

Thema: Schadensersatz nach Kündigung

- Voraussetzungen, Inhalt, Reichweite und Konsequenzen des § 628 Abs. 2 BGB -

<u>Grobgliederung</u>	Seite
Teil 1: Einführung	1
Teil 2: Voraussetzungen, Umfang und rechtliche Behandlung des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs	4
Kapitel 1: Voraussetzungen des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	4
Kapitel 2: Umfang des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	85
Kapitel 3: Rechtliche Behandlung der Ansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB	188
Teil 3: Der Anwendungsbereich des § 628 Abs. 2 BGB	225
Kapitel 1: § 628 Abs. 2 BGB verdrängende oder ergänzende Sonderregelungen	225
Kapitel 2: Die analoge Anwendbarkeit des § 628 Abs. 2 BGB im Rahmen sonstiger Dauerschuldverhältnisse	248
Teil 4: Einfluß des § 628 Abs. 2 BGB auf konkurrierende Anspruchsgrundlagen	315
Kapitel 1: Konkurrenzrechtliche Konsequenzen im originären Anwendungsbereich des § 628 Abs. 2 BGB (Dienst- und Arbeitsverhältnis)	316
Kapitel 2: Konkurrenzrechtlich bedingte Konsequenzen im Bereich analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB	362
Teil 5: Zusammenfassung in Leitsätzen	384

Anordnung

Seite

Teil 1:

Einführung	1
I. Die gesetzliche Regelung des § 628 Abs. 2 BGB	1
II. Einführung in die praktische Relevanz und Problematik des § 628 Abs. 2 BGB	1

Teil 2:

Voraussetzungen, Umfang und rechtliche Behandlung des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs	4
--	---

Kapitel 1:

Voraussetzungen des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	4
I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen	4
1. Bestehen eines Rechts zur fristlosen Kündigung	4
a) Grundsatz	4
b) Fortbestehen des Kündigungsrechtes	5
c) Konsequenzen der §§ 4, 7 KSchG	6
2. Das Erfordernis des Anspruchs einer fristlosen Kündigung	7
a) Negativabgrenzung	7
aa) Vorübergehende Arbeitsverweigerung	8
bb) Lohnanspruch bei rechtswidriger Arbeit- geberkündigung	8
b) Positivabgrenzung	8
aa) Generelle Anwendbarkeit des § 628 Abs. 2 BGB bei anderweitiger Vertrags- auflösung	8
(1) Ablehnende Ansicht	9
(2) Bejahende Gegenauffassung	9
(3) Stellungnahme	10
bb) Notwendigkeit analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB	11

cc) Erfordernis eines ausdrücklichen Vorbehalts der Geltendmachung der Rechte aus § 628 Abs. 2 BGB	12
(1) Bejahende herrschende Meinung	12
(2) Gegenposition Neumanns	12
(3) Stellungnahme	13
(a) Grundsatz	13
(b) Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanspruch	13
3. Verschuldenserfordernis	14
4. Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Vertragsauflösung	15
5. Schaden	15
a) Der generelle Ersatzumfang	16
b) Beschränkung der Ersatzpflicht durch den Einwand hypothetischer Kündigungsmöglichkeit	16
aa) Zu unterscheidende Fallgruppen	16
bb) Beurteilung anhand des Kausalitätskriteriums	17
cc) Einwand hypothetischer Kausalität als Problematik der Schadenszurechnung - generelle Beachtlichkeit des Einwandes -	19
(1) Meinungsstand	19
(a) Position der Rechtsprechung	20
(b) Nach Maßgabe des jeweiligen Normzwecks differenzierende Position	20
(c) Generalisierende Gegenposition	21
(2) Stellungnahme	22
(a) Analyse der Differenzen der widerstreitenden Auffassungen	22
(b) Konsequenzen für den Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	23
(c) Beurteilung der den Einwand hypothetischer Kündigungsmöglichkeit generell bejahenden Position	24

	Seite
dd) Beachtlichkeit des hypothetischen Kündigungsrechts nach Maßgabe des Schutzzwecks der Norm	26
(1) Grundsatz	26
(2) Einschränkungen	27
ee) Notwendigkeit der Ausübung des Kündigungsrechts zur Begrenzung der Ersatzpflicht	28
ff) Laufzeitbeginn der anspruchsbegrenzenden Frist	29
(1) Grundsatz	29
(2) Sonderfall: Anderweitige Form der Vertragsbeendigung	31
c) Art der Schadensersatzleistung	31
aa) Generelle Priorität des Ersatzes in Rentenform	32
bb) Mögliche Durchbrechung des Rentenprinzips zugunsten einer Kapitalisierung	35
6. Sonderproblematik: Die rechtswidrige Arbeitgeberkündigung als Grundlage des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	37
a) Die Tatbestandsverwirklichung	38
aa) Rechtswidrige Arbeitgeberkündigung als wichtiger Grund i.S.d. §§ 628 Abs. 2 i.V.m. 626 Abs. 1 BGB	38
bb) Fortbestehen des Vertragsverhältnisses trotz Arbeitgeberkündigung?	40
b) Einfluß des Kündigungsschutzgesetzes auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 628 Abs. 2 BGB	42
aa) Übersicht über die Problemgruppen	42
bb) Exklusivität des Kündigungsschutzverfahrens	43
(1) Meinungsstand	44
(2) Stellungnahme	45
cc) Auswirkung der §§ 7, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG	47
(1) Praktische Relevanz	47
(2) Reichweite der Fiktion der §§ 7, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG	48
(a) Meinungsstand	48

	Seite
(b) Stellungnahme: Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanspruch	49
(3) Wahrung der Arbeitnehmerrechte durch innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhobene Schadensersatzklage	54
(4) Exkurs: Möglichkeit, Chancen und praktische Relevanz eines zusätzlich gestellten Kündigungsschutzantrags	57
dd) Verbleibende Rechtskraftprobleme	59
c) Konkurrenz zwischen Abfindungsanspruch aus §§ 9, 10 KSchG und Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	59
aa) Meinungsstand	60
(1) Alternativität der Ansprüche	60
(2) Kumulativität der Ansprüche	60
(3) "Anrechnungslösung" Gumperts	61
bb) Stellungnahme	61
d) Ergebnis	64
II. Fehlen von Ausschlußgründen	65
1. Abdingbarkeit des § 628 Abs. 2 BGB	65
a) Grundsätzliche Abdingbarkeit im Dienstverhältnis	65
b) Grenzen der Abdingbarkeit im Arbeitsverhältnis	65
aa) Sonderfall: Berufsausbildungsverhältnis	67
bb) Arbeitsverhältnis	67
(1) Meinungsstand	67
(2) Stellungnahme	68
(a) Rückschlüsse aus der Zulässigkeit von Vertragsstrafenvereinbarungen	68
(b) Umgehung des arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzes	71
2. Anspruchsausschluß bei beiderseitigem fristlosen Kündigungsrecht	73
a) Darstellung der Lösungswege	73

	Seite
b) Stellungnahme - Notwendigkeit einer schrittweisen Lösung	74
aa) Bestehen eines ersatzpflichtigen Schadens	74
(1) Position Wolfs	74
(2) Herrschend vertretene Gegenauffassung	75
(3) Stellungnahme	75
bb) Exkurs: Notwendigkeit der Ausübung des Kündigungsrechts	76
(1) Möglichkeit der Gegenkündigung	76
(2) Notwendigkeit der Gegenkündigung	77
(a) Meinungsstand	78
(aa) Position Grunskys	78
(bb) Ansicht der Rechtsprechung	78
(cc) Herrschende Schrifttumsauffassung	79
(b) Stellungnahme	79
c) Ergebnis	80
3. Sonderkonstellationen beiderseitigen Kündigungsrechts	80
a) Einseitige Verwirkung des ursprünglichen Kündigungsrechts	80
b) Einseitig nicht zu vertretendes beiderseitiges Kündigungsrecht	81
c) Fristlose Kündigungsmöglichkeit durch eigene Herbeiführung der zur fristlosen Kündigung berechtigenden Lage	82
aa) Praktische Relevanz	82
bb) Rechtliche Behandlung	82
(1) Anspruch des Kündigenden	82
(2) Anspruch des Kündigungsadressaten in Analogie zu § 628 Abs. 2 BGB	83
III. Anspruchsminderung nach § 254 BGB	83
1. Grundsätze	83
2. Mitverschulden des Arbeitnehmers	84

Kapitel 2:

Umfang des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	85
I. Der Anspruch des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers	85
1. Grundsatz	85
2. Anspruchsbegrenzung durch das Kausalitäts- erfordernis	85
3. Anspruchsbegrenzung durch den Schutzbereich der Norm	86
a) Generelle zeitliche Begrenzung	86
b) Zeitliche Begrenzung bei durch Verfahrensvor- schriften besonders geschützter Arbeitgeber- position	87
aa) Generelle Bewertung	88
bb) Exkurs: Verletzung der Friedenspflicht	90
(1) Verbleibende Möglichkeit einer Anspruchsbegrenzung	90
(2) Haftungsbegrenzung bei Nachweis des Schadenseintritts auch im Falle recht- mäßigen Verhaltens	91
(a) Grundsatz	91
(b) Anforderungen an die Nachweisführung	91
(c) Rückschlüsse auf den Anspruchs- umfang bei Verletzung sonstiger Form- und Verfahrensvorschriften	92
(3) Konsequenzen des Haftungsumfanges bei Verletzung der Friedenspflicht	93
c) Ersatzfähigkeit von mit der Neubesetzung des Arbeitsplatzes verbundenen Kosten	93
aa) Ansatz zur Begründung der Ersatzpflicht	93
bb) Inseratskostenentscheidung	94
cc) Übertragbarkeit auf sonstige Neubesetzungs- kosten	96
d) Sonderproblematik: Ersatzpflicht für den Verlust des Konkurrenzschutzes	96
aa) Meinungsstand	96
bb) Stellungnahme	97

	Seite
4. Vorteilsausgleichung - Umfang und Grenzen der Schadensminderungspflicht	98
a) Ersatzfähigkeit von aus der Schadensverhinderung entstehenden Kosten	99
b) Schadensverhinderung durch Einsatz der unternehmereigenen Arbeitskraft	100
aa) Anspruch bei Unerreichbarkeit geeigneter Ersatzkräfte	100
(1) Generelle Bewertung	100
(2) Berechnung des Ersatzanspruchs	101
(a) Ansatzpunkt: Hypothetischer Schaden	101
(aa) Ersatz aufgrund entgangener Freizeit	102
(bb) Ersatz wegen Nichtempfanges geldwerter Arbeitsleistung	102
(b) Notwendigkeit einer konkreten Schadensberechnung	103
bb) Anspruch bei unterlassener Einstellung erreichbarer Ersatzkräfte	104
c) Schadensverhinderung durch Mehrleistung anderer Arbeitnehmer	105
5. Vorteilsausgleichung wegen steuerlicher Absetzbarkeit	107
6. Versuche einer generellen Haftungsbegrenzung des Arbeitnehmers	107
a) Generelle Haftungsbegrenzung	107
aa) Ansatz: Begrenzung der Ersatzpflicht für Inseratskosten nach der früheren Rechtsprechung	107
bb) Generelle Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers - auf Basis des Vorlagebeschlusses des BAG vom 12.2.1985 -	108
b) Anspruchsbegrenzung bei Schadensherbeiführung durch mehrere Arbeitnehmer	108
7. Versuch einer Minderung der Nachweisproblematik bezüglich des Arbeitgeberschadens	109
a) Beweislast	109

	Seite
b) Beweiserleichterung	110
c) Vereinbarung von Vertragsstrafen und Pauschalierungsabreden	110
aa) Bedeutung des Stufenverhältnisses von Vertragsstrafe zur Pauschalierungsabrede	111
bb) Zulässigkeit von den den Arbeitnehmer belastenden Vertragsstrafenvereinbarungen	111
(1) Generell verneinende Position	111
(2) Differenzierende Lösungsversuche Söllners und Schwerdtners	112
(3) Standpunkt der herrschenden Meinung	113
(4) Stellungnahme	113
cc) Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	116
dd) Einfluß des AGBG	117
II. Der Anspruch des Dienstleistungsverpflichteten bzw. des Arbeitnehmers	122
1. Die unterschiedlichen Gruppen von Anspruchstellern - Darstellung der grundsätzlichen Problematik -	122
a) Der potentielle Anspruchsinhalt	122
b) Notwendigkeit einer Fallgruppenbildung	122
2. Ansprüche der nicht als Arbeitnehmer zu qualifizierenden Dienstnehmer	124
a) Generelle rechtliche Behandlung	124
b) Besonderheiten der Dienstverhältnisse i.S.d. § 627 BGB	125
3. Ansprüche der nicht durch besondere Kündigungsregelungen geschützten Arbeitnehmer	126
a) Bedeutung der anderweitigen Vertragsfortführung für die Beschränkung des Arbeitnehmeranspruchs	126
aa) Meinungsstand	126
bb) Stellungnahme	128
(1) Kündigungsbeschränkungen aus §§ 134, 138 BGB	128

	Seite
(2) Kündigungsbeschränkung aus § 242 BGB	129
(a) Grenzen des aus § 242 BGB ableitbaren Kündigungsschutzes	129
(b) Berufung des Arbeitnehmers auf hypothetische Kündigung als "venire contra factum proprium"	130
b) Inhalt des Anspruchs im einzelnen	132
aa) Vergütungsansprüche	132
(1) Generelle Reichweite	132
(2) Behandlung nicht monatlich aus- gezahlter Leistungen	132
(a) Gratifikationen	133
(b) Betriebliche Altersversorgung	134
(3) Tarifloohnerhöhung und Beförderungen	135
bb) Sonstige Vermögensnachteile	136
4. Ansprüche der durch besondere Kündigungsschutz- vorschriften gesicherten Arbeitnehmer	136
a) Begrenzung aufgrund des hypothetischen Beendigungsrechts des Arbeitgebers	137
aa) Grundsatz	137
bb) Begrenzung aufgrund im Einzelfall bestehender Beendigungsmöglichkeit	138
(1) Zeitlich befristete Arbeitsver- hältnisse	138
(2) Soziale Rechtfertigung i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG	138
cc) Begrenzung aufgrund des Antragsrechts i.S.d. § 9 KSchG	140
(1) Arbeitnehmerantrag gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG	140
(2) Arbeitgeberantrag gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG	140
(a) Generelle Beachtlichkeit	140
(b) Praktische Relevanz dieser Begrenzung	143
(aa) Normalfall	143
(bb) Leitende Angestellte i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG	144

b) Einflüsse des Gleichbehandlungsgebotes des rechtswidrig gekündigten und selbst kündigen- den Arbeitnehmers für den Ersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	145
aa) Beschränkung des Anspruchs auf § 10 KSchG aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes	146
bb) Exkurs: Rückschlüsse aus dem Gleichbe- handlungsgebot auf Anspruchsinhalt und Anspruchsvoraussetzungen	147
(1) Inanspruchnahme der Schadenspauschale der §§ 9, 10 KSchG	147
(2) Konkurrenzen	148
c) Haftungsbeschränkung mittels teleologischer Reduktion des § 628 Abs. 2 BGB - Begrenzung des Ersatzanspruchs durch § 10 KSchG -	149
aa) Meinungsstand bezüglich einer Limitierung des Anspruchs	150
(1) Position Röhslers	150
(2) Limitierung ausdrücklich ablehnende Position Trinkners	151
(3) "Beredtes Schweigen" der Literatur	151
(4) Der Lösungsversuch Gamillschegs	152
bb) Stellungnahme	153
(1) Beschränkung anhand der bisherigen Kriterien	153
(2) Teleologische Reduktion des § 628 Abs. 2 BGB	155
(a) Voraussetzungen einer teleologi- schen Reduktion	155
(b) Möglichkeit teleologischer Re- duktion des § 628 Abs. 2 BGB	156
(aa) Vorliegen einer "verdeckten Regelungslücke"	156
(bb) Rechtfertigung einer teleologi- schen Reduktion	157
(1') Einwände gegen eine derartige Beschränkung	158
(2') Rechtfertigung einer Limitierung	160
(a') Generelle Intention des Kündigungs- schutzes im Arbeitsrecht	160

(b')	Entstehungsgeschichte und gesetzgeberische Intention des § 9 KSchG	162
(c')	Differenzierungsmöglichkeit bei der Reichweite des KSchG zwischen "Bestands-" und "Abfindungsschutz"	164
(aa')	Berufung des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz bei Schadensersatzbemessung als "venire contra factum proprium"	164
(bb')	Bewertung im Lichte des Zwecks des KSchG	165
(cc')	Reichweite der Durchbrechung der Priorität des Bestands-schutzes durch § 628 Abs. 2 BGB und § 9 KSchG	169
(dd')	Bedeutung der mangelnden Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers	170
(ee')	Unzulässige Privilegierung der Haftung des Arbeitgebers	171
(3)	Ergebnis	172
d)	Konsequenzen für den Anspruchsumfang der durch besondere Kündigungsschutzvorschriften noch weitergehend geschützten Arbeitnehmer	172
aa)	§ 10 KSchG als Höchstgrenze	174
(1)	Individualvertraglich vereinbarter längerer Kündigungszeitraum	174
(2)	Gesetzlich vorgesehene besondere Kündigungsbeschränkungen	174
(3)	Tarifvertraglich vorgesehene besondere Kündigungsbeschränkungen	176
bb)	§ 10 KSchG als Mindestgrenze	178
cc)	Ergebnis	179
e)	Konsequenzen für den Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	180
aa)	Rückwirkungen des § 9 KSchG auf den Tatbestand des § 628 Abs. 2 BGB	180
bb)	Einfluß auf den Anspruchsinhalt	180
(1)	Grundsatz	180

(2) Konsequenzen für den Anspruch des rechtswidrig gekündigten Arbeitnehmers	181
cc) Konsequenzen für die Art der Schadens- ersatzleistung	182
(1) Kapitalisierung bei fehlenden gesetz- lichen Kündigungsbeschränkungen	183
(2) Kapitalisierung im Falle gesetzlicher Kündigungsbeschränkungen	184
dd) Konsequenzen für die praktische Bedeutung des § 628 Abs. 2 BGB	185
5. Zusammenfassung der Haftungsverpflichtung des Arbeitgebers	186

Kapitel 3:

Rechtliche Behandlung der Ansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB	188
I. Rechtsnatur des auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs	188
1. Arbeitgeberanspruch	188
2. Arbeitnehmeranspruch	188
a) Problematik	188
b) Bedeutung der Art der Ersatzleistung	190
II. Der Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB im Konkurs des Arbeitgebers	191
1. Der vor Konkurseröffnung begründete Anspruch	192
a) Meinungsstand	192
aa) Ursprünglicher Standpunkt	192
bb) Die Auffassung des BAG	192
cc) Reaktionen des Schrifttums	193
b) Stellungnahme	194
aa) Einordnung "vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO"	195
bb) Einordnung "unter § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO"	196
(1) Versagung der Privilegierung als Instrument zur Rettung des Unter- nehmens	196

(2) Berechtigung der Differenzierung zwischen Bezügen aus bestehendem und aufgelöstem Arbeitsverhältnis	197
(3) Unzulässige Schlechterstellung des von den ihm gesetzlich zur Verfügung gestellten Möglichkeiten Gebrauch machenden Arbeitnehmers	199
cc) Anwendbarkeit des "Gesetzes über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren"	201
c) Ergebnis	201
2. Der nach Konkurseröffnung begründete Schadensersatzanspruch gemäß § 22 Abs. 2 KO	202
a) Kündigung durch den Konkursverwalter	202
b) Kündigung des Arbeitnehmers	203
3. Der nach Konkurseröffnung begründete Schadensersatzanspruch gemäß § 628 Abs. 2 BGB	203
a) Kündigungsmöglichkeit anknüpfend am Verhalten des jetzigen Gemeinschuldners	204
aa) Vor Konkurseröffnung ausgesprochene rechtswidrige Arbeitgeberkündigung	204
bb) Nach Konkurseröffnung ausgeübte Kündigung gemäß §§ 626 Abs. 1, 628 Abs. 2 BGB	205
b) Kündigungsmöglichkeit anknüpfend an das Verhalten des Konkursverwalters	206
aa) Generelle Behandlung	206
bb) Anspruchsbeschränkung	208
III. Der Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB im Vergleichsverfahren	209
IV. Der Anspruch auf Konkursausfallgeld für die auf § 628 Abs. 2 BGB beruhenden Forderungen	210
V. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld des nach § 628 Abs. 2 BGB vorgehenden Arbeitnehmers	211
VI. Geltung der Lohnpfändungs- und Aufrechnungsprivilegien für den auf § 628 Abs. 2 BGB gestützten Anspruch	213
1. Meinungsstand	213
2. Stellungnahme	214

	Seite
VII. Verjährung der Ansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB	216
1. Grundsatz	216
2. Einfluß der Verwirkungsfrist des § 4 KSchG	217
a) Auswirkungen unterlassener Kündigungs- schutzklage	217
b) Auswirkungen unterlassener Schadensersatz-, aber erhobener Kündigungsschutzklage	218
VIII. Steuerrechtliche Behandlung	219
1. Schadensersatz als Abfindung i.S.d. § 3 Nr. 9 EStG	219
2. Steuerfreiheit auch für am hypothetischen Gehalt orientierte Ersatzleistungen	220
IX. Sozialversicherungsrechtliche Behandlung	222
 <u>Teil 3:</u>	
Der Anwendungsbereich des § 628 Abs. 2 BGB	225
 <u>Kapitel 1:</u>	
§ 628 Abs. 2 verdrängende oder ergänzende Sonder- regelungen	225
I. § 89 a Abs. 2 HGB	225
II. § 22 KO	226
1. Verhältnis zu § 628 Abs. 2 BGB	226
2. Abgrenzung zum Gehaltsanspruch während der Frist des § 22 Abs. 1 Satz 2 KO	226
3. Verbleibender Inhalt des § 22 Abs. 2 KO	228
III. § 16 Abs. 1 BBiG	228
1. Verhältnis zu § 628 Abs. 2 BGB	229
2. Den Anspruchsinhalt betreffende gesetzliche Sonderregelungen	229
3. Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs im einzelnen	230
a) Der Anspruch des Ausbildenden	230
aa) Beschränkung durch das hypothetische Kündigungsrecht des Auszubildenden	230

	Seite
bb) Beschränkung aufgrund der Natur des Ausbildungsverhältnisses	231
b) Der Anspruch des Auszubildenden	232
aa) Begrenzung des Anspruchs	233
bb) Anspruch bei rechtswidriger Kündigung des Auszubildenden	234
cc) Der Anspruch des Auszubildenden im Konkurs	235
(1) Meinungsstand	236
(2) Stellungnahme	237
IV. § 124 b GewO	238
V. § 134 GewO	241
VI. §§ 65 ff. (70 ff.) SeemG	241
1. Sonderregelungen des SeemG	241
a) Rechte und Pflichten des Reeders	241
b) Rechte und Beschränkungen des Besatzungs- mitgliedes	242
2. Konsequenzen für den Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	242
VII. Sonderkonstellation: Einfluß des § 13 Abs. 1, Abs. 4 BRAGO auf den Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB beim Anwaltsvertrag	244
1. Relevanz des § 13 Abs. 1, Abs. 4 BRAGO	244
2. Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB	244
a) Der Anspruch des Rechtsanwaltes	244
aa) Anwendbarkeit des § 628 Abs. 2 BGB	245
bb) Inhalt und Grenze dieses Anspruchs	245
b) Der Anspruch des Mandanten	246
 <u>Kapitel 2:</u>	
Analoge Anwendbarkeit des § 628 Abs. 2 BGB im Rahmen sonstiger Dauerschuldverhältnisse	248
I. Berechtigung analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB	248
1. Regelungslücke	248
a) Spezialgesetzliche Regelungen	248

	Seite
b) Positive Vertragsverletzung	249
2. "Rechtsähnlichkeit" der Tatbestände	250
II. Analoge Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB bei Miete, Pacht und Leasing	252
1. Voraussetzungen analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB	252
a) Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB	252
aa) Grundsatz	252
bb) Rechtswidrige Vermieterkündigung als "wichtiger Grund"	252
(1) Rechtswidrige Vermieterkündigung als Vertragsverletzung	252
(2) Erfordernis eines bestehenden Ver- trages als Voraussetzung eines Kündigungsausspruches	253
(3) Beschränkung der den Anspruch aus- lösenden Vertragsverletzung	255
b) Verschuldenserfordernis	257
c) Kausalitätserfordernis	257
d) Notwendigkeit einer Nachfristsetzung	257
2. Nichtbestehen von Ausschlußgründen	258
a) Anspruchsausschluß bei beiderseitigem Recht zur fristlosen Kündigung	258
b) Anspruchsausschluß aufgrund vertraglichen Ausschlusses von Ersatzansprüchen	259
aa) Generelle Zulässigkeit	259
bb) Sonderfall: Wohnungsmiete	259
c) Anspruchsausschluß durch Mietaufhebungs- vertrag	262
aa) Grundsatz	262
bb) Sonderfall: Widerspruchslose Räumung der Wohnung	262
(1) Meinungsstand	262

	Seite
(2) Stellungnahme	264
(a) Einfluß des Auszuges auf den Mietvertrag	264
(b) Abgrenzung des Aufhebungsvertrages gegenüber sonstigen Versagungsgründen	265
(aa) Abgrenzung zum Mitverschulden (§ 254 BGB)	265
(bb) Abgrenzung zur unterlassenen Wahrnehmung der gesetzlichen Bestandsschutzgarantien	266
(c) Anforderungen an die Annahme eines Aufhebungsvertrages	267
3. Anspruchsminderung aus § 254 BGB	269
a) Generelle Beschränkung des Anwendungsbereiches	269
b) Beschränkung im Rahmen der Wohnraummiete	269
4. Anspruchsinhalt	271
a) Genereller Anspruchsinhalt und seine Schranken	271
b) Der Vermieter-, Verpächter-, Leasinggeberanspruch im einzelnen	272
aa) Zulässigkeit von Vertragsstrafen und Pauschalierungsabreden	272
(1) Grundsatz	272
(2) Pauschalierungsabreden im Wohnraummietrecht	273
(a) Anwendbarkeit des § 550 a BGB ablehnende Position	273
(b) Stellungnahme	274
bb) Der Inhalt des Anspruchs	276
cc) Vorteilsausgleichung	278
c) Der Anspruch des Mieters, Pächters und Leasingnehmers im einzelnen	279
aa) Die Beschränkung des Anspruchs	279
(1) Begrenzung aufgrund hypothetischen Kündigungsrechts	279
(a) Generelle Begrenzung	279

(b) Begrenzung der Forderung des Wohnraummieters	280
(2) Generelle teleologische Reduktion des § 628 Abs. 2 BGB hinsichtlich des Anspruchs des Wohnungsmieters	280
(3) Verbleibende Begrenzung des Anspruchs des Wohnungsmieters	282
bb) Erstattungspflichtige Vermögensnachteile	282
(1) Ersatz für entgangene Nutzung des Vertragsobjektes	283
(a) Inhalt des Ersatzbegehrens	283
(b) Begrenzung	284
(aa) Begrenzung für alle Mietobjekte mit Ausnahme von Wohnraum	284
(bb) Begrenzung im Wohnraummietrecht	285
(1') Spätere hypothetische Kündigungsmöglichkeit	285
(2') Begrenzung durch "ortsübliche Vergleichsmiete"	285
(cc) Zusammenfassung	288
(2) Ersatz von Abwicklungs- und Ersatzbeschaffungskosten	288
(a) Inhalt des Ersatzbegehrens	288
(b) Begrenzung	290
(aa) Konsequenzen aus der Inseratskostenentscheidung des BAG	290
(bb) Begrenzung von Renovierungskosten	292
III. Analoge Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB im Rahmen von Sukzessivlieferungsverträgen, Wiederkehrschuldverhältnissen und sonstigen Verträgen mit Dauerschuldcharakter	293
1. Praktische Relevanz	293
2. Begriffsbestimmung und Abgrenzung	294
a) Arten von Sukzessivlieferungsverträgen	295

	Seite
b) Sukzessivlieferungsverträge und ihre Abgrenzung zu Wiederkehrschuldverhältnissen	295
aa) Abgrenzung	295
bb) Notwendigkeit und Berechtigung dieser Differenzierung	296
3. Notwendigkeit einer Analogie zu § 628 Abs. 2 BGB bzw. § 89 a Abs. 2 HGB	298
a) Meinungsstand	299
b) Stellungnahme	300
aa) Generelles Konkurrenzverhältnis	300
(1) Rücktritt und Kündigung	300
(2) Schadensersatzansprüche	301
bb) Notwendigkeit einer Differenzierung nach Fallgruppen	303
(1) Ratenlieferungsverträge	304
(2) "Echte" Dauerschuldverhältnisse	305
(a) Grundsatz	305
(b) Gesamtanalogie oder analoge Anwendung von §§ 628 Abs. 2 BGB bzw. 89 a Abs. 2 HGB	306
(3) Sonderproblem: Werkverträge mit Sukzessivlieferungscharakter	307
(a) Anspruch des Werkunternehmers	307
(b) Anspruch des Bestellers	308
4. Anspruchsvoraussetzungen	308
5. Anspruchsinhalt und seine Grenzen	310
a) Grundsätze	310
b) Sonderprobleme	311
aa) Dauerlieferungsverträge	311
bb) Wiederkehrschuldverhältnisse	312

Teil 4:

Einfluß des § 628 Abs. 2 BGB auf konkurrierende
Anspruchsgrundlagen

315

Kapitel 1:

Konkurrenzrechtliche Konsequenzen im originären Anwen-
dungsbereich des § 628 Abs. 2 BGB (Dienst- und Arbeits-
verhältnis)

316

I. §§ 325, 326 BGB

316

II. Positive Vertragsverletzung

317

1. Generelles Verhältnis von positiver Vertrags-
verletzung zu § 628 Abs. 2 BGB

317

2. Praktische Bedeutung der Spezialität des
§ 628 Abs. 2 BGB

318

3. Notwendigkeit einer Durchbrechung des Grund-
satzes der Spezialität des § 628 Abs. 2 BGB

319

a) Generelle Durchbrechung der Spezialität

319

aa) Genereller Verzicht auf das Erfordernis
der Unzumutbarkeit einer Vertragsfort-
setzung

319

bb) Generelle Minderung der Anforderungen an
eine Unzumutbarkeit der Vertragsfort-
setzung nach Maßgabe der Position
Schnorr von Carolsfelds

321

(1) Reichweite der von ihm vertretenen
Durchbrechung des § 628 Abs. 2 BGB

321

(2) Stellungnahme: Rückwirkung des § 9
Abs. 1 Satz 2 KSchG auf § 628 Abs. 2
BGB

322

b) Durchbrechung der Spezialität des § 628
Abs. 2 BGB bei rechtswidriger, gleichwohl
kein außerordentliches Kündigungsrecht
begründender Kündigung des Anspruchsgegners

326

aa) Praktische Relevanz

326

bb) Schadensersatzanspruch trotz fehlender
"Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung"

327

c) Ergebnis

329

4. Reichweite des Ausschlusses der positiven Ver-
tragsverletzung

330

a) Anlaß des Klärungsbedürfnisses

- BAG, Urteil vom 11.2.1981 -

330

	Seite
b) Abgrenzung der Konkurrenzproblematik	331
c) Reichweite der Spezialität des § 628 Abs. 2 BGB	332
aa) Grundsatz	332
bb) Bereits begründete oder nach Vertrags- beendigung erst entstehende Ansprüche	332
cc) Verbleibender Bereich der Exklusivität des § 628 Abs. 2 BGB	333
(1) "Beendigungsschäden"	333
(2) "Fortbestandsschäden"	334
(a) Ersatzpflicht von "Fortbestands- schäden" bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses	335
(aa) Anwaltskosten	335
(bb) Sonstige Kosten	338
(b) Ersatzpflicht von "Fortbestands- schäden" bei Beendigung des Vertragsverhältnisses	339
III. Culpa in contrahendo	339
1. Praktische Relevanz	340
2. Konkurrenzverhältnis zu Ansprüchen aus § 628 Abs. 2 BGB	341
a) Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungs- pflicht bei Nichtzustandekommen des Vertrages oder der tatsächlichen Beschäftigung	342
aa) "Echte" Kollision mit § 628 Abs. 2 BGB	342
bb) "Durchgriff" der tatbestandlichen Voraus- setzungen des § 628 Abs. 2 BGB auf culpa in contrahendo	343
(1) Genereller Inhalt des Anspruchs aus culpa in contrahendo	343
(2) Möglichkeit einer Anspruchsbeschrän- kung	344
(3) Notwendigkeit eines "Durchgriffs" der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 628 Abs. 2 BGB	347
b) Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungs- pflicht bei späterer Arbeitsaufnahme	348

IV. Deliktische Ansprüche der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 BGB	350
1. Ansprüche aufgrund der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	350
2. Ersatz von "Beendigungsschäden" gestützt auf §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 BGB	351
a) Praktische Relevanz	351
b) Tatbestandliche Verwirklichung der §§ 823 ff. BGB	352
aa) Darstellung des Prüfungsumfanges	352
bb) Problematik der tatbestandlichen Verwirklichung der §§ 823 ff. BGB	352
(1) § 823 Abs. 1 BGB	352
(2) § 823 Abs. 2 BGB	354
c) Einfluß der Anforderungen des § 628 Abs. 2 BGB	354
aa) Generelles Konkurrenzverhältnis	355
bb) Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal deliktischer Ansprüche	356
(1) Anerkannte Fälle des "Durchgriffs" vertraglicher auf deliktische Anspruchsvoraussetzungen	356
(2) "Durchgriff" des Erfordernisses der "Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung"	358
d) Inhalt deliktischer Ansprüche	361

Kapitel 2:

Konkursrechtlich bedingte Konsequenzen im Bereich analoger Anwendung des § 628 Abs. 2 BGB	362
I. Grundsätzliche Bewertung	362
1. "Beendigungsschäden"	362
2. Grenze der Spezialität	363
II. Beispielsfall: Die rechtswidrige Vermieterkündigung im Wohnraummietverhältnis	363
1. §§ 325, 326 BGB	364

	Seite
2. Positive Vertragsverletzung	365
a) Auswirkung der Verdrängung der positiven Vertragsverletzung	365
aa) Wahrung der Priorität des Vorranges des Bestandsschutzes	365
(1) Intention der Wohnraumkündigungsschutzbestimmungen	366
(2) Verfassungsrechtlicher Aspekt	367
bb) Vermeidung sonstiger, im Falle einer Anwendung der positiven Vertragsverletzung bestehender Probleme	368
b) Notwendigkeit einer Verdrängung der positiven Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlage	371
c) Ergebnis	373
d) Grenzen des Ausschlusses der positiven Vertragsverletzung	373
aa) Bei Interesse an einer Vertragsfortsetzung	374
bb) Bei Interesse an einer Vertragsbeendigung	375
3. Culpa in contrahendo	376
a) Möglichkeit einer Kollision beider Anspruchsgrundlagen	376
b) Einfluß des § 628 Abs. 2 BGB analog	377
4. Deliktische Haftung	379
a) Problematik der tatbestandlichen Verwirklichung	379
aa) § 823 Abs. 1 BGB	379
bb) §§ 823 Abs. 2, 826 BGB	379
(1) Vorsätzlich rechtswidrige Vermieterkündigung	379
(2) Fahrlässig rechtswidrige Vermieterkündigung	380
b) Durchgriff der vertraglichen Tatbestandsvoraussetzungen	381
aa) Grundsatz	381

bb) Relevanz dieser Forderung

382

Teil 5:

Zusammenfassung in Leitsätzen

384