten sei, sei der Beklagten jedenfalls seine weitere Beschäftigung als Geschäftsführer, auch für eine Übergangszeit, nicht zuzumuten gewesen. Da der Kläger als freiberuflicher Zahnarzt tätig sei, habe er auch keines sozialen Schutzes bedurft.

2. Diese im wesentlichen auf den unstreitigen Sachverhalt gestützte Beurteilung ist rechtlich einwandfrei, soweit das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses als erfüllt ansieht.

a) Nach § 626 BGB ist ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben, wenn dem Kündigenden bei Berücksichtigung aller Umstände und Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu seinem ordentlichen Ablauf nicht zugemutet werden kann. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kommen hierbei auch solche Gründe in Betracht, an denen der Gekündigte schuldlos ist.

Zu Unrecht meint die Revision, hier müsse deshalb etwas anderes gelten, weil der auf Lebenszeit abgeschlossene Anstellungsvertrag vom 27. August 1968 dem Kläger eine sehr starke Rechtsstellung eingeräumt habe. Das Kündigungsrecht nach § 626 BGB ist unabdingbar. Die Vertragsparteien können es daher nicht dadurch auf besonders schwerwiegende und vom Dienstverpflichteten zu vertretende Gründe beschränken, daß sie diesem ungewöhnlich günstige Bedingungen einräumen. Im Gegenteil: Solche Vertragsbedingungen können für den Dienstberechtigten eine erhebliche Beschwer bedeuten und ihn deshalb, wenn weitere Belastungen hinzukommen, um so eher dazu berechtigen, sich aus wichtigem Grund von einem sonst unkündbaren Vertrag zu lösen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn die günstige Vertragsstellung, wie die Revision geltend macht, auf Verdiensten beruht, die sich der Kläger schon vor seiner Bestellung zum Geschäftsführer um die Gesellschaft erworben haben will.

b) Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht auch kein Gewicht auf die Behauptung des Klägers zu legen, die alleinige Gesellschafterin der Beklagten habe im Sommer 1969 Äußerungen getan, aus denen zu schließen sei, daß sie ihm gegenüber ihren Verpflichtungen nicht mehr habe nachkommen wollen. Für die Frage nach der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ist allein entscheidend, ob der Wunsch der Inhaberin, das Dienstverhältnis mit dem Kläger zu beenden, tatsächlich durch einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB gerechtfertigt war. Die Feststellung,

Würdigung und Abwägung aller hierfür maßgebenden Umstände ist Aufgabe des Tatrichters (BGH, Urt. v. 30. 11. 61 - II ZR 137/60, WM 1962, 201 zu 4; Urt. v. 28. 4. 60 - VII ZR 215/59, LM BGB § 626 Nr. 10 zu I). Das ihm damit eingeräumte Ermessen hat das Berufungsgericht weder überschritten, noch hat es wesentliche Tatsachen außer acht gelassen, indem es der Beklagten mit Rücksicht auf den wirtschaftlichen Niedergang ihres Betriebs einen wichtigen Kündigungsgrund zugebilligt hat.

Vergeblich greift die Revision das Vorbringen des Klägers auf, bei Ausspruch der Kündigung sei noch ein erhebliches Firmenvermögen in Gestalt von Wertpapieren und Bankkonten vorhanden gewesen. Die wirtschaftliche Lage, die Entwicklungsmöglichkeiten und Zukunftsaussichten eines Unternehmens lassen sich nicht allein nach seinen etwa vorhandenen flüssigen Mitteln beurteilen. Unstreitig waren die Umsätze der Beklagten im Jahre 1969 von 22 684,90 DM im Januar auf 531,80 DM im September zurückgegangen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war das Geschäft der Beklagten wirtschaftlich kaum noch existent. In dieser Lage hätte die Beklagte, um dem Kläger weiterhin seine laufenden Bezüge als Geschäftsführer zu sichern, die Substanz ihres nunmehr für eine ordnungsmäßige Abwicklung zu verwendenden Vermögens angreifen müssen, obwohl für eine echte Geschäftsführungstätigkeit von der Art, wie sie der Anstellungsvertrag vorsah, auf die Dauer kein Raum mehr war. Hierin konnte das Berufungsgericht, ohne die Rechtsgrundsätze des § 626 BGB zu verletzen, eine jedenfalls auf längere Zeit für die Beklagte unzumutbare Belastung sehen.

Allerdings wird im Arbeitsrecht die Auffassung vertreten, eine nicht auf das Verhalten der Arbeitnehmer zurückzuführende Betriebseinstellung oder -stockung fielen ebenso wie der Konkurs in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers und berechtigten ihn daher grundsätzlich nicht zu einer außerordentlichen Kündigung (BAG, Urt. v. 25. 10. 68 - 2 AZR 23/68, NJW 1969, 525; Urt. v. 28. 9. 72 - 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. § 44 IV 3 m. w. N.; vgl. auch BGHZ 24, 91, 95). Aber abgesehen davon, daß sich die arbeitsrechtlichen Grundsätze nicht ohne weiteres auf das Dienstverhältnis des Geschäftsführers einer GmbH übertragen lassen, kann auch nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung die Stilllegung eines Betriebs jedenfalls gegenüber einem sonst unkündbaren Arbeitnehmer einen wichtigen Kündigungsgrund bilden. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gekündigte, wie hier der Kläger, noch einen anderen Beruf ausübt und darin einen wirtschaftlichen Rückhalt hat (BAG 5, 20 - NJW 1958, 316).

3. Das Berufungsurteil unterliegt jedoch insofern rechtlichen Bedenken, als es die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses nicht einmal für eine kurze Übergangszeit als eine angemessene und beiden Teilen zumutbare Regelung betrachtet. Auch eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB kann, ohne diesen Charakter zu verlieren, mit einer Frist erklärt werden, wenn für den Gekündigten klar erkennbar ist, daß sie aus wichtigem Grund ausgesprochen wird (BAG, Urt. v. 16. 7. 59 - 1 AZR 193/57, AP § 626 BGB Nr. 31). Eine solche Lö-

sung zu erwägen, bietet sich hier schon deshalb an, weil der Kläger selbst seine geldlichen Forderungen ausdrücklich auf die Zeit bis zum 31. Dezember 1969, also auf drei Monate nach dem Kündigungsausspruch, beschränkt hat (Schriftsätze v. 15. 1. 70, S. 1 und v. 25. 10. 72, S. 2, 3).

An die außerordentliche Kündigung eines Dienstverhältnisses sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, wenn es ohnehin bald ausläuft oder mit verhältnismäßig kurzer Frist ordentlich gekündigt werden kann (Urt. d. Sen. v. 11. 7. 68 - II ZR 108/67, WM 1968, 1325 zu II 4). Ein Dienstverpflichteter, dessen Anstellungsvertrag, wie hier, auf Lebenszeit abgeschlossen ist, darf aber hierdurch nicht schlechter gestellt sein, als wenn sein Vertrag befristet oder mit gesetzlicher oder vertraglicher Frist kündbar wäre. Deshalb kann der Dienstberechtigte gehalten sein, auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grund eine angemessene Frist einzuhalten (Palandt/Putzo, BGB 34. Aufl. § 626 Anm. 5 n; Staudinger/Mohnen/Neumann, BGB 11. Aufl. § 626 Bem. 7; Hueck/Nipperdey aaO § 59 V 2 m. w. N.). Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das bei Geltung einer langen gesetzlichen Kündigungsfrist den Arbeitgeber unter Umständen zwar für berechtigt, aber nicht für verpflichtet hält, im Falle einer vorzeitigen Kündigung aus wichtigem Grund dem Arbeitnehmer durch Gewährung einer Kündigungsfrist entgegenzukommen (BAG 4, 313). Denn diese Rechtsprechung bezieht sich nicht auf den hier vorliegenden Fall, daß ein Dienstverhältnis kraft Vereinbarung unkündbar oder

nur mit besonders langer, über die gesetzliche Regelung hinausgehender Frist kündbar ist (vgl. auch BAG 5, 20 = NJW 1958, 316).

Eine Prüfung des unstreitigen oder festgestellten Sachverhalts unter diesen vom Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkten ergibt, daß eine unbefristete Kündigung unter den vorliegenden Umständen nicht gerechtfertigt war. Wäre das Dienstverhältnis des Klägers mit ordentlicher Frist zum 31. Dezember 1969 kündbar gewesen, so hätte der Beklagten kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung zugebilligt werden können. Denn einerseits war ihr Vermögensstand im Zeitpunkt der Kündigung nach dem insoweit unstreitigen Sachverhalt (Schriftsätze des Klägers v. 15. 1. 70, S. 2 und v. 5. 3. 70, S. 8, der Beklagten v. 21. 9. 70, S. 2, 3) und der mit Schriftsatz der Beklagten vom 2. Februar 1970 überreichten Bilanz zum 30. September 1969 - vor allem bei Berücksichtigung der darin ausgewiesenen freien Rücklagen von 152 896,30 DM - nicht so ungünstig, daß bereits eine auf weitere drei Monate begrenzte Gehaltszahlung die Liquidationsmasse hätte aushöhlen können. Mindestens für diesen Zeitraum war zudem eine sinnvolle, wenn auch gegenüber dem bisherigen Aufgabenbereich eingeschränkte, Weiterbeschäftigung des Klägers nicht ausgeschlossen. Tatsächlich ist er nach seiner ebenfalls unbestrittenen Behauptung noch nach der Kündigung für die Beklagte tätig gewesen (Schriftsätze v. 5. 3. 70, S. 8 und v. 24. 8. 70, S. 7, 8). Andererseits hat zwar das Berufungsgericht mit Recht zu Lasten des Klägers auf

die Waagschale geworfen, daß er als Zahnarzt auf seine Anstellung bei der Beklagten wirtschaftlich nicht angewiesen war. Hierbei hätte es aber berücksichtigen müssen, daß im allgemeinen eine fristlose Entlassung stärker als eine befristete Kündigung diffamierenden Charakter hat, weil sie besonders stark den Eindruck des Versagens oder gar der Unredlichkeit hervorrufen kann. Hinzu kommt, daß der Kläger, auch wenn er schon bisher neben seiner Tätigkeit als Geschäftsführer als Zahnarzt freiberuflich arbeiten durfte, sich immerhin auf die durch die Kündigung geschaffene neue Lage einstellen mußte.

Unter diesen Umständen wäre eine Weiterbeschäftigung des Klägers bis Ende 1969 nur dann für die Beklagte unzumutbar gewesen, wenn er infolge erheblicher Verfehlungen nicht mehr vertrauenswürdig erschienen wäre. Das war jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall (vgl. BU 14 unten). Mit Recht ist daher das Landgericht im Gegensatz zum Berufungsgericht in den Gründen seines Urteils davon ausgegangen, daß die Beklagte das Anstellungsverhältnis des Klägers nur befristet, und zwar zum 31. Dezember 1969, kündigen konnte und wirksam gekündigt hat. Dies ist jedoch in der Urteilsformel zum Feststellungsantrag nicht zum Ausdruck gekommen; sie lautet schlechthin auf Feststellung, daß "die am 29. September 1969 zugestellte fristlose Kündigung ... rechtsunwirksam ist". Diese Feststellung geht ebenso wie der ihr zugrundeliegende Klageantrag zu weit, weil die außerordentliche Kündigung, wie

ausgeführt, als solche wirksam war, wenn sie auch erst zum 31. Dezember 1969 das Anstellungsverhältnis der Parteien aufgelöst hat.

Die Revision bleibt daher erfolglos, soweit das Berufungsgericht den Feststellungsantrag des Klägers für die Zeit nach dem 31. Dezember 1969 abgewiesen hat. Für die frühere Zeit ist ihr dagegen stattzugeben und insoweit die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung festzustellen.

4. Über den Zahlungsantrag des Klägers kann der Senat nur zum Teil abschließend entscheiden.

a) Für die Monate Oktober bis Dezember 1969 steht dem Kläger entgegen dem Berufungsurteil noch das Geschäftsführergehalt zu, das nach dem Anstellungsvertrag vom 27. August 1968 monatlich 2 000 DM beträgt. Ob dieses Gehalt, wie der Kläger behauptet hat, durch eine spätere Vereinbarung auf 2 200 DM erhöht worden ist, hat das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus mit Recht, offengelassen. Diese Frage wird daher zunächst zu prüfen sein.

b) Den Tantiemeanspruch für 1968 hat das Berufungsgericht "im Wege ergänzender Vertragsauslegung" gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf 1 000 DM geschätzt. Dabei ist es von einem in der Gewinn- und Verlustrechnung zum 31. Dezember 1968 ausgewiesenen Rein Gewinn von 76 697,43 DM ausgegangen, hat jedoch einen darin enthaltenen Betrag von 10 591 DM für die Auflösung einer Rentenrückstellung beim Tode des früheren Gesellschafters Dr. K. sowie einen

weiteren Einnahmebetrag von 56 917 DM für eine aus demselben Anlaß ausgezahlte Rentenversicherung mit der Begründung abgezogen, diese beiden Posten stünden in keinem Zusammenhang mit dem regelmäßigen Geschäftsbetrieb der Beklagten und der Geschäftsführungstätigkeit des Klägers, für deren Erfolg ihm die Tantieme versprochen worden sei. Auf diese Weise ist es zu einem tantiempflichtigen Gewinn von nur 7 659 DM gekommen.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis zu Unrecht. Zwar trifft es zu, daß der Kläger nach § 5 des Anstellungsvertrags eine Tantieme auf der Grundlage "des in der Bilanz ausgewiesenen Reingewinns" erhält. Auf dieser Grundlage soll die Tantieme aber "von Fall zu Fall vereinbart", also nicht schematisch nach einem bestimmten Schlüssel errechnet, sondern jeweils von den Parteien im beiderseitigen Einvernehmen festgesetzt werden. Da es sich hierbei ersichtlich um eine verbindlich gemeinte Abrede handelt, ist die Höhe der Tantieme in entsprechender Anwendung der §§ 315 ff BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen, und zwar, wenn die Parteien sich nicht einigen können, durch Urteil (Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl. § 315 Bem. 3; Palandt/Heinrichs, BGB 34. Aufl. § 315 Anm. 1, § 316 Anm. 1; vgl. auch BGHZ 41, 271, 275 f; Urt. d. Sen. v. 8. 3. 73 - II ZR 134/71, WM 1973, 506 m. w. N.). Die vom Berufungsgericht getroffene Bestimmung hält sich im Rahmen dieses Ermessens.

Das gilt namentlich auch für die Nichtberücksichtigung der buchmäßigen Gewinne aus der Auflösung der Rentenrückstellung und der ausgezahlten Ver-

sicherungssumme. Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Tantieme dem Geschäftsführer in der Regel einen Anteil an dem durch seine Tätigkeit erzielten Geschäftserfolg sichern soll. Unter diesem Gesichtspunkt kann es freilich gerechtfertigt sein, einen Geschäftsführer auch an außerordentlichen Erträgen aus der Auflösung von Rückstellungen zu beteiligen, weil diese Rückstellungen den in den Vorjahren ausgewiesenen Gewinn und damit die Tantieme gemindert haben (so die für das Aktienrecht geltende gesetzliche Regelung, vgl. § 86 Abs. 2 i. V. m. § 157 Abs. 1 Nr. 13 und 28 AktG 1965; zum AktG 1937 vgl. Bengs/Laaf, Gesamtbezüge und Gewinnbeteiligung von Vorstand und Aufsichtsrat der AG, 1938, S. 27 f). Ähnlich verhält es sich mit Versicherungsleistungen, die auf gewinnmindernde Beitragszahlungen in früheren Jahren zurückzuführen sind. Hier ist aber eine abweichende Beurteilung deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger erst im Laufe des Jahres 1968 die Geschäftsführung der Beklagten übernommen hat, die Rentenrückstellungen und Versicherungsbeiträge infolgedessen nicht zu seinen Lasten gegangen sind und ihm deshalb ein unangemessener Vorteil zufließen würde, wenn die darauf beruhenden Erträge in den tantiempflichtigen Gewinn eingerechnet würden. Unter diesen Umständen ist die ohne Berücksichtigung dieser Posten getroffene Tantiemebestimmung rechtlich nicht zu beanstanden.

c) Nach dem insoweit ebenfalls rechtlich einwandfreien Berufungsurteil kann der Kläger ferner Aufwendungsersatz in Höhe von 200 DM beanspruchen.

d) Hiernach beträgt die Gesamtforderung des Klägers mindestens $(3 \times 2\,000 =) 6\,000 + 1\,000 + 200 = 7\,200$ DM und höchstens $(3 \times 2\,200 =) 6\,600 + 1\,000 + 200 = 7\,800$ DM. In Höhe von $16\,800 - 7\,800 = 9\,000$ DM ist daher die Zahlungsklage in jedem Fall unbegründet.

5. Von den zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen billigt das Berufungsgericht der Beklagten mindestens einen Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung von 2 784,66 DM zu, die der Kläger in der Zeit von August 1968 bis September 1969 über das nach seiner Behauptung vereinbarte Gehalt von monatlich 2 200 DM hinaus entnommen hat, obwohl hierüber eine Absprache mit der Alleingesellschafterin unstreitig nicht vorliegt. Die Auffassung der Revision, einer solchen Absprache habe es mit Rücksicht auf eine langjährige Übung, wonach alle Tarifierhöhungen in der chemischen Industrie auch den Arbeitern und Angestellten der Beklagten zugute gekommen seien, nicht bedurft, geht schon deshalb fehl, weil für Gehaltsvereinbarungen mit Geschäftsführern einer GmbH insoweit besondere Regeln gelten (vgl. Urt. d. Sen. v. 17. 2. 69 - II ZR 19/68, WM 1969, 686). Jedoch decken die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts das gefundene Ergebnis der Höhe nach insofern nicht, als in den von der Beklagten beanstandeten Entnahmen des Klägers Urlaubsgeld enthalten ist und dem Geschäftsführer einer GmbH unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung auch ohne besondere Abrede zustehen kann (Urt. d. Sen. v. 3. 12. 62 - II ZR 201/61, LM GmbHG § 35 Nr. 5). Hierzu ist eine weitere Klärung des

Sachverhalts erforderlich.

Berücksichtigt man hiernach zunächst nur die Beträge von monatlich 165 DM, die der Kläger unstreitig für die Zeit von April bis September 1969 über die angeblich vereinbarten 2 200 DM hinaus als Gehalt entnommen hat, so ergibt sich, daß die gemäß den Berechnungen zu 4 d noch verbleibende Forderung mindestens in Höhe von 990 DM durch Aufrechnung erloschen ist. Gleichwohl ist der Rechtsstreit auch insoweit noch nicht entscheidungsreif.

Die Beklagte hat nämlich mit verschiedenen Forderungen nacheinander aufgerechnet, ohne sie in eine bestimmte Reihenfolge zu bringen. So hat sie zunächst zusätzliche Entnahmen des Klägers in Höhe von $(14 \times 200 =) 2\,800$ DM (Schriftsatz v. 19. 6. 70, S. 5), danach einen Schadensersatzanspruch wegen schlechter Geschäftsführung (Schriftsatz v. 10. 7. 70, S. 4), alsdann unberechtigte Entnahmen (unter Einschluß der vorgenannten) in Höhe von 3 884,66 DM (Schriftsatz v. 21. 9. 70, S. 4) und schließlich einen Entnahmebetrag von 5 584,66 DM zur Aufrechnung gestellt (Berufungsbegründung v. 6. 4. 72, S. 11).

Zum Schadensersatzanspruch hat das Berufungsgericht zunächst ausgeführt, es könne "dahingestellt bleiben", ob der Beklagten ein solcher Anspruch gegen den Kläger zustehe. Andererseits stellt es fest, nach dem Beweisergebnis sei zweifelhaft, ob der Abbruch der Geschäftsbeziehungen durch den Hauptabnehmer der Beklagten auf die Lieferung mangelhafter Ware und diese wiederum auf die Tätigkeit des Klägers zurückgeführt werden könne; von einer zum Schadensersatz verpflichtenden Nachlässigkeit des Klägers könne

daher nicht gesprochen werden, auch habe die Beklagte die Höhe des Schadens "nicht nachprüfbar beziffert". Hiernach bleibt unklar, ob das Berufungsgericht über den Schadensersatzanspruch mit Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 2 ZPO) entscheiden wollte. Diese Entscheidung durfte nach dem bisherigen Prozeßstand aus materiell-rechtlichen Gründen nicht offenbleiben. Denn soweit die zeitlich früher erklärte Aufrechnung begründet gewesen ist und deshalb zum Erlöschen der beiderseitigen Forderungen geführt hat, konnte eine spätere Aufrechnung nicht mehr durchgreifen (vgl. Wieczorek, ZPO § 322 Anm. H IV 1, 2). Dies wird das Berufungsgericht bei der nunmehr gebotenen erneuten Erörterung des Aufrechnungseinwands zu beachten haben.

Stempel

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Dr. Skibbe