

**4 Sa 336/18**  
32 Ca 1421/17  
(ArbG München)

Verkündet am: 30.01.2019

Birkhold  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. Dezember 2018 durch die Richterin am Arbeitsgericht Neubert-Vardon und die ehrenamtlichen Richter Varschen und Heigl

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 15. März 2018 - 32 Ca 1421/17 - in seinen Ziffern I. und II. unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert.**
- 2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.03.2017, zugegangen am 06.03.2017, nicht aufgelöst wird.**
- 3. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 14.03.2017, zugegangen am 17.03.2017, nicht aufgelöst wird.**
- 4. Der Auflösungsantrag der Beklagten wird zurückgewiesen.**
- 5. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.**
- 6. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch über die Frage, ob neben dem Dienstverhältnis des Klägers als Organgeschäftsführer der Beklagten zusätzlich ein Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter der Beklagten bestand sowie über die Rechtswirksamkeit zweier von der Beklagten höchstvorsorglich ausgesprochener ordentlicher Kündigungen und über den in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Auflösungsantrag.

Der zum Zeitpunkt der Klageerhebung 52 Jahre alte, verheiratete Kläger war seit dem 01.10.2002 zunächst aufgrund eines von der Beklagten am 30.04.2002 und vom Kläger am 05.05.2002 unterzeichneten Anstellungsvertrags (vgl. Anlage K 2, Bl. 24 f. d.A.) als kaufmännischer Leiter bei der Beklagten beschäftigt. Das monatliche Gehalt betrug € x.xxx,xx brutto und sollte sich anteilig zu den tariflichen Vereinbarungen zum Manteltarifvertrag erhöhen. Zudem erhielt der Kläger die vermögensbildenden Leistungen in Höhe von € xx,xx sowie eine Haushaltszulage in Höhe von € xx,xx.

Die Beklagte beschäftigt in ihrem Betrieb regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer. Bei der Beklagten besteht seit ca. Mitte 2016 ein Betriebsrat.

Dem Abschluss des Anstellungsvertrags ging – neben einem Gespräch am 18.04.2002 zwischen dem Kläger und dem vormaligen Geschäftsführer der Beklagten, Herrn E. – nachfolgend dargestellter Schriftverkehr voraus:

Mit Schreiben vom 04.04.2002 (vgl. Anlage K 14, Bl. 211 d.A.) teilte die Beklagte unter dem Betreff „*Einstellung als kaufmännischer Leiter und zur Nachfolge in der Geschäftsführung*“ dem Kläger unter anderem mit:

*„... hat sich der Ausschuß des Aufsichtsrates unserer Gesellschaft am 03.04.2002 dafür ausgesprochen, Sie als kaufmännischen Leiter mit Wirkung ab dem 01.10.2002 und zur Nachfolge der Geschäftsführung mit Wirkung ab dem 01.01.2003 einzustellen.*

*Wie vereinbart werde ich Ihnen in den nächsten Tagen einen Entwurf des Anstellungsvertrages vorlegen. Nach grundsätzlicher Zustimmung durch Sie werde ich den Aufsichtsrat in der voraussichtlich am 29.04.2002 stattfindenden Sitzung über Ihren Anstellungsvertrag*

*beschließen lassen. Da die Grundlagen des Vertrages die Ihnen bereits vorgelegten Konditionen sein werden, gehe ich davon aus, daß dem Vertragsabschluß keine wesentlichen Einwendungen entgegenstehen.“*

Mit Schreiben vom 13.04.2002 (vgl. Anlage K 19 des Berufungsbegründungsschriftsatzes vom 11.07.2018, Bl. 433 f. d.A.) nahm der Kläger zu den Entwürfen des Anstellungs- und Dienstvertrages vom 10.04.2002 ausführlich Stellung. Dabei schlug er u.a. vor, den zeitlich früheren Anstellungsvertrag nur befristet für 3 Monate bis zum 31.12.2002 abzuschließen.

Am 18.04.2002 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger und dem vormaligen Geschäftsführer der Beklagten, Herrn E., statt. In der von ihm gefertigten „*Gesprächsunterlage zum Treffen mit H. Dr. A. am 18.04.2002*“ (vgl. Anlage K 4, Bl. 27 d.A.) heißt es unter 1. zu „befristetem Anstellungsvertrag“:

*„Die Anstellung als kfm. Leiter ist immer Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses, so kann die GF von beiden Seiten kurzfristig aberkannt oder vom GF aufgegeben werden, ohne daß das Beschäftigungsverhältnis deshalb beendet werden muß. Siehe dazu auch § 8 Ziffer 4. des Dienstvertrages.*

*Der AR wird den GF-Vertrag in jedem Fall nur vorberaten, da der Gesellschafter die Berufung zum GF vornimmt. Der 1. Bürgermeister ist Vertreter des Gesellschafters, aber zu diesem Beschluß auf die Zustimmung des Stadtrates angewiesen.*

*Die Berufung wird aber der bis 30.04.02 amtierende Stadtrat nicht mehr vornehmen, teils aus zeitlichen Gründen, teils aus der Überlegung heraus, daß dabei über einen Vorgang beschlossen werden soll, der zum Jahresende relevant sein wird und damit dem neuen Rat zur Abstimmung überlassen wird.*

*Die Vorlage des GF-Vertrages erfolgte noch in der letzten Sitzung des derzeitigen Aufsichtsrates, der noch die Einstellung als kfm. Leiter beschließt. Der derzeitige AR kann den Vertrag sozusagen „vorberaten“, was dem nachfolgenden AR entlasten wird und die Abstimmung im neuen Stadtrat wesentlich erleichtert.*

*Diese Zeitplanung ist so mit dem derzeitigen AR abgestimmt.“*

Ausweislich des Protokolls (vgl. Anlage K 15, Bl. 212 d.A.) hat der Aufsichtsrat der Beklagten am 29.04.2002 unter dem Tagesordnungspunkt TOP 4 „*Nachfolge der Geschäftsführung, Vorlage des Anstellungs- und des Dienstvertrages des neuen GF*“ mit 6:0 Stimmen folgende Beschlüsse gefasst:

- 5 -

*„Der Aufsichtsrat hat den Anstellungsvertrag beraten und beauftragt die Geschäftsführung, diesen Vertrag – nach Einarbeitung der getroffenen Änderungen – mit Herrn A. abzuschließen. Der Vertrag ist dem Protokoll beizufügen.“*

*„Der Aufsichtsrat hat den Dienstvertrag vorberaten und grundsätzlich akzeptiert. Das vorläufige Ergebnis kann Hr. A. mitgeteilt werden.“*

*Vor Vertragsabschluß muss die Gesellschafterversammlung noch die Übertragung der Geschäftsführung an Hr. A. beschließen, vorgesehen ist dies ab dem 01.01.2003. Vorher ist der Vertrag dem neuen Aufsichtsrat zur endgültigen Beschlußfassung vorzulegen.“*

Mit Datum vom 30.04.2002 schrieb die Beklagte an den Kläger (vgl. Anlage K 16, Bl. 213 d.A.) unter dem Betreff „Anstellungsvertrag“ Folgendes:

*„... hat der Aufsichtsrat unserer Gesellschaft am 29.04.2002 den Anstellungsvertrag und den Dienstvertrag einstimmig und nahezu unverändert akzeptiert. Dazu der beiliegende Protokollauszug.“*

*Wie vereinbart, liegt diesem Schreiben der von mir bereits unterzeichnete Anstellungsvertrag bei, ich bitte Sie nunmehr, den Vertrag zu prüfen und bei Zustimmung ein Exemplar unterzeichnet an mich zurückzureichen.“*

*Den bereits von diesem AR akzeptierten Dienstvertrag lege ich Ihnen für Ihre Unterlagen ebenfalls bei, das vor der Unterzeichnung noch notwendige Prozedere ist im Protokollauszug kurz beschrieben.“*

Der **Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002** (vgl. Anlage K 2, Bl. 24 f. d.A.) enthielt – soweit vorliegend relevant – folgende Vereinbarungen:

**„1 Inhalt und Beginn des Arbeitsverhältnisses**

1.1 Herr A. wird ab 1. Oktober 2002 als kaufmännischer Leiter der C. beschäftigt. Es ist vorgesehen, Herrn A. ab dem 01.01.2003 die Geschäftsführung der C. zu übertragen. Dazu wird in Ergänzung dieses Vertrages ein Dienstvertrag abgeschlossen.

...

1.3 Das Arbeitsverhältnis unterliegt einer Probezeit von 6 Monaten, während der es beiderseits täglich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von beiden Seiten gekündigt werden kann. Wird das Arbeitsverhältnis während der Probezeit nicht gekündigt, gilt es als unbefristet abgeschlossen.

- 1.4 Soweit dieser Vertrag nichts anderes bestimmt, gelten für dieses Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer der bayerischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der jeweils gültigen Fassung.
- 1.5 Herr A. hat alle Aufgaben eines kaufmännischen Leiters einschließlich der Erstellung der Jahresabschlüsse zu übernehmen. Der Aufgabenkreis kann durch die Firma je nach den betrieblichen Erfordernissen erweitert oder beschränkt werden.

## **2 Arbeitsentgelt**

- 2.1 Als monatlich zu zahlende Vergütung wird vereinbart:  
 Grundgehalt brutto bis zur Übernahme der GF mtl. x.xxx,xx €  
 Ein dreizehntes Monateinkommen als Weihnachtsgeld x.xxx,xx €, in 2002 anteilig  
 Ab Übernahme der Geschäftsführung ein Zuschlag von mtl. 500,00 €
- 2.2 Das Grundgehalt erhöht sich anteilig zu den tariflichen Vereinbarungen zum Manteltarifvertrag.
- 2.3 Vor Ablauf des 3. Jahres nach Übernahme der Geschäftsführung erfolgt eine Überprüfung der Bezüge durch den Aufsichtsrat, wobei bei Bewährung (oder entsprechender Leistung) ab dem 01.01.2005 eine Tantieme in Aussicht gestellt wird, die sich in Höhe von 3% aus dem Rohertrag errechnet.
- ...
- 2.6 Vermögenswirksame Leistung wird in gesetzlich zulässiger Höhe gewährt.
- 2.7 Die betriebsübliche Direktversicherung (Lebensversicherung) ist nach Ablauf der Probezeit rückwirkend ab dem 01.01.03 durch die Gesellschaft zu Gunsten des Geschäftsführers mit dem steuerlich begünstigten Höchstbetrag abzuschließen.

...

## **6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Das Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung am Ende des Monats, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet.

Ausweislich eines Protokollauszugs über die Aufsichtsratssitzung vom 18.07.2002 (vgl. Anlage K 13, Bl. 210 d.A.) fasste der Aufsichtsrat der Beklagten an diesem Tag unter dem Tagesordnungspunkt TOP 9 „Nachfolge der Geschäftsführung, Vorlage des Anstellungs- und des Dienstvertrages des neuen GF“ folgenden Beschluss:

„Dem Aufsichtsrat wurde der Anstellungsvertrag vorgetragen. Der **Dienstvertrag** für den neuen Geschäftsführer wurde beraten, er kann nach Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Übertragung der Geschäftsführung an H. A. abgeschlossen werden; vorgehen ist dies ab dem 01.01.2003.“

Am 17.03.2003 schlossen die Parteien den **1. Geschäftsführer-Dienstvertrag** (vgl. Anlage K 5, Bl. 28 ff. d.A.). Darin wurde – soweit vorliegend relevant – Folgendes vereinbart:

### **„§ 1 Aufgabenbereich**

1. Herr A. wurde am 01. Oktober 2002 als kaufmännischer Leiter eingestellt. Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 04.12.2002 wird er per 01.01.2003 zum Geschäftsführer bestellt, die Eintragung im Registergericht ist vorzunehmen.

...

4. Der Geschäftsführer ist an eine bestimmte Dienstzeit nicht gebunden, er hat jedoch mindestens die Arbeitszeit der Angestellten einzuhalten. Auch außerhalb der Arbeitszeit wird er sich zur Dienstleistung zur Verfügung stellen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert.

### **§ 2 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis**

1. Der Geschäftsführer wird sein Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes führen und die ihm durch Gesetz und Vertrag übertragenen Obliegenheiten genau erfüllen. Er wird dabei insbesondere die Weisungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates und der Gesellschafterversammlung beachten.
2. Der Geschäftsführer hat seine ganze Arbeitskraft sowie alle Erfahrungen und Kenntnisse dem Dienst im Unternehmen zu widmen. Alle Geschäfte, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, bedürfen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates.

...

### **§ 3 Bezüge**

1. Als monatlich zu zahlende Vergütung wird vereinbart:  
Grundgehalt brutto ab Übernahme der Geschäftsführung x.xxx,xx €

...

4. *Das Bruttogehalt des Geschäftsführers erhöht sich jeweils um den gleichen Prozentsatz und zum gleichen Zeitpunkt, wie sich die Gehälter der Angestellten erhöhen nach den Tarifvereinbarungen zwischen der Arbeitgebervereinigung bayer. EVU und der Gewerkschaft VERDI.*
5. *Eine besondere Vergütung von Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit ist ausgeschlossen.*
6. *Vor Ablauf des 3. Jahres nach Übernahme der Geschäftsführung erfolgt eine Überprüfung der Bezüge durch den Aufsichtsrat, wobei bei Bewährung (oder entsprechender Leistung) eine Tantieme in Aussicht gestellt wird, die sich in Höhe von 3‰ aus dem Rohertrag errechnet.*

#### **§ 4**

#### **Nebenleistungen**

...

5. *Die betriebsübliche Direktversicherung (Lebensversicherung) ist nach Ablauf der Probezeit rückwirkend zum 01.01.2003 durch die Gesellschaft zu Gunsten des Geschäftsführers mit dem steuerlich begünstigten Höchstbetrag abzuschließen.*

#### **§ 8**

#### **Vertragsdauer und Kündigung**

1. *Der Vertrag tritt am 01.01.2003 in Kraft und wird zunächst auf die Dauer von 3 Jahren abgeschlossen. Der Vertrag verlängert sich jeweils um weitere 5 Jahre, sollte er nicht ein halbes Jahr vor Vertragsende gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung ist – abgesehen von der im Anstellungsvertrag vereinbarten Probezeit – während der vereinbarten Laufzeit beiderseits ausgeschlossen. Die Kündigung durch den Geschäftsführer ist schriftlich an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu richten.*
  2. *Unberührt durch diese Bestimmungen bleibt die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB.*
- ...
4. *Die Abberufung als Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschaftsorgane ist unbeschadet seiner Ansprüche auf Gehalt, Tantieme, Urlaub usw. jederzeit möglich.*
- ...
6. *Das Arbeitsverhältnis endet unbeschadet der Regelungen in Ziffer 1 ohne Kündigung am Ende des Monats, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet.*

**§ 9**  
**Schlussbestimmungen**

1. *Soweit in diesem Vertrag keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, gelten die gesetzlichen, tariflichen oder von den Gesellschaftsorganen getroffenen Bestimmungen. Bei Streitigkeiten aus diesem Arbeitsvertrag gilt als Gerichtsstand B-Stadt.*
  2. *Vereinbarungen außerhalb dieses Vertrages wurden nicht geschlossen. Aufhebungen oder Änderungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform und eines Beschlusses der zuständigen Gesellschaftsorgane.*
- ...“

Am 25.04.2005 hat der Aufsichtsrat der Beklagten (vgl. Protokoll in der Anlage K 17, Bl. 214 d.A.) unter dem Tagesordnungspunkt TOP 2 „*Verlängerung des Geschäftsführervertrages und Regelung der Bezüge*“ mit 6:0 Stimmen folgenden Beschluss gefasst:

„Erläuterungen zum Beschlussvorschlag:

*In der AR-Sitzung vom 11.04.2005 wurde der Beschluss nicht abschließend behandelt, da einige Aufsichtsräte vorzeitig die Sitzung verlassen mussten, um andere Termine wahrzunehmen.*

*Der Vorschlag von A. auf eine Kündigungsmöglichkeit während des fünfjährigen Vertrages zu verzichten und im Gegenzug das Gehalt ab dem 6. Jahr der Geschäftsführertätigkeit auf 90% der Bezüge seines Vorgängers anzuheben, fand in der letzten Sitzung grundsätzliche Zustimmung. Eine Beschlussfassung wurde vertagt, da nur mehr vier Aufsichtsräte anwesend waren.*

Beschluss:

*Der Aufsichtsrat stimmt dem vom Geschäftsführer vorgelegten Vorschlag IV zu. Der Geschäftsführervertrag wird bis zum 31.12.2010 verlängert. Eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ist beiderseits ausgeschlossen. Der Geschäftsführer erhält erstmals für 2004 eine Tantieme (2,5 ‰), die ab 2005 auf 5,00 ‰ angehoben wird. Die Gehaltsanpassungen des Festgehalts werden stufenweise in 2005, 2006 und 2008 vorgenommen. Ab 2006 erreicht das Gehalt ca. 80 % und ab 2008 ca. 90% der Bezüge seines Vorgängers.“*

Am 02.05.2005 schlossen die Parteien den **2. Geschäftsführer-Dienstvertrag** ab (vgl. Anlage K 8, Bl. 70 ff. bzw. Bl. 92 ff. d.A.), der den Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 ablöste. Darin wurde – soweit hier relevant – Folgendes geregelt:

- 10 -

**„§ 1  
Aufgabenbereich**

1. *Herr A. wurde am 01. Oktober 2002 als kaufmännischer Leiter eingestellt. Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 04.12.2002 wurde er per 01.01.2003 zum Geschäftsführer bestellt. Die Eintragung ins Handelsregister erfolgte am 25.03.2003.*

...

4. *Der Geschäftsführer ist an eine bestimmte Dienstzeit nicht gebunden, er hat jedoch mindestens die Arbeitszeit der Angestellten einzuhalten. Auch außerhalb der Arbeitszeit wird er sich zur Dienstleistung zur Verfügung stellen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert.*

**§ 2  
Umfang der Geschäftsführungsbefugnis**

1. *Der Geschäftsführer wird sein Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes führen und die ihm durch Gesetz und Vertrag übertragenen Obliegenheiten genau erfüllen. Er wird dabei insbesondere die Weisungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates und der Gesellschafterversammlung beachten.*
2. *Der Geschäftsführer hat seine ganze Arbeitskraft sowie alle Erfahrungen und Kenntnisse dem Dienst im Unternehmen zu widmen. Alle Geschäfte, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, bedürfen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates.*

...

**§ 3  
Bezüge**

2. *Als monatlich zu zahlende Vergütung wird vereinbart:*

*Grundgehalt brutto ab Jan. 2005 x.xxx,xx €  
das Grundgehalt wird – unabhängig von einer eventuellen tariflichen Erhöhung gemäß  
Ziffer 4 – ab Januar 2006 um xxx,xx € und ab Januar 2008 um xxx,xx € angehoben.*

...

4. *Das Bruttogehalt des Geschäftsführers erhöht sich jeweils um den gleichen Prozentsatz und zum gleichen Zeitpunkt, wie sich die Gehälter der Angestellten nach den Tarifvereinbarungen zwischen der Arbeitgebervereinigung bayer. EVU und der Gewerkschaft VERDI erhöhen.*
5. *Eine besondere Vergütung von Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit ist ausgeschlossen.*
6. *Der Geschäftsführer erhält ab dem Geschäftsjahr 2004 eine Tantieme in Höhe von 2,5 ‰ und ab 2005 von 5,00 ‰ des Rohertrages. Die Berechnungssystematik des*

*Rohtrages ist unverändert gemäß der Handhabung des Vorgängergeschäftsführers anzuwenden.*

**§ 4  
Nebenleistungen**

...

5. *Für den Geschäftsführer wurde die betriebsübliche Direktversicherung (Lebensversicherung) nach Ablauf der Probezeit mit dem steuerlich begünstigten Höchstbetrag abgeschlossen.*

**§ 8  
Vertragsdauer und Kündigung**

1. *Der Vertrag tritt mit Unterzeichnung beider Vertragsparteien in Kraft und löst den Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 ab. Der Vertrag läuft bis zum 31.12.2010. Er verlängert sich jeweils um weitere 5 Jahre, sollte er nicht ein halbes Jahr vor Vertragsende gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung ist während der vereinbarten Laufzeit beiderseits nur zum Vertragsende und nicht zu einem früheren Zeitpunkt zulässig. Die Kündigung ist schriftlich abzufassen; im Falle der Kündigung durch den Geschäftsführer ist diese schriftlich an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu richten.*
2. *Unberührt durch diese Bestimmungen bleibt die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB.*

...

4. *Die Abberufung als Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschaftsorgane ist unbeschadet seiner Ansprüche auf Gehalt, Tantieme, Urlaub usw. jederzeit möglich.*

...

6. *Das Arbeitsverhältnis endet unbeschadet der Regelungen in Ziffer 1 ohne Kündigung am Ende des Monats, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet.*

**§ 9  
Schlussbestimmungen**

1. *Soweit in diesem Vertrag keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, gelten die gesetzlichen, tariflichen oder von den Gesellschaftsorganen getroffenen Bestimmungen. Bei Streitigkeiten aus diesem Arbeitsvertrag gilt als Gerichtsstand B-Stadt.*
2. *Vereinbarungen außerhalb dieses Vertrages wurden nicht geschlossen. Aufhebungen oder Änderungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform und eines Beschlusses der zuständigen Gesellschaftsorgane.*

...“

Mit Schreiben vom 29.06.2015 (vgl. Anlage B 1, Bl. 147 f. d.A.) kündigte der Kläger „den Dienstvertrag vom 02.05.2005 zum 31.12.2015“. Zur Begründung führte er aus:

*„Da der Dienstvertrag vom 2. Mai 2005 eine weitere Verlängerung um fünf Jahre vorsieht, wenn nicht bis zum 30.06.2015 gekündigt wurde, ist es rein rechtlich gesehen erforderlich, dass ich bis zum 30.06.2015 kündige, damit eine Verlängerung meines Dienstvertrages zu den Konditionen, wie sie 2005 festgelegt wurden, nicht um weitere fünf Jahre eintritt.“*

Die Parteien befanden sich sodann in Vertragsverhandlungen.

Am 05.11.2015 schlossen die Parteien einen **3. Geschäftsführer-Dienstvertrag** (vgl. Anlage K 11, Bl. 79 d.A.), mit dem sie das „Wiederaufleben des Dienstvertrages vom 2.5.2005“ vereinbarten. Dieser Vertrag enthält folgende Regelungen:

- „1. Der Vertrag wird in unveränderter Weise mit Ausnahme der nachfolgenden Bestimmungen wieder in Kraft gesetzt.
2. Satz 1 und Satz 2 des § 8 Absatz 1 des Dienstvertrages vom 2.5.2005 werden ersetzt durch folgenden Satz: „Der Vertrag läuft bis zum 31.12.2016“.
3. Es wird ein neuer § 10 „Verhandlungen über neuen 5-jährigen Dienstvertrag eingefügt.  
„Die Vertragsparteien verpflichten sich Verhandlungen zu führen um einen Dienstvertrag bis spätestens 31.05.2016 vorzulegen. Die in diesen Verhandlungen erzielten Ergebnisse werden rückwirkend zum 01.01.2016 zur Geltung kommen. Dies gilt insbesondere für die Vergütung, die Tantieme und eine eventuelle Versorgungszusage. Sollte ein Einvernehmen nicht erzielt worden sein, so endet der Dienstvertrag gemäß § 8 zum 31.12.2016.“

Am 02.11.2016 wurde der Kläger von der Gesellschafterversammlung als Geschäftsführer abberufen; das Geschäftsführeranstellungs-Vertragsverhältnis endete zum 31.12.2016 (vgl. Protokoll vom 02.11.2016, unter TOP 5, in Anlage B 5, Bl. 155 f. d.A.). Seit dem 06.02.2017 ist der Kläger im Handelsregister nicht mehr als Geschäftsführer eingetragen (vgl. Auszug aus dem Handelsregister in Anlage K 9, Bl. 75 ff. d.A.).

Der Kläger teilte der Beklagten mit Schreiben vom 30.12.2016 (vgl. Anlage K 20, Bl. 698 d.A.) mit, dass die Überprüfung der vertraglichen Unterlagen ergeben habe, dass mit dem Jahresende 2016 nur der Geschäftsführer-Dienstvertrag geendet habe, nicht jedoch der Anstellungsvertrag vom 05.05.2002, der ab dem 01.01.2017 wieder seine rechtliche Wirkung entfalte. Damit stehe ihm ab dem 01.01.2017 wieder die Position des kaufmännischen Leiters der C. mit allen Rechten und Pflichten zu und er freue sich auf eine Fortsetzung der guten und fairen Zusammenarbeit.

Mit weiterem Schreiben vom 22.01.2017 (vgl. Anlage K 21, Bl. 699 d.A.) verwies der Kläger auf das persönliche Gespräch vom 02.01.2017 mit dem Geschäftsführer der Beklagten und brachte erneut zum Ausdruck, dass er die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter und Erfüllung der vertraglichen Regelungen beanspruche.

Der Geschäftsführer der Beklagten lehnte mit Schreiben vom 26.01.2017 (vgl. Anlage K 22, Bl. 700 d.A.) die Weiterbeschäftigung des Klägers als kaufmännischer Leiter ab.

Mit der Klageschrift vom 06.02.2017 (vgl. Bl. 17 ff. d.A.), die der Beklagten am 22.02.2017 zugestellt wurde, machte der Kläger die Zahlung des Gehalts für Januar 2017 geltend und begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Arbeitsvertrag vom 05.05.2002 nicht durch den Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrags beendet worden sei.

Die Beklagte kündigte sodann mit Schreiben vom 06.03.2017 (vgl. Anlage K 6, Bl. 44 d.A.), das dem Kläger am 06.03.2017 zugeing, *„höchstvorsorglich das Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter zum Ablauf des 31.07.2017, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt“*.

Mit der am 14.03.2017 zugestellten Klageerweiterung vom 08.03.2017 (Bl. 40 ff. d.A.) machte der Kläger die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung vom 06.03.2017 geltend sowie die Zahlung des Gehalts für Februar 2017.

Mit Schreiben vom 14.03.2017 (vgl. Anlage K 7, Bl. 57 d.A.), das dem Kläger am 17.03.2017 zugegangen ist, kündigte die Beklagte „*höchstvorsorglich das Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter zum Ablauf des 31.08.2017, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt*“.

Mit der am 21.03.2017 zugestellten Klageerweiterung vom 17.03.2017 (Bl. 54 ff. d.A.) griff der Kläger auch die ordentliche Kündigung vom 14.03.2017 an.

Mit der am 18.04.2017 zugestellten Klageerweiterung vom 11.04.2017 (Bl. 61 ff. d.A.) hatte der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Dienstvertrag vom 17.03.2003 in der Fassung vom 02.05.2005 nicht mit Ablauf des 31.12.2016 geendet habe, Vergütung für Januar 2017 bis einschließlich März 2017 eingeklagt und seine Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer verlangt. Insoweit hat das Arbeitsgericht München den Rechtsstreit mit Beschluss vom 18.05.2017 an das Landgericht Landshut verwiesen. Das Landgericht Landshut (Az. 72 O 1910/17) hat die Klage auf Feststellung, dass der Geschäftsführer-Dienstvertrag über den 31.12.2016 hinaus fortgelte, abgewiesen. Die beim OLG München anhängige Berufung des Klägers (Az. 23 U 326/18) nahm der Kläger schließlich zurück, so dass das Endurteil des Landgerichts Landshut rechtskräftig ist.

Den weiteren Antrag, mit dem der Kläger seine Weiterbeschäftigung als kaufmännischer Leiter beehrte, nahm der Kläger mit Schriftsatz vom 23.08.2017 (Bl. 112 f. d.A.) zurück.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, dass das mit Vertrag vom 05.05.2002 geschlossene Arbeitsverhältnis weder durch den 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 noch durch einen der Folgedienstverträge aufgehoben worden sei. Bereits im Arbeitsvertrag sei festgehalten worden, dass der Kläger 2003 zum Geschäftsführer bestellt werden solle und dass hierfür ergänzend ein separater Geschäftsführervertrag geschlossen werde. Der Beklagten sei diese Regelung wichtig gewesen, da sie als mittleres Unternehmen darauf angewiesen gewesen sei, dass der Geschäftsführer vorwiegend die Aufgaben des kaufmännischen Leiters wahrnehme. Für den Fall, dass die Geschäftsführung nicht weiterbestehen bleibe, hätte der Arbeitsvertrag des kaufmännischen Leiters weiterbestehen sollen, damit die Beklagte neben dem Verlust des Geschäftsführers

nicht auch noch den kaufmännischen Leiter ohne Kündigungsfrist verlieren würde, was angesichts der komplexen Geschäftsbereiche der Beklagten ein erhebliches Risiko für die Beklagte mit sich gebracht hätte. Dem Kläger sei es wichtig gewesen, dass ein Arbeitsvertrag existiere, der ihm eine sicherere Position garantiere als die befristete Geschäftsführertätigkeit, da er für die Tätigkeit bei der Beklagten seine Lebensstellung bei der Gemeinde Haar aufgegeben habe und auch bei einer Berufung zum Geschäftsführer eine gewisse Sicherheit nicht habe verlieren wollen. Dass die Arbeitnehmerstellung des Klägers immer Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses zwischen den Parteien habe sein sollen, sei auch im Gespräch zwischen dem früheren Geschäftsführer der Beklagten, Herrn E. und dem Kläger am 18.04.2002 ausdrücklich klargelegt worden (vgl. Gesprächsnotiz in Anlage K 4, Bl. 27 d.A.). Der Arbeitsvertrag vom 05.05.2002 sei durch den Abschluss des 1. Geschäftsführeranstellungsvertrags vom 17.03.2003 nicht beendet worden. Zwar liege in dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrages durch einen Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses (BAG, Beschluss vom 03.02.2009 – 5 AZB 100/08, NZA 2009, 669). Etwas anderes sei aber anzunehmen, wenn deutliche Anhaltspunkte für den Willen der Parteien vorliegen, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis lediglich ruhend zu stellen. Derartige deutliche Anhaltspunkte lägen hier vor. Das Fortbestehen des bisherigen Arbeitsverhältnisses sei von den Parteien am 18.04.2002 besprochen worden. Der Wortlaut des Arbeitsvertrages besage ausdrücklich, dass der Geschäftsführeranstellungsvertrag in Ergänzung zu dem bestehenden Arbeitsvertrag geschlossen werden sollte. Dies bedeute, dass er ihn gerade nicht habe beenden sollen.

Der Kläger habe der Beklagten seine Dienste ab dem 02.01.2017 angeboten. Die Beklagte habe sich jedoch geweigert ihn zu beschäftigen.

Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des BAG liege im Abschluss eines Dienstvertrages durch einen angestellten Mitarbeiter nur im Zweifel die zusätzliche konkludente Vereinbarung einer Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Ausschließlich auf diese – widerlegbare – Regelvermutung stütze sich die Argumentation der Beklagten. Dabei sei von Bedeutung, dass das BAG von einer stillschweigenden Aufhebungsvereinbarung im Dienstvertrag ausgehe. Wenn also die Parteien des Dienstvertrages keine solche Aufhebung gewollt haben sollten, wäre es dogmatisch nicht notwendig, dass die „Nichtaufhebung“ des Arbeitsvertrages durch den Dienstvertrag in diesem ausdrücklich vereinbart

worden sei. Es reiche aus, dass sich aus außerhalb des Vertrages liegenden, deutlichen Umständen ergebe, dass beide Parteien mit dem Abschluss des Dienstvertrages gerade nicht gleichzeitig die konkludente Aufhebung des Arbeitsvertrages gewollt hätten, weil es für die „Nichtaufhebung des Arbeitsvertrages“ rechtlich keiner vertraglichen Vereinbarung bedürfe. Der Kläger stütze sich ausdrücklich darauf, dass es bei dem Abschluss des 1. Dienstvertrages vom 17.03.2003 dem klaren, bewussten, ausdrücklich besprochenem und deutlich zum Ausdruck gekommenem Willen beider Vertragsparteien entsprochen habe, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag auch nach dem Abschluss des ersten Dienstvertrages neben diesem habe fortbestehen sollen. Dabei komme es auch nach der Rechtsprechung des BAG nicht entscheidend darauf an, dass der Fortgeltungswille im Dienstvertragsdokument seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden haben müsse, sondern das BAG lasse auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zum Nachweis eines derartigen, anderen Willens zu. Dieser entgegenstehende Wille der Vertragsparteien ergebe sich aus dem klägerischen Vortrag, der schriftlichen Bestätigung des ehemaligen Geschäftsführers E. (vgl. Anlage K 12, Bl. 97 d.A.) und der vom Zeugen E. verfassten Gesprächsunterlage vom 18.04.2002 (vgl. Anlage K 4, Bl. 27 d.A.). Daneben ergebe sich dieser Wille aber auch aus dem Arbeitsvertrag einerseits und den abgeschlossenen Dienstverträgen vom 17.03.2003 und 02.05.2005 andererseits. Auch der Aufsichtsrat sei im Vorfeld über diese besondere Vertragskonstruktion informiert worden (vgl. Protokoll der AR-Sitzung vom 18.07.2002 in Anlage K 13, Bl. 210 d.A.).

Gerade die Formulierung in Ziffer 1., 1.1 des Arbeitsvertrages, dass „*in Ergänzung*“ zum Arbeitsvertrag ein Dienstvertrag geschlossen werden solle, zeige, dass dieser spätere Dienstvertrag nicht „*an die Stelle von*“, sondern „*ergänzend zum*“, also neben dem bzw. zusätzlich zum Arbeitsvertrag habe gelten sollen. Bei einer Ergänzung bleibe das schon Bestehende (der Arbeitsvertrag) weiterbestehen und das Neue gelte zusätzlich daneben. Die gegenteilige Rechtsbehauptung der Beklagten, dass der „*ergänzende Dienstvertrag*“ die alleinige Vertragsgrundlage darstellen solle, lasse sich mit diesem Begriff „*Ergänzung*“ gerade nicht begründen. Auch die Ziffer 2.3 des Arbeitsvertrages zeige deutlich, dass der Arbeitsvertrag auch nach Übernahme der Geschäftsführung und nach Abschluss des Dienstvertrages wirksam bleiben solle, weil darin Gehaltsanpassungsregelungen für die Zeit ab dem 4. Geschäftsjahr, mithin für Zeiten lange nach Abschluss des Dienstvertrages enthalten seien. So wie es der Zeuge E. schon schriftlich erklärt habe, hätten die

Vertragsparteien ganz bewusst erreichen wollen, dass der Arbeitsvertrag durch den Abschluss des Geschäftsführervertrages gerade nicht aufgehoben werde.

Zudem würden auch die beiden Dienstverträge in der Fassung vom 17.03.2003 und in der 2. Fassung vom 02.05.2005 in § 4 Ziffer 5. jeweils individuell Bezug nehmen auf offensichtlich weiter geltende Bestimmungen im Arbeitsvertrag, nämlich auf die bis zum 31.03.2003 gelaufene, sechsmonatige Probezeit aus dem Arbeitsvertrag. Darin werde auf den bevorstehenden Ablauf der Probezeit aus dem parallelen Arbeitsvertrag Bezug genommen, wenn es darin heiße, dass nach Ablauf der Probezeit rückwirkend zum 01.01.2003 eine betriebsübliche Direktversicherung abzuschließen sei. Diese Bestimmung im Dienstvertrag mache rechtlich nur Sinn, wenn die Probezeitregelung aus dem Arbeitsvertrag auch nach Abschluss des 1. Dienstvertrages vom 17.03.2003 weiterhin habe wirksam sein sollen. Dies sei rechtlich aber nur dann möglich, wenn der vorangegangene Arbeitsvertrag gerade nicht durch den Dienstvertrag aufgehoben werden sollte. Identisch äußere sich der 2. Dienstvertrag vom 02.05.2005 in seinem § 4 Ziffer 5., der sachlich mitteile, dass die vereinbarte Direktversicherung nach Ablauf der Probezeit (aus dem Arbeitsvertrag) abgeschlossen worden sei. Daraus ergebe sich auch, dass mit dem 2. Dienstvertrag der ursprüngliche Arbeitsvertrag gerade nicht aufgehoben werden sollen.

Die ordentliche Kündigung vom 06.03.2017 sei unwirksam. Zudem habe die Beklagte die für den Kläger geltende fünfmonatige Kündigungsfrist nicht eingehalten. Eine Kündigung wäre frühestens zum 31.08.2017 möglich gewesen.

Die ordentliche Kündigung vom 14.03.2017 sei weder durch betriebsbedingte Gründe noch durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Klägers liegen, gerechtfertigt.

Die Eigenkündigung des 2. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 02.05.2005 habe den Angestelltenvertrag nicht berührt.

Die betriebsbedingte Kündigung sei unwirksam. Es fehle an der notwendigen rechtzeitigen Beteiligung des Betriebsrates und am notwendigen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für die Stelle eines kaufmännischen Leiters.

Es werde vorsorglich mit Nichtwissen bestritten, dass der Betriebsrat jeweils vor Ausspruch der beiden streitgegenständlichen Kündigungen ordnungsgemäß angehört worden sei. Es sei deshalb gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG von der Unwirksamkeit der beiden Kündigungen der Beklagten auszugehen, unabhängig von der Frage, ob sie sozial gerechtfertigt seien.

Die Kündigungen seien auch nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Zum einen habe der Kläger dem ehemaligen Mitarbeiter Herrn F. die Urlaubsansprüche nur in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer und gerade nicht als angestellter kaufmännischer Leiter bestätigt. Zum anderen sei die vertragliche Zusage des dauerhaften Erhalts nicht verbrauchten Urlaubs, wie sich aus der Anlage B 9 (Bl. 163 ff. d.A.) ergebe, schon im Jahr 2008 mit sehr guten betrieblichen Gründen vereinbart worden. Sie habe auch der vorherigen langjährigen Unternehmenspraxis der Beklagten unter dem (Geschäftsführer-)Vorgänger des Klägers entsprochen. Deshalb seien auch Rückstellungen für Urlaubstage 2015 in die Bilanz 2015 eingestellt worden. Aus der Anlage K 19 (Bl. 216 d.A.) ergebe sich, dass neben dem Zeugen F. noch acht weitere Mitarbeiter Urlaubsansprüche in Höhe von mindestens 20 Tagen aus 2015 gehabt hätten. Im Schreiben vom 29.11.2016 habe der Kläger nur das wiederholt, was er acht Jahre vorher aus dringenden betrieblichen Gründen allgemein zugesagt hatte, um Schaden von der Beklagten abzuwenden. Der Urlaubsrest aus 2015 sei im November 2016 wegen der gültigen Vereinbarung aus 2008 gerade nicht verfallen gewesen.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.03.2017, zugegangen am 06.03.2017, nicht aufgelöst wird.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Be-

schäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 14.03.2017, zugegangen am 17.03.2017, nicht aufgelöst wird.

3. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Tatbestände endet, sondern über den 31.08.2017 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt:

Klageabweisung.

Die Beklagte hat vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, die Parteien hätten mit Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003, hilfsweise durch dessen Nachträge, den Arbeitsvertrag als kaufmännischer Leiter vom 05.05.2002 konkludent aufgehoben. In dem Abschluss eines Geschäftsführervertrages durch einen angestellten Mitarbeiter, hier dem Kläger als kaufmännischer Leiter, liege im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien solle nämlich regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis bestehen. Eine andere Auslegung käme nur in Ausnahmefällen in Betracht, für die zumindest deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssten. In § 1 Ziffer 1 des Dienstvertrages vom 17.03.2003 werde auf das vormals bestehende Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter hingewiesen. Es werde nirgends ausdrücklich geregelt, dass dieses Arbeitsverhältnis ruhend gestellt werde und nach Beendigung des Dienstvertrages wiederaufleben solle. Vielmehr regle § 9 Ziffer 2. dieses Dienstvertrages, dass außerhalb dieses Vertrages keine Vereinbarungen geschlossen worden seien. Auch die Gesprächsnotiz aus der Personalakte könne kein anderes rechtliches Ergebnis rechtfertigen. Schließlich sei der vormalige Geschäftsführer, Herr E., damals nicht zum Abschluss des Dienstvertrages mit dem Kläger vertretungsberechtigt gewesen. Auf eine etwaige Willensbildung des Herrn E. komme es deshalb nicht an. Zudem sei der Dienstvertrag erst ein Jahr nach dem Treffen mit dem Kläger am 18.04.2002 geschlossen worden. Darüber hinaus sei die Gesprächsnotiz weder von einem Geschäftsführer noch von dem Kläger unterzeichnet worden. Das Ar-

beitsverhältnis als kaufmännischer Leiter sei spätestens durch den am 02.05.2005 abgeschlossenen 2. Geschäftsführer-Dienstvertrag aufgehoben worden. Der Kläger lege insofern bereits nicht dar, weshalb deutliche Anhaltspunkte für das ausnahmsweise Ruhen des Arbeitsverhältnisses als kaufmännischer Leiter bestehen sollten. Darüber hinaus habe der Kläger eine Eigenkündigung mit Schreiben vom 29.06.2015 ausgesprochen, womit das Vertragsverhältnis insgesamt beendet worden sei. Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass der 3. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 05.11.2015 den Arbeitsvertrag als kaufmännischer Leiter aufgehoben habe.

Selbst wenn das Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter lediglich geruht hätte, wäre das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen der Beklagten vom 06.03.2017 und 14.03.2017 beendet worden. Die Kündigungen seien aus betriebs- und verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt.

Wie der Kläger selbst über der aktuelle Geschäftsführer die Geschäftsführertätigkeit in Personalunion auch in der Funktion des kaufmännischen Leiters aus. Die Beklagte habe seit der Geschäftsführerbestellung des Klägers im Jahr 2003 keine eigene Stelle für einen kaufmännischen Leiter. Daher bestehe keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger.

Mit Schreiben vom 29.11.2016 (vgl. Anlage B 9, Bl. 163 ff. d.A.) habe der Kläger verfallene Urlaubsansprüche des technischen Leiters der Beklagten, Herrn F., zurückreichend bis ins Jahr 2014 anerkannt. Der Urlaubsrest 2015 habe laut Herrn F. 31 Tage betragen. Diese seien am 29.11.2016 bereits vollständig verfallen gewesen. Der Kläger habe damit ohne jeglichen Rechtsgrund umgerechnet mehr als ein Monatsgehalt des Herrn F. anerkannt und in dieser Höhe die Beklagte geschädigt.

Eine weitere Zusammenarbeit sei für die Beklagte nicht zumutbar. Wie der Kläger selbst in seinem neuerlichen, offenen Schreiben vom 31.10.2017 zum Ausdruck bringe, sei eine weitere Zusammenarbeit angesichts der Vielzahl von Vorkommnissen der vergangenen Jahre völlig undenkbar, da ein gegenseitig zwingend notwendiges Vertrauen unwiederbringlich zerstört sei.

Eine Anhörung des Betriebsrates sei vor Ausspruch der Kündigungen nicht erforderlich gewesen, da der Kläger als leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 BetrVG kein Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG sei. Ausweislich der Ziffer 1.5 des Anstellungsvertrages vom 30.04./05.05.2002 habe der Kläger alle Aufgaben eines kaufmännischen Leiters einschließlich der Erstellung der Jahresabschlüsse zu übernehmen, § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 BetrVG. Auf leitender Ebene i.S.d. § 5 Abs. 3, Abs. 4 BetrVG sei neben der kaufmännischen Leitung die gesonderte technische Leitung, vormals von Herrn F., nunmehr von Herrn Huber wahrgenommen, vorhanden.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage mit Endurteil vom 15.03.2018 (Bl. 374 ff. d.A.) abgewiesen. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass die beiden Kündigungsschutzanträge deshalb keinen Erfolg hätten, weil bei Zugang der jeweiligen Kündigung kein Arbeitsverhältnis bestanden habe, das diese Kündigungen hätte auflösen können. Dieses habe mit Inkrafttreten des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003 (Anlage K 5, Bl. 28 ff. d.A.) am 01.01.2003 (§ 8 Ziffer 1. S. 1 des Dienstvertrages) geendet. Dies ergebe die Auslegung des Anstellungsvertrages vom 30.04./05.05.2002 und des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003. Bestätigt werde das Auslegungsergebnis durch die Schreiben der Beklagten vom 04.04.2002 (Anlage K 14, Bl. 211 d.A.) und vom 30.04.2002 (Anlage K 16, Bl. 213 d.A.) und die Protokolle über die Aufsichtsratssitzungen vom 30.04.2002 (Anlage K 16) [Anm.: gemeint war die Sitzung vom 29.04.2002 (Anlage K 15, Bl. 212 d.A.)] und vom 18.07.2002 (Anlage K 13, Bl. 210 d.A.). Schon der Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 enthalte Regelungen, die das Geschäftsführer-Dienstverhältnis betreffen. Bereits der Anstellungsvertrag sehe vor, dem Kläger ab dem 01.01.2003 die Geschäftsführung zu übertragen und dazu „*in Ergänzung dieses Vertrages*“ einen Dienstvertrag abzuschließen. Beide Verträge würden eine Einheit darstellen, die von Anfang an beabsichtigt gewesen sei. Im Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 sei die Geschäftsführertätigkeit des Klägers bereits angelegt und teilweise geregelt worden. Die Tätigkeit als kaufmännischer Leiter sei nur kurzfristig vorgeschaltet gewesen. Schon der Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 sei so konzipiert worden, dass der Kläger als Geschäftsführer auch die Tätigkeiten eines kaufmännischen Leiters in Personalunion habe erbringen sollen. Dies sei auch so umgesetzt worden. Wie bereits sein Vorgänger – und auch sein Nachfolger – habe der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten ab 01.01.2003 durchgängig auch Aufgaben eines kaufmännischen Leiters wahrgenommen. Für die Annahme eines

ruhenden Arbeitsverhältnisses als kaufmännischer Leiter sei unter diesen Umständen kein Raum, zumal die Aufgaben eines kaufmännischen Leiters wahrgenommen werden müssten und auch wahrgenommen worden seien. Dass ab dem 01.01.2003 neben dem Geschäftsführer-Dienstverhältnis des Klägers kein zusätzliches Arbeitsverhältnis mehr bestehen sollen, werde durch die an den Kläger gerichteten Schreiben der Beklagten vom 04.04.2002 und 30.04.2002 sowie durch die dem Kläger bekannten Protokolle der Aufsichtsratssitzungen vom 29.04.2002 und vom 18.07.2002 bestätigt. Auch hier sei von Anfang an von einer Tätigkeit des Klägers als kaufmännischer Leiter und Geschäftsführer die Rede. Aus diesen Schriftstücken ergebe sich, dass für den Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 einerseits und den Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 andererseits bei der Beklagten unterschiedliche Zuständigkeiten bestanden hätten und der Geschäftsführervertrag ein aufwändigeres Verfahren habe durchlaufen müssen als der Anstellungsvertrag als kaufmännischer Leiter. Während für den Anstellungsvertrag, der früher abgeschlossen wurde, ein Beschluss des Aufsichtsrates genügt habe, sei für den Geschäftsführervertrag auch ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich gewesen. Da somit jedenfalls ab dem 01.01.2003 kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehr bestanden habe, könnten die beiden Kündigungsschutzanträge, die sich nur auf ein solches Arbeitsverhältnis beziehen, keinen Erfolg haben.

Gegen das ihm am 16.04.2018 zugestellte erstinstanzliche Urteil hat der Kläger mit jeweils am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 14.05.2018 (Bl. 389 d.A.) und nochmals mit Schriftsatz vom 16.05.2018 (Bl. 406 d.A.) Berufung eingelegt, die er mit dem am 12.07.2018 eingegangenen Schriftsatz vom 11.07.2018 innerhalb der bis zum 16.07.2018 laufenden Berufungsbegründungsfrist begründet hat.

Der Kläger trägt vor, dass das Arbeitsgericht sein klageabweisendes Urteil mit einer konkludenten Aufhebung des Arbeitsvertrages durch den ersten, schon im Jahr 2003 abgeschlossenen Geschäftsführervertrag begründet und sich dabei – prozessrechtswidrig – ausschließlich auf die Auslegung der vorgelegten Dokumente (Verträge und Protokolle) gestützt habe, ohne den für den anderslautenden Parteiwillen angebotenen Zeugen E. zu vernehmen. Hätte das Arbeitsgericht den Zeugen E. vernommen, wäre es zu der zutreffenden Überzeugung gekommen, dass die Prozessparteien die Fortgeltung des streitgegenständlichen Arbeitsvertrages neben dem parallelen Geschäftsführer-Dienstvertrag gewollt

und vereinbart hatten. Der Zeuge E. hätte auch bestätigt, dass nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsparteien die beiden Verträge nebeneinander und in ihrem Bestand unabhängig voneinander koexistieren hätten sollen, wobei der Arbeitsvertrag während der Geltungsdauer des Dienstvertrages ruhen sollen. Er hätte zudem bestätigt, dass die vom Arbeitsgericht angenommene Ablösung des Arbeitsvertrages durch den Dienstvertrag von beiden Parteien ausdrücklich nicht gewollt gewesen war. Diese Angaben des Zeugen E. wären entscheidungserheblich gewesen, weil es für den rechtlichen Inhalt des Vertrages gemäß § 133 BGB ganz entscheidend auf den von beiden Seiten übereinstimmend gewollten Inhalt der wechselseitigen Willenserklärungen ankomme. Dies hätten die Parteien auch dadurch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den späteren Geschäftsführer-Dienstvertrag „*in Ergänzung*“ und nicht „*anstelle*“ oder „*als Ersatz*“ oder „*in Ablösung*“ des vorangegangenen Arbeitsvertrages geschlossen hätten.

Der Arbeitsvertrag als kaufmännischer Leiter habe nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien unabhängig vom Abschluss des späteren Geschäftsführervertrages weiterbestehen sollen, weil hieran beiderseitige Interessen bestanden hätten. Der Arbeitsvertrag hätte während der Geltungsdauer des Geschäftsführervertrages ruhen sollen. Die Beklagte habe dadurch bei einer möglichen Beendigung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers sicherstellen wollen, neben dem Geschäftsführer nicht auch noch gleichzeitig den kaufmännischen Leiter des Unternehmens zu verlieren. Der Kläger habe sich dem Vorschlag der Beklagten in der Besprechung vom 18.04.2002 angeschlossen, einen unbefristeten Anstellungsvertrag – statt des ursprünglich vom Kläger vorgeschlagenen befristeten Arbeitsvertrages – abzuschließen, da der Hinweis der Beklagten, dass die Geschäftsführung jederzeit auch ohne Angabe von Gründen entzogen werden könne, überzeugt habe. Mit dem unbefristeten Vertrag als kaufmännischer Leiter habe gleichzeitig für den Kläger ein angemessener Ausgleich für die Aufgabe seiner bisherigen Position/Lebensstellung als Geschäftsleiter bei der Gemeinde X geschaffen werden können. Dieser beiderseitige und übereinstimmende Wille, dass die Arbeitnehmerstellung des Klägers ruhend neben der beabsichtigten Geschäftsführertätigkeit weiterbestehen solle, sei im Gespräch am 18.04.2002 zwischen dem Zeugen E. als gesetzlichem Vertreter der Beklagten und dem Kläger ausdrücklich festgelegt und vereinbart worden. Sowohl die Vertragsentwürfe als auch die end-

gültigen Verträge seien unter explizitem Hinweis auf diese vorgenannten Willensbekundungen beider Vertragsparteien mit dem Aufsichtsrat der Beklagten beraten worden und hätten dessen Zustimmung gefunden.

Nach der BAG-Rechtsprechung liege im Abschluss eines Dienstvertrages durch einen angestellten Mitarbeiter nur im Zweifel die konkludente Vereinbarung einer Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Dabei gehe das BAG von einer stillschweigenden Aufhebungsvereinbarung im Dienstvertrag aus. Wenn die Parteien eines Dienstvertrages keine solche Aufhebung wollen würden, sei es nicht notwendig, dass die „Nichtaufhebung“ des Arbeitsvertrages durch den Dienstvertrag selbst ausdrücklich vereinbart werde. Es reiche aus, dass sich aus außerhalb des Vertrages liegenden Umständen ergebe, dass beide Parteien mit dem Abschluss des Dienstvertrages gerade nicht gleichzeitig die konkludente Aufhebung des Arbeitsvertrages gewollt haben, weil es für die „*Nichtaufhebung des Arbeitsvertrages*“ rechtlich keiner vertraglichen Vereinbarung bedürfe.

Der Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 bzw. vom 02.05.2005 sei gemäß der Klausel unter § 9 Ziffer 2 so zu verstehen, dass dieser Vertrag, wegen der Vertragskonstruktion mittels zweier Verträge, lediglich der „*ergänzende Vertrag*“ gewesen sei und in diesem ergänzenden Vertrag nur jene Punkte umfassend geregelt worden seien, die ausschließlich für den Dienstvertrag maßgeblich gewesen seien. Daher sei in diesem Vertrag nicht *expressis verbis* nochmals festgehalten worden, dass mit Abschluss des ergänzenden Geschäftsführervertrages der Grundlagen-Anstellungsvertrag nicht berührt werden sollen, weil nach dem Verständnis der Vertragsparteien dem Anstellungsvertrag die Funktion des Grundlagenvertrags zugekommen sei. Von der für das Arbeitsgericht maßgeblichen BAG-Rechtsprechung hätten die Parteien nichts gewusst; gleichwohl hätten die Parteien klar geregelt und durch die vorgelegten Dokumente K 14 (Bl. 211 d.A.), K 19 (zur Berufungsbegründung, Bl. 433 d.A.) und K 12 (Bl. 97 d.A.) auch nach außen hin kundgetan, dass beide Verträge parallel existieren sollten.

Der Dienstvertrag enthalte zudem mehrere Bezüge zum Anstellungsvertrag (so unter § 1 Ziffer 1, § 4 Ziffer 5, § 8 Ziffer 1 und 3), aus denen deutlich zu entnehmen sei, dass parallel zum laufenden Geschäftsführervertrag auch der Anstellungsvertrag (fort-)existiere.

Die Annahme, dass § 9 Ziffer 2 des Dienstvertrages nur den Geschäftsführer-Dienstvertrag regle, werde aufgrund eines weiteren Vertrages bestätigt, der seitens des Klägers mit der Tochtergesellschaft der Beklagten, der G. GmbH (G. GmbH), geschlossen und vom Ersten Bürgermeister und AR-Vorsitzenden der Beklagten, Herrn H., gegengezeichnet worden sei. Mit diesem G.GmbH-Dienstvertrag vom 24.04.2003 (vgl. Anlage K 100, Bl. 494 ff. d.A.) – also eine Woche nach Abschluss des Dienstvertrages mit der Beklagten vom 17.03.2003 – sei der Kläger mit Wirkung ab dem 01.04.2003 für fünf Jahre zum Geschäftsführer der wirtschaftlich bedeutenden Tochtergesellschaft bestellt worden. Dies belege, dass die Behauptung der Beklagten, dass der Dienstvertrag vom 17.03.2003 alles regle, nicht zutreffe.

Das Arbeitsgericht habe die vorgelegten Dokumente sachwidrig und entgegen ihrem klaren Wortlaut ausgelegt und sei dadurch zu einem rechtlich unzutreffenden Ergebnis gekommen. Das Arbeitsgericht erkläre nicht, weshalb die von ihm angenommene wechselseitige Bezugnahme der beiden Verträge zwingend dazu führen müsse, dass die beiden Verträge deshalb als eine zeitlich nacheinander geschaltete Einheit zu betrachten seien und nicht mit ihren gegenseitigen Bezugnahmen parallel nebeneinander existieren konnten. Beides sei bei einer wechselseitigen Bezugnahme ohne weiteres möglich. Da die Vertragsparteien ein paralleles Bestehen der beiden Verträge gewollt hätten und die Parteien sich dies wechselseitig auch ausreichend deutlich gemacht hätten, sei von einer parallelen Koexistenz der beiden Verträge ab Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages auszugehen. Die gegenteilige Annahme des Arbeitsgerichts sei unzutreffend. Auch zeige die Verwendung des Begriffs „Ergänzung“ unmissverständlich, dass eine parallele Koexistenz der Verträge beabsichtigt gewesen sei.

Die Chronologie der Vertragsentwicklung zeige, dass von den Vertragsparteien zwischen dem Angestellten- und dem Geschäftsführer-Dienstvertrag weder eine Vertragseinheit gewollt gewesen sei noch eine zeitliche Abfolge mit einer Ablösung/Beendigung des Arbeitsvertrages durch den Geschäftsführervertrag. Mit Schreiben vom 04.04.2002 (vgl. Anlage K 14, Bl. 211 d.A.) hätte der damalige Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger mitgeteilt, dass sich der Aufsichtsrat dafür ausgesprochen habe, ihn zunächst als kaufmännischen Leiter ab dem 01.10.2002 anzustellen und zur Nachfolge des Geschäftsführers mit Wirkung ab dem 01.01.2003. Diesem Schreiben seien die beiden getrennten Vertragsentwürfe bei-

gefügt gewesen. Mit Antwortschreiben vom 13.04.2002 (vgl. Anlage K 19 zur Berufungsbeurteilung, Bl. 433 f. d.A.) habe der Kläger vorgeschlagen, den hier streitgegenständlichen Arbeitsvertrag bis zum geplanten Beginn des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages zu befristen. Darin sei der ursprüngliche Wille des Klägers zum Ausdruck gekommen, das Angestelltenverhältnis tatsächlich gleichzeitig mit Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit durch eine ausdrückliche Vereinbarung zu beenden. Damit werde deutlich, dass der Kläger – anders als in den zahlreichen vom BAG entschiedenen Fällen – über das Schicksal bzw. die Beendigung des Angestelltenvertrages im Hinblick auf den Geschäftsführer-Dienstvertrag eine ausdrückliche vertragliche und damit schriftliche Vereinbarung habe schließen wollen. Diese vom Kläger explizit vorgeschlagene Befristung des Angestelltenvertrages bis zum Beginn des Dienstvertrages sei von der Beklagten ausdrücklich abgelehnt worden. Damit wiederum habe der Kläger sich einverstanden erklärt. Damit hätten die Parteien bewusst entschieden, den Angestelltenvertrag nicht, auch nicht konkludent, mit dem Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages aufzuheben.

Es werde bestritten, dass Motivation des Aufsichtsrats für die Doppelvertragskonstruktion gewesen sei, den Kläger zunächst als Geschäftsführer zu erproben. Für diesen Zweck hätten die Parteien eine Probezeit vereinbart. Erst recht werde bestritten, dass diese bestrittene Motivation irgendwie nach außen, insbesondere gegenüber dem Kläger zum Ausdruck gekommen sei. Die angebotenen Beweismittel würden neue Angriffs- und Verteidigungsmittel darstellen, deren Verspätung gerügt werde. Davon abgesehen ergebe sich aus der Bestimmung in Ziffer 6. des Arbeitsvertrages selbst, dass die Behauptung einer Fortgeltung des Angestelltenvertrages nur während einer Erprobungs- oder Bewährungsphase nicht zutreffe. Dort werde festgelegt, dass der Angestelltenvertrag mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres des „Geschäftsführers“ enden solle. Damit seien beide Seiten erkennbar davon ausgegangen, dass der Kläger dauerhaft bis zu seinem Rentenalter als Geschäftsführer für die Beklagte tätig sein könne und der Angestelltenvertrag ebenfalls bis zum Eintritt in das Rentenalter fortgelten und erst dann habe enden sollen.

Es komme rechtlich nicht darauf an, welche Vermutungen der Kläger im Dezember 2016 über das Schicksal seines Geschäftsführer-Dienstvertrages und/oder des streitgegenständlichen Angestelltenvertrages angestellt habe. Richtig sei, dass der Kläger ab Mitte August 2016 damit gerechnet habe, dass seine Geschäftsführertätigkeit zum 31.12.2016 ende, da

er im Sommer 2016 eine entsprechende Rechtsauskunft zum 3. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 05.11.2015 von qualifizierter dritter Seite erhalten hatte. Gleichwohl habe er aber noch gehofft, dass er rehabilitiert und die Beklagte in Anerkennung seiner Leistungen und der Tatsache, dass er zu Unrecht verleumdet bzw. Opfer einer vorsätzlichen Falschaussage geworden sei, ihn über das absehbare Datum 31.12.2016 hinaus als Geschäftsführer weiter beschäftigen würde.

Des Weiteren habe der Kläger in der zweiten Jahreshälfte 2016 gehofft, dass die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Landshut gegen den/die anonymen Anzeigenerstatter zu dem Ergebnis geführt hätten, dass der ablehnende Beschluss des Stadtrates vom 06.04.2016 zugunsten des Klägers abgeändert werden würde. Eine Woche nach Bekanntwerden der anonymen Anzeige gegen den Kläger und der Aufnahme von Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Landshut habe der Erste Bürgermeister Herr I. über den neuen 5-Jahres-Geschäftsführer-Dienstvertrag des Klägers abstimmen lassen. Der Vertragsentwurf sei im Januar 2016 im Aufsichtsrat noch mit 8:0 Stimmen gutgeheißen, aber vom zustimmenden Votum des Stadtrats abhängig gemacht worden. Dort sei er mit 12:11 Stimmen abgelehnt worden. Vier der zwölf ablehnenden Stimmen im Stadtratsbeschluss hätten von Mitgliedern des Aufsichtsrats gestammt, die kurz zuvor noch im Aufsichtsrat einstimmig für den Vertrag votiert hätten.

Es sei unzutreffend, dass die Beklagte eine Verabschiedungsfeier für den Kläger veranstaltet habe. Vielmehr habe der Kläger aus Anlass der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit selbst am 28.11.2016 eine Veranstaltung für ca. 300 Personen organisiert, die den Titel „X. *innovativ*“ getragen habe. Der Aufsichtsrat habe sich im Dezember 2016 lediglich damit befasst, ob die Kosten der Veranstaltung vom Kläger zu tragen seien oder vom Unternehmen und sich dafür entschieden, die Kosten nicht dem Kläger aufzubürden.

Es sei unzutreffend, dass der Kläger Ende 2016/Anfang 2017 davon ausgegangen sei, dass sein Angestelltenvertrag nicht weiterbestehe. Er habe sich auch nicht gegenüber dem benannten Zeugen J. kurz nach dem Dreikönigstag im Januar 2017 in dieser Weise geäußert. Es werde vorsorglich auch mit Nichtwissen bestritten, dass sich der Zeuge J. in dieser Weise gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten geäußert habe. Der Kläger habe vielmehr mit Schreiben vom 30.12.2016 (vgl. Anlage K 20, Bl. 698 d.A.), dessen Erhalt der

Geschäftsführer am 02.01.2017 ausdrücklich bestätigt habe, mitgeteilt, dass dem Kläger nunmehr die Stelle des kaufmännischen Leiters der C. mit allen Rechten und Pflichten zustehe und er sich auf eine Fortsetzung der guten und fairen Zusammenarbeit freue. Mit weiterem Schreiben vom 22.01.2017 (vgl. Anlage K 21, Bl. 699 d.A.), dessen Erhalt von der Beklagten am 24.01.2017 bestätigt worden war, habe der Kläger erneut seine Arbeit als kaufmännischer Leiter angedient. Mit Schreiben vom 26.01.2017 (vgl. Anlage K 22, Bl. 700 d.A.) habe der Geschäftsführer der Beklagten die Tätigkeit des Klägers als kaufmännischer Leiter abgelehnt.

Der Kläger sei niemals und insbesondere seit dem 01.01.2017 bis einschließlich heute kein leitender Angestellter bei der Beklagten gewesen. Der Kläger sei seit dem 01.01.2017 überhaupt nicht für die Beklagte tätig und damit erst recht nicht in leitender Funktion. Das Arbeitsangebot des Klägers habe die Beklagte abgelehnt. Für die rechtliche Einordnung als leitender Mitarbeiter komme es aber entscheidend darauf an, dass dem betreffenden Arbeitnehmer Leitungsfunktionen übertragen worden seien und dass der betreffende Arbeitnehmer von den ihm übertragenen Leitungsfunktionen auch Gebrauch mache. Damit komme es auf die übrigen tatsächlichen Behauptungen der Beklagten zum Inhalt des streitgegenständlichen Angestelltenvertrages oder der heutigen Stellung und den Aufgaben des Zeugen J. rechtlich gar nicht an. Die bisherigen Ausführungen im Schriftsatz vom 07.02.2018 (Bl. 227 ff. d.A.) zur angeblichen Stellung des Klägers als leitender Angestellter zum jeweiligen Zeitpunkt der Kündigungen im März 2017 seien im Übrigen unsubstantiiert, in sich widersprüchlich und inhaltlich unzutreffend.

Hinsichtlich des Auflösungsantrags ist der Kläger der Auffassung, dass die Voraussetzungen hierfür nicht ausreichend dargelegt worden seien. Es sei zudem fraglich, ob ein Auflösungsantrag nicht grundsätzlich daran scheitere, dass die beiden Kündigungen – unabhängig von der Frage der fehlenden sozialen Rechtfertigung im Sinne des § 1 KSchG – allein wegen des Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam seien. Eine positive Verbeurteilung des Antrages setze voraus, dass das Gericht die Sozialwidrigkeit feststelle.

Bezüglich der von der Beklagten behaupteten Stellung als leitender Angestellter trägt der Kläger mit Schriftsatz vom 28.01.2019 (Bl. 711 ff. d.A.) noch vor, dass er nicht nur in der

Zeit vom 01.10.2002 bis zum 31.12.2002, sondern de facto bis zum Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages am 17.03.2003 nur die Funktion des kaufmännischen Leiters ausgeübt habe. Er habe sich in der gesamten Probezeit gemäß dem Angestelltenvertrag als kaufmännischer Leiter gefühlt und hätte es aus Respekt vor dem Zeugen E. und dem Aufsichtsrat nie gewagt, vor dem 31.03.2003 bezüglich der Unterzeichnung des Geschäftsführer-Dienstvertrages auf den Aufsichtsratsvorsitzenden oder seinen Vorgänger zuzugehen. In der Zeit bis zum 31.03.2003, die de jure also drei Monate, de facto aber knappe sechs Monate betragen habe, und auch gemäß den Vereinbarungen im Angestelltenvertrag an sich, sei der Kläger kein leitender Angestellter gewesen. Ihm seien weder die Kompetenzen zur Einstellung oder Entlassung von Mitarbeitern zugestanden oder übertragen worden noch Prokura oder sonstige Vollmachten von beachtlichen Aufgaben für das Außen- als auch das Innenverhältnis übertragen worden, noch habe er Weisungsfreiheit gehabt. Vielmehr habe er die maßgeblichen, nach außen wirksam werdenden, erarbeiteten Ergebnisse immer dem Zeugen E. vorzulegen gehabt.

**Der Kläger beantragt:**

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 15.03.2018 wird aufgehoben.**
- 2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.03.2017, zugegangen am 06.03.2017, nicht aufgelöst wird.**
- 3. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus dem Anstellungsvertrag vom 30.04.2002/05.05.2002 über die Beschäftigung als kaufmännischer Leiter der Beklagten durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 14.03.2017, zugegangen am 17.03.2017, nicht aufgelöst wird.**

4. **Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Tatbestände endet, sondern über den 31.08.2017 hinaus fortbesteht.**
  
5. **Höchst vorsorglich: Der Rechtsstreit wird gemäß § 538 Abs. 2 ZPO an das Arbeitsgericht München zurückverwiesen.**

**Die Beklagte beantragt:**

1. **Die Berufung wird zurückgewiesen.**
  
2. **Das Arbeitsverhältnis wird zum 31.08.2017 gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber 25.000,00 Euro nicht überschreiten sollte, aufgelöst.**

Die Beklagte trägt vor, dass sie lediglich vom Bestehen eines Geschäftsführervertragsverhältnisses und der abschließenden Beendigung jeglichen Vertragsverhältnisses mit dem Kläger mit Ablauf des 31.12.2016 ausgegangen sei.

Mit Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003 oder den beiden nachfolgenden Geschäftsführerverträgen habe das Arbeitsverhältnis geendet. Der Kläger verkenne grob das 2-Stufen-Modell des BAG, wonach im Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrages im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses liege. Voraussetzung seien daher in der 1. Stufe Zweifel am Fortbestehen des Arbeitsvertrages. In der 2. Stufe sei sodann zu fragen, ob ausnahmsweise das Arbeitsverhältnis trotz Abschluss des Geschäftsführervertrages ruhen sollen, wobei diese andere Auslegung nur bei zumindest deutlichen Anhaltspunkten in Betracht kommen könne. Das Arbeitsgericht habe zurecht keine deutlichen Anhaltspunkte für die Begründung eines solchen Ausnahmefalls gesehen.

Die Tätigkeit nur als kaufmännischer Leiter sei lediglich kurzfristig vorgeschaltet, nicht jedoch auch nachgeschaltet gewesen. Bereits im Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 sei die Geschäftsführertätigkeit des Klägers – wie bei seinem Vorgänger

E. – in Personalunion angelegt und teilweise geregelt worden. Sowohl die dort vereinbarte sechsmonatige Probezeit, als auch das Arbeitsentgelt in Bezug auf die Vergütung („bis zur Übernahme der Geschäftsführung“), eines Zuschlages („ab Übernahme der Geschäftsführung“) und einer in Aussicht gestellten Tantieme als Geschäftsführer („nach Übernahme der Geschäftsführung (...) wobei bei Bewährung (...) Tantieme in Aussicht gestellt wird“), als auch die Bezügeüberprüfung vor Ablauf des dritten Jahres („nach Übernahme der Geschäftsführung“) würden überlappen, wobei sodann im Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 das ordentliche Kündigungsrecht während der fix vereinbarten Laufzeit außerhalb der vereinbarten Probezeit ausgeschlossen worden sei (*„Eine ordentliche Kündigung ist – abgesehen von der im Anstellungsvertrag vereinbarten Probezeit – während der vereinbarten Laufzeit beiderseits ausgeschlossen“*). Dementsprechend habe lediglich ein einheitliches Vertragsverhältnis als Geschäftsführer fortbestehen sollen. Für die Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses als kaufmännischer Leiter sei unter diesen Umständen kein Raum, zumal die Aufgaben eines kaufmännischen Leiters wahrgenommen werden müssten und auch wahrgenommen worden seien. Die bereits im Anstellungsvertrag vorab überlappend getroffenen Regelungen habe der 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 ergänzt. Für den Abschluss des Geschäftsführervertrages habe es im Vergleich zum Arbeitsvertrag zudem eines Aufsichtsrats- und Gesellschafterbeschlusses bedurft. Deren ausdrücklicher Wille habe sich in den schriftlich geschlossenen Verträgen erschöpft, wie § 9 Ziffer 2 des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003 belege, wonach keine Vereinbarungen, d.h. auch nicht aus etwaigen Gesprächen und/oder Gesprächsnotizen geschlossen worden seien. Die Regelung sei unmissverständlich, klar und daher nicht auslegungsfähig.

Ausweislich des Aufsichtsrats-Protokolls vom 28.11.2002 sei die Übertragung der Geschäftsführung auf den Kläger ab 01.01.2003 nach Zustimmung des Stadtrates erfolgt. Ausweislich des Lageberichts 2002 auf Seite 10 habe die Beklagte in 2002 einen Geschäftsführer, Herrn E., und einen kaufmännischen Leiter, den Kläger, als Nachfolger des Geschäftsführers gehabt. Ausweislich des Personalberichts 2001 sei die Stelle vorher nicht aufgeführt gewesen. Die Extraauflistung sei damals offensichtlich deswegen erforderlich gewesen, weil vor der Beschäftigung des Klägers die kaufmännische Leitung durch den Geschäftsführer in Personalunion wahrgenommen worden sei, der Kläger sich jedoch als

kaufmännischer Leiter für die Geschäftsführungstätigkeit zunächst bewähren sollte. Anschließend habe jedoch der Kläger das bereits bei seinem Vorgänger E. bestehende Modell der Personalunion erfolgreich weitergeführt, so dass die kaufmännische Leitung in der Geschäftsführung vollumfänglich aufgegangen sei. Auch der Nachfolger des Klägers, Herr Geschäftsführer K., habe diese Organisation in Personalunion fortgeführt. Ausweislich des Stellenplans der Beklagten für das Jahr 2003, 2004, 2005, 2007, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 habe keine extra Stelle eines kaufmännischen Leiters existiert, sondern lediglich die des Geschäftsführers. Aus allen genannten Gründen würden sich zumindest erhebliche Zweifel an einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses trotz Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages ergeben.

Der Kläger habe zu keiner Zeit zumindest deutliche Anhaltspunkte für das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses als Ausnahmefall dargelegt, womit es bei der tatsächlichen Vermutung der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages bleibe. Eine Zeugeneinvernahme des vormaligen Geschäftsführers E. würde ebenso wenig deutliche Anhaltspunkte für das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ergeben. Das aufgehobene frühere Arbeitsverhältnis lebe außerdem nicht durch die Abberufung als Geschäftsführer wieder auf.

Für ein ruhendes Arbeitsverhältnis als Ausnahmefall wären bei Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages deutliche Anhaltspunkte wie eine nur für eine kurze Zeit befristete Übertragung der Geschäftsführerstellung bei sonst unveränderten Vertragsbedingungen erforderlich gewesen. Die Anstellung als kaufmännischer Leiter habe hier lediglich kurzfristig vorgeschaltet für den Aufstieg zum Geschäftsführer erfolgen sollen. Aus der Gesprächsnotiz und dem etwaigen Gespräch vom 18.04.2002 ergebe sich jedoch kein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt. Der vormalige Geschäftsführer E. wäre dazu auch nicht vertretungsberechtigt gewesen, da der Abschluss des Arbeitsvertrages unstreitig der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürftig habe. Ein ruhendes Arbeitsverhältnis ergebe sich insbesondere auch nicht aus der Auslegung des Wortlautes „Ergänzung“ im Arbeitsvertrag vom 30.04./05.05.2002, da sich dieser Wortlaut bereits nicht auf den Geschäftsführervertrag beziehe, der das Arbeitsverhältnis jedoch später aufgehoben habe und unter § 9 Ziffer 2. regle, dass Vereinbarungen außerhalb des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003 nicht geschlossen worden seien.

Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürften nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in der formgerechten Urkunde Ausdruck gefunden habe. Schließe ein Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag, so wie hier gemäß § 1 Ziffer 1. des 1. Geschäftsführervertrages vom 17.03.2003, bestehe gemäß der Rechtsprechung des BAG die Vermutung, dass damit zugleich das zuvor begründete Arbeitsverhältnis aufgelöst worden sei. Dieser Wille der Vertragsparteien, das zuvor begründete Arbeitsverhältnis zu beenden, komme in dem 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 hinreichend deutlich zum Ausdruck, zumal er unter § 1 Ziffer 1 Satz 1 darauf hinweise, dass der Kläger am 01.10.2002 als kaufmännischer Leiter eingestellt worden sei und im nachfolgenden Satz 2 ausführe, dass dieser per 01.01.2003 zum Geschäftsführer bestellt werde und unter § 8 Ziffer 1 Satz 3 regle, dass eine ordentliche Kündigung abgesehen von der im Anstellungsvertrag vereinbarte Probezeit ausgeschlossen sei. Dementsprechend dürften gemäß der Rechtsprechung des BAG etwaige außerhalb der Urkunde liegende Umstände, wie diese der Kläger vortrage, nicht berücksichtigt werden, da der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in der formgerechten Urkunde einen vollkommenen und hinreichend deutlichen Ausdruck gefunden habe. Das einvernehmlich aufgehobene Arbeitsverhältnis lebe daher nicht wieder auf, wenn der Kläger als Geschäftsführer abberufen werde.

Zahlreiche Anhaltspunkte würden gegen das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses sprechen. Zurecht führe das Arbeitsgericht aus, dass sich aus dem an den Kläger gerichteten Schreiben der Beklagten durch den ehemaligen Geschäftsführer E. vom 04.04.2002 (Anlage K 14, Bl. 211 d.A.) und 30.04.2002 (Anlage K 16, Bl. 213 d.A.), ebenso wie aus den dem Kläger bekannten Protokollen der Aufsichtsratssitzungen vom 29.04.2002 (Anlage K 15, Bl. 212 d.A.) und 18.07.2002 (Anlage K 13, Bl. 210 d.A.) ergebe, dass die Parteien jedenfalls ab dem 01.01.2003 neben dem Geschäftsführer-Dienstvertrag kein zusätzlich bestehendes Arbeitsverhältnis hätten haben wollen. Aus diesen Schriftstücken ergebe sich zudem, dass für den Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 einerseits und den 1. Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 andererseits bei der Beklagten unterschiedliche Zuständigkeiten bestanden hätten, wobei nur für letzteren neben einem Aufsichtsratsbeschluss zudem ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich gewesen sei.

Auch der Kläger sei davon ausgegangen, dass mit Ablauf des 31.12.2016 kein Anstellungsverhältnis als kaufmännischer Leiter mit der Beklagten bestanden habe. Dies ergebe sich aus der für ihn ausgerichteten öffentlichkeitswirksamen Abschiedsfeier Ende 2016 und der außergerichtlichen Geltendmachung seiner Abgeltungsansprüche für Überstunden und Urlaub (siehe Beklagtenchriftsatz vom 15.11.2017, Seite 5, Bl. 140 d.A.). Der Kläger habe selbst noch im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht am 22.02.2018 mitgeteilt, dass er von einem mit Ablauf des 3. Geschäftsführervertrages zum 31.12.2016 beendeten Arbeitsverhältnis ausgegangen sei.

Das Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter sei spätestens durch den am 02.05.2005 abgeschlossenen 2. Geschäftsführer-Dienstvertrag aufgehoben worden. Selbst wenn ein Arbeitsverhältnis fortbestanden hätte, wäre es durch die Eigenkündigung des Klägers beendet worden. Das Arbeitsverhältnis als kaufmännischer Leiter sei jedoch spätestens durch den 3. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 05.11.2015 aufgehoben worden. Selbst wenn ein ruhendes Anstellungsverhältnis als kaufmännischer Leiter fortbestanden hätte, wäre es durch die Kündigung der Beklagten vom 06.03.2017 oder 14.03.2017 beendet worden.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2018 (Bl. 583 ff. d.A.) trägt die Beklagte zudem vor, dass der Geschäftsführer der Beklagten, Herr K., am 27.11.2018 im Beisein von Frau L., der Leiterin städtische Finanzen der Stadt C-Stadt, mit den ehemaligen Aufsichtsratsmitgliedern N. und M. sowie dem ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden H. die streitgegenständlichen Vorkommnisse während ihrer Amtszeit besprochen habe. Diese hätten angegeben, dass sie sich bewusst seien, dass das Nebeneinander des Arbeitsvertrages als kaufmännischer Leiter und des 1. Dienstvertrages vom 17.03.2003 als Geschäftsführer beim Kläger im Rahmen der Vertragsverhandlungen gewollt gewesen sei. Hintergrund dessen seien bestehende Zweifel des vorherigen Geschäftsführers E. und des Aufsichtsrats an der Eignung des Klägers als Geschäftsführer gewesen. Der Aufsichtsrat habe insoweit ausschließlich die Beklagte schützen wollen, damit diese im Falle der Nichteignung des Klägers nicht plötzlich auch noch ohne kaufmännischen Leiter dastehe. Geplant gewesen sei die Fortführung der Personalunion Geschäftsführung mit kaufmännischer Leitung. Allerdings seien spätestens zum Zeitpunkt des Abschlusses des 2. Geschäftsführervertrages vom 02.05.2005 die Zweifel an der Eignung des Klägers als Geschäftsführer und kaufmännischer Leiter ausgeräumt gewesen. Spätestens mit Abschluss des 2. Geschäftsführer-

Dienstvertrages sei der Aufsichtsrat dementsprechend davon ausgegangen, dass lediglich noch ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestehe, nämlich ein Geschäftsführervertrag, da sich der Kläger inzwischen ausreichend bewährt und es keines Schutzes für die Beklagte mehr bedurft habe.

Mit dem 2. Geschäftsführer-Dienstvertrag sei dem Kläger im Vergleich zum 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag aufgrund seiner Bewährung eine 5- statt 3-jährige Vertragslaufzeit ohne ordentliches Kündigungsrecht der Beklagten angeboten worden. Auch hätten sich die Parteien überhaupt nicht mehr auf den Anstellungsvertrag bezogen. Die Parteien hätten u.a. auch in den § 3 (Bezüge) und § 4 (Nebenleistungen) wesentliche Neuregelungen im Vergleich zum 1. Geschäftsführervertrag getroffen. Die Parteien hätten daher mit Abschluss des 2. Geschäftsführervertrages den Arbeitsvertrag aufgehoben.

Am 30.11.2018 habe der seit dem 01.03.2018 tätige kaufmännische Leiter, Herr J., dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn K., erstmals mitgeteilt, dass der Kläger ihm kurz nach Dreikönig im Januar 2017 gesagt habe, dass er ganz überrascht sei, dass er ggf. doch noch als kaufmännischer Leiter angestellt sei, wovon er zum Zeitpunkt seiner Abschiedsfeier Ende 2016 nicht ausgegangen sei.

Hinsichtlich des Auflösungsantrags führt die Beklagte aus, dass eine Rückkehr des Klägers zur Beklagten absolut ausgeschlossen und unzumutbar wäre. Auflösungsgründe seien vorliegend Umstände, die das persönliche Verhältnis zum Kläger als Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung und Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den Vorgesetzten und den übrigen Arbeitnehmern betreffen. Nach objektiver Lage sei seitens der Beklagten nicht nur die Besorgnis gerechtfertigt, dass eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Kläger gefährdet sei, sondern sogar völlig ausgeschlossen erscheine. In Anbetracht der konkreten betrieblichen Umstände sei eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit nicht möglich. Ein Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sei für die Beklagte völlig unzumutbar.

In der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2018 trägt die Beklagte zudem vor, dass das Unternehmen der C. heute zwei leitende Angestellte habe, den technischen und den kaufmännischen Leiter. Das Aufgabengebiet des kaufmännischen Leiters setze sich aus den

Themenschwerpunkten Rechnungswesen mit Nebenbuchhaltungen, Energiewirtschaftliche Prozesse (Marktkommunikation), Messstellenbetrieb, Realwirtschaft und Kundenservice zusammen. Das Gehaltsgefüge des kaufmännischen Leiters bewege sich bei einem Jahreseinkommen von € xx.xxx,xx. Die Aufgabe des kaufmännischen Leiters werde in einem hohen Maße selbständig abgewickelt, in einem erweiterten Verständnis von Geschäftsleitung (Management-Team). Das Gehalt des technischen Leiters bewege sich etwas oberhalb des kaufmännischen Leiters (Größenordnung 10 % – 20 % höher).

Das Gericht hat Beweis erhoben hinsichtlich der streitigen Behauptung des Klägers, dass im Gespräch zwischen dem Kläger und Herrn E. am 18.04.2002 ausdrücklich klargestellt worden sei, dass die Arbeitnehmerstellung des Klägers immer Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses zwischen den Parteien habe sein sollen, durch Einvernahme des Zeugen E. (vgl. Sitzungsprotokoll vom 10.12.2018, Bl. 652 ff. d.A.).

Wegen des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird Bezug genommen auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen vom 06.02.2017 (Bl. 17 ff. d.A.), 08.03.2017 (Bl. 40 ff. d.A.), 17.03.2017 (Bl. 54 ff. d.A.), 11.04.2017 (Bl. 61 ff. d.A.), 10.05.2017 (Bl. 99 f. d.A.), 11.05.2017 (Bl. 86 ff. d.A.), 23.08.2017 (Bl. 112 f. d.A.), 06.09.2017 (Bl. 116 f. d.A.), 15.11.2017 (Bl. 136 ff. d.A.), 19.12.2017 (Bl. 171 f. d.A.), 02.01.2018 (Bl. 196 ff. d.A.), 07.02.2018 (Bl. 227 ff. d.A.) und 13.03.2018 (Bl. 361 ff. d.A.), die zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze vom 14.05.2018 (Bl. 389 d.A.), 16.05.2018 (Bl. 406 d.A.), 24.05.2018 (Bl. 409 d.A.), 13.06.2018 (Bl. 412 d.A.), 11.07.2018 (Bl. 413 ff. d.A.), 16.08.2018 (Bl. 445 d.A.), 17.08.2018 (Bl. 446 d.A.), 07.09.2018 (Bl. 463 ff. d.A.), 05.11.2018 (Bl. 479 ff. d.A.), 29.11.2018 (Bl. 581 f. d.A.), 30.11.2018 (Bl. 583 ff. d.A.) und 08.01.2019 (Bl. 665 ff. d.A.) 08.01.2019 (Bl. 664 ff. d.A.), 28.01.2019 (Bl. 713 ff. d.A.) und 30.01.2019 (Bl. 817 d.A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 21.03.2017 (Bl. 52 f. d.A.), 22.02.2018 (Bl. 357 f. d.A.), 08.11.2018 (Bl. 546 ff. d.A.), 10.12.2018 (Bl. 652 ff. d.A.).

## Entscheidungsgründe:

### I.

Die Berufung ist zulässig.

1. Sie ist nach § 64 Abs. 1, 2 Buchst. c ArbGG statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 519 Abs. 2, 520 Abs. 3, 222 ZPO. Die Schriftform der Berufungseinlegung wurde jedenfalls mit dem zweiten Schriftsatz der Beklagten vom 16.05.2018, der die vollständige Unterschrift des Prozessbevollmächtigten des Klägers enthält, gewahrt.

2. Die Klage ist bezüglich der Kündigungsschutzanträge zulässig. Die Rechtswirksamkeit der in der Berufungsinstanz noch streitgegenständlichen Kündigungen wird nicht nach § 7 KSchG fingiert. Der Kläger hat gegen die Kündigung vom 06.03.2017 mit der am 14.03.2017 zugestellten Klageerweiterung vom 08.03.2017 rechtzeitig i.S.d. § 4 Satz 1 KSchG Klage erhoben. Gegen die Kündigung vom 14.03.2017 hat er mit der am 21.03.2017 zugestellten Klageerweiterung vom 17.03.2017 ebenfalls rechtzeitig Klage erhoben.

3. Für den allgemeinen Feststellungsantrag zu Ziffer 4. fehlte auch bei Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 10.12.2018 das Rechtsschutzbedürfnis, weshalb dieser unzulässig ist. Voraussetzung für eine Klage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ist das Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der beantragten Feststellung. Anders als bei einer Leistungs- und Gestaltungsklage kann bei der Feststellungsklage nicht davon ausgegangen werden, dass das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel vorliegt, sondern es muss stets nachgewiesen werden. Diesen Nachweis hat der Kläger nicht erbracht, da über die konkret angegriffenen Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 hinaus weitere Kündigungstatbestände nicht vorgetragen werden. Insoweit war die Klage, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, als unzulässig abzuweisen.

## II.

Die Berufung ist in der Sache begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage hinsichtlich der Kündigungsschutzanträge zu Unrecht abgewiesen. Der Anstellungsvertrag der Parteien vom 30.04./05.05.2002 wurde durch die am 17.03.2003, 02.05.2005 und 05.11.2015 abgeschlossenen Geschäftsführer-Dienstverträge nicht beendet. Vielmehr lebte der während der Zeit des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses ruhende Arbeitsvertrag ab 01.01.2017 mit Beendigung des 3. Geschäftsführervertrages zum 31.12.2016 wieder auf. Die Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 sind wegen fehlender Beteiligung des Betriebsrates gem. § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Deshalb war das Urteil des Arbeitsgerichts hinsichtlich der zulässigen Klage abzuändern und den Kündigungsschutzanträgen stattzugeben.

1. Der Kläger hat gegen die beiden Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 Kündigungsschutzklage erhoben. Eine Kündigungsschutzklage ist nur begründet, wenn zum Zeitpunkt der mit der Kündigung beabsichtigten Beendigung des Rechtsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Andernfalls kann nicht festgestellt werden, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, NZA 2006, 1154, Rn. 14; Urteil vom 20.09.2000 – 5 AZR 271/99, NZA 2001, 210, Rn. 12). Hat kein Arbeitsverhältnis bestanden, ist die Klage – ohne dass es auf die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung noch ankäme – als unbegründet abzuweisen (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, a.a.O.; Urteil vom 20.09.2000 – 5 AZR 271/99, a.a.O., Rn. 12).

2. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 bestand zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis. Die Auslegung (§§ 133, 157 BGB) des Anstellungsvertrages vom 30.04.2002/05.05.2002 und des 1. Geschäftsführervertrages vom 17.03.2003 sowie der weiteren Dienstverträge vom 02.05.2005 und 05.11.2015 ergibt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch den 1. Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 noch durch einen der beiden weiteren abgeschlossenen Geschäftsführerverträge beendet wurde. Dies ergibt sich aus dem Willen der vertragsschließenden Parteien, der in den Verträgen deutlich zum Ausdruck gebracht wurde sowie aus dem Sinn und Zweck der Verträge.

**a)** Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt in dem Abschluss eines Geschäftsführervertrags durch einen angestellten Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen. Dem Arbeitnehmer muss im Regelfall klar sein, dass er, wenn anderes nicht vereinbart wird, mit dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags seinen Status als Arbeitnehmer aufgibt. Die vertraglichen Beziehungen werden auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage verliert ihre Bedeutung. Eine andere Auslegung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, für die zumindest deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssen (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, NZA 2006, 1154, Rn. 18, m.w.N.; BAG, Beschluss vom 03.02.2009 – 5 AZB 100/08, NZA 2009, 669, Rn. 8; BAG, Urteil vom 07.10.1993 – 2 AZR 260/93, NZA 1994, 212). Hierzu zählt etwa die nur für eine kurze Zeit befristete Übertragung der Geschäftsführerstellung bei sonst unveränderten Vertragsbedingungen. Dagegen spricht z.B. die Verbesserung der Vergütung in dem Geschäftsführerverhältnis gegen ein ruhend gestelltes Arbeitsverhältnis (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, a.a.O., m.w.N.). Für die Beurteilung des Parteiwillens können ferner die Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen und die Gründe der Geschäftsführerbestellung von Bedeutung sein (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, a.a.O., Rn. 18). Die Vermutungsregelung, dass durch Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrages zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber zugleich das bisherige Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Beginns des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses aufgelöst wird, gilt nicht, soweit klar und eindeutig etwas anderes vertraglich vereinbart worden ist (vgl. BAG, Urteil vom 19.07.2007 – 6 AZR 774/06, NZA 2007, 1095, Rn. 10). Ein einvernehmlich aufgehobenes Arbeitsverhältnis lebt nicht wieder auf, wenn der ehemalige Arbeitnehmer als Geschäftsführer abberufen wird (vgl. BAG, Urteil vom 14.06.2006 – 5 AZR 592/05, a.a.O., m.w.N.).

**b)** Unter Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze kann die vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Vermutungsregel auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden. Es liegen hier besondere, vom Kläger dargelegte Umstände vor, die erkennen lassen, dass nach dem übereinstimmenden Willen der vertragsschließenden Parteien das Arbeitsverhältnis neben dem Dienstverhältnis ruhend fortbestehen und bei Beendigung der Tätigkeit als Geschäftsführer wiederaufleben sollte. Dieser Wille der Parteien wurde auch klar und

deutlich in den abgeschlossenen Verträgen zum Ausdruck gebracht. Dass die Parteien zu Beginn ihrer Zusammenarbeit den ausdrücklichen Willen hatten, zwei parallele Verträge abzuschließen und diese Vertragskonstruktion auch seitens des Aufsichtsrates der Beklagten gebilligt wurde, war zuletzt nicht mehr streitig. Streitig geblieben ist jedoch die Frage, ob dieser Parteiwille in den abgeschlossenen Verträgen klar und eindeutig zum Ausdruck gekommen ist und ob der abgeschlossene Arbeitsvertrag durch den 1. Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003, den 2. Geschäftsführervertrag vom 02.05.2005 oder den 3. Geschäftsführervertrag vom 05.11.2015 oder durch die Eigenkündigung des Klägers vom 29.06.2015 beendet worden ist.

**aa)** Nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht München vom 08.11.2018 und der Verkündung eines Beweisbeschlusses zur Einvernahme des Zeugen E. hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 27.11.2018 ergänzend vorgetragen, dass der Geschäftsführer der Beklagten, Herr K., im Beisein von Frau L., der Leiterin städtische Finanzen der C-Stadt, mit den ehemaligen Aufsichtsratsmitgliedern N. und M., sowie dem ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden H. die streitgegenständlichen Vorkommnisse während deren Amtszeit besprochen habe. Diese hätten angegeben, dass sie sich bewusst gewesen seien, dass das Nebeneinander des Arbeitsvertrages als kaufmännischer Leiter und des 1. Dienstvertrages als Geschäftsführer beim Kläger im Rahmen der Vertragsverhandlungen gewollt gewesen sei. Die von der Beklagten vorgetragene Hintergründe dieser Vertragsgestaltung – bestehende Zweifel des vorherigen Geschäftsführers E. und des Aufsichtsrats an der Eignung des Klägers als Geschäftsführer – sind streitig. Die Beklagte führte zudem auch aus, dass der Aufsichtsrat insoweit ausschließlich die Beklagte habe schützen wollen, damit diese im Falle der Nichteignung des Klägers nicht plötzlich auch noch ohne kaufmännischen Leiter dastehe. Geplant gewesen sei schließlich die Fortführung der Personalunion Geschäftsführung mit kaufmännischer Leitung. Allerdings seien spätestens zum Zeitpunkt des Abschlusses des 2. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 02.05.2005 die Zweifel an der Eignung des Klägers als Geschäftsführer und kaufmännischer Leiter ausgeräumt gewesen. Der Aufsichtsrat sei dementsprechend mit Abschluss des 2. Geschäftsführervertrages davon ausgegangen, dass nur noch ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestehe, nämlich ein Geschäftsführervertrag, da sich der Kläger inzwischen ausreichend bewährt habe und es keines Schutzes für die Beklagte mehr bedürft habe.

**bb)** Der Wille der Parteien, zwei parallele Verträge – nämlich einen Arbeitsvertrag und einen Dienstvertrag – abzuschließen, wurde im Rahmen der durchgeführten Einvernahme des Zeugen E. zur Überzeugung des Gerichts bewiesen und ist von der Beklagten bezüglich eines entsprechenden Willens des Aufsichtsrats auch bestätigt worden.

**(1)** Nach dem zuletzt erfolgten eigenen Vortrag der Beklagten – siehe II. 2. b) aa) – waren sich die ehemaligen Aufsichtsratsmitglieder bewusst, dass das Nebeneinander des Arbeitsvertrages als kaufmännischer Leiter und des 1. Dienstvertrages als Geschäftsführer beim Kläger im Rahmen der Vertragsverhandlungen gewollt gewesen sei. Entsprechend dem Protokoll der Aufsichtsratsitzung vom 29.04.2002 (vgl. Anlage K 15, Bl. 212 d.A.) haben u.a. die Herren H. (damals Aufsichtsratsvorsitzender und 1. Bürgermeister) und N. (damals Aufsichtsratsmitglied) an dieser Sitzung – neben dem bisherigen Geschäftsführer der Beklagten, Herrn E. – teilgenommen. In dieser Sitzung hat der Aufsichtsrat den Anstellungsvertrag für den neuen Geschäftsführer beraten und die Geschäftsführung – zum damaligen Zeitpunkt Herr E. – beauftragt, diesen Vertrag – nach Einarbeitung der getroffenen Änderungen – mit dem Kläger abzuschließen. Zudem wurde am gleichen Tag der Dienstvertrag vorberaten und grundsätzlich akzeptiert. Am 18.07.2002 hat der Aufsichtsrat in seiner Sitzung, an der unter anderem die Herren H. und M. (damals Aufsichtsratsmitglied) – neben dem bisherigen Geschäftsführer der Beklagten, Herrn E. – teilgenommen haben, den Dienstvertrag abschließend beraten und beschlossen. Nach der Billigung dieser 2-Verträge-Konstruktion durch den Aufsichtsrat wurden die Verträge von dem damaligen Geschäftsführer Herrn E. an den Kläger mit Schreiben vom 30.04.2002 übersandt mit der Bitte, den Anstellungsvertrag zu unterzeichnen. Dies ist am 05.05.2002 erfolgt.

**(2)** Nach dem Willen der Parteien sollten die kaufmännischen Aufgaben stets Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses sein. Dies wurde u.a. vom Zeugen E. in der „*Gesprächsunterlage zum Treffen mit Herrn A. am 18.04.2002*“ festgehalten. Zweck des Anstellungsvertrages als kaufmännischer Leiter war es, dass, wenn der Geschäftsführer-Dienstvertrag wegfalle, auf Basis des Anstellungsvertrages als kaufmännischer Leiter weitergearbeitet werden könne und die Beklagte nicht mit dem Geschäftsführer zugleich auch den kaufmännischen Leiter verliert. Zu dem Anstellungsvertrag als kaufmännischer Leiter sollte als Ergänzung der Dienstvertrag als Geschäftsführer abgeschlossen werden. Dies steht fest aufgrund der Aussage des Zeugen E. (vgl. Protokoll vom 10.12.2012, Bl. 654 ff.

d. A.). Der Zeuge war in seinen Aussagen widerspruchsfrei und glaubwürdig. Es wurden keine Umstände ersichtlich, die gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen sprechen. Auch wenn Herr E. im Zusammenhang mit seiner Benennung als Zeuge Kontakt mit dem Kläger hatte und von diesem auch diverse Unterlagen wie den Arbeitsvertrag, den Geschäftsführer-Dienstvertrag und die „*Gesprächsunterlage zum Treffen mit Herrn A. am 18.04.2002*“ erhalten hat, bestehen keine Bedenken, dass der Zeuge seine Aussage nicht frei und unbeeinflusst gemacht haben könnte. Der Zeuge hat den Erhalt der Unterlagen von Seiten des Klägers aufgrund entsprechender Nachfragen bei seiner Einvernahme sofort offengelegt und glaubhaft versichert, dass der Kläger ihn nicht beeinflusst habe. Der Zeuge war der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten und Vorgänger des Klägers. Er machte nicht den Eindruck, „im Lager“ des Klägers zu stehen. Aufgrund des langen Zeitraums, der seit den damaligen Vertragsverhandlungen vergangen ist, spricht auch nichts dagegen, dass der Zeuge Einblick in die damaligen, von ihm erstellten Vertragsunterlagen nimmt, um sein Erinnerungsvermögen zu unterstützen; aus Sicht der Kammer wurde die Glaubwürdigkeit seiner Aussage dadurch jedenfalls nicht beeinträchtigt.

**cc)** In dem am 30.04. bzw. 05.05.2002 unterzeichneten Arbeitsvertrag und in dem am 17.03.2003 abgeschlossenen 1. Dienstvertrag ist der Parteiwille, zwei parallele Verträge abzuschließen, hinreichend klar und deutlich zum Ausdruck gebracht worden.

**(1)** Neben dem Abschluss eines Arbeitsvertrags wurde in Ziffer 1.1 des Anstellungsvertrages bereits geregelt, dass vorgesehen sei, dem Kläger ab dem 01.01.2003 die Geschäftsführung der Beklagten zu übertragen. Im nächsten Satz heißt es dann: „*Dazu wird in Ergänzung dieses Vertrages ein Dienstvertrag abgeschlossen.*“ Bereits die Verwendung des Begriffs „*Ergänzung*“ zeigt klar und deutlich, dass – entsprechend dem tatsächlich vorhandenen Parteiwillen – von einer Koexistenz von Dienstvertrag und Arbeitsvertrag ab Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages auszugehen ist. Wenn die Parteien formulieren, dass der zuerst abgeschlossene Arbeitsvertrag durch den später abgeschlossenen Dienstvertrag „*ergänzt*“ werden soll, wird damit durch den Wortlaut deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der spätere Dienstvertrag den früheren Arbeitsvertrag gerade nicht ablösen, ersetzen oder verdrängen soll, sondern zu der bereits bestehenden Vertragslage hinzutritt. Der Kläger verweist zurecht darauf, dass der Begriff „*Ergänzung*“ nach dem Duden ein *Hin-*

zufügen oder auch *Erweitern* oder *Vervollständigen* meint. Das *Hinzutreten* des Dienstvertrages zeigt sich auch darin, dass in § 1 Ziffer 1 Satz 1 nur auf die Einstellung des Klägers als kaufmännischer Leiter Bezug genommen wird, ohne die Tätigkeit als kaufmännischer Leiter nochmals – wie in Ziffer 1.5 des Anstellungsvertrages („1.5 Herr A. hat alle Aufgaben eines kaufmännischen Leiters einschließlich der Erstellung der Jahresabschlüsse zu übernehmen. Der Aufgabenkreis kann durch die Firma je nach den betrieblichen Erfordernissen erweitert oder beschränkt werden.“) – inhaltlich näher zu beschreiben. Dies war, wenn man von zwei sich überdeckenden Verträgen ausgeht, nicht erforderlich. Hinsichtlich der Vergütung wird im ergänzenden 1. Dienstvertrag – wie auch schon im Arbeitsvertrag – die Gesamtvergütung des Geschäftsführers geregelt, die allerdings das Gehalt des kaufmännischen Leiters lediglich um 500,00 € brutto übersteigt. Diese nur geringe Erhöhung des Gehalts für die Tätigkeit als Geschäftsführer und kaufmännischer Leiter zeigt, dass die Tätigkeit als kaufmännischer Leiter den Schwerpunkt der Geschäftsführertätigkeiten ausmachte. Wenn zwei, sich weitgehend überlappende Verträge existieren, können diese nicht gleichzeitig erfüllt werden, sondern es wird vielmehr nur der zuletzt abgeschlossene Vertrag tatsächlich umgesetzt – auch wenn für die Aufgabenbeschreibung des kaufmännischen Leiters auf den Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 zurückgegriffen werden muss – während der früher abgeschlossene Arbeitsvertrag ruht. Nur mit dem Ruhen dieses Vertrages und seinem eventuellen Wiederaufleben bei Beendigung des Dienstvertrages kann der mit dem unbefristeten Anstellungsvertrag beabsichtigte Zweck, nämlich die Möglichkeit, den Arbeitnehmer auch nach einer etwaigen Abberufung von der Geschäftsführerposition auf Basis des Anstellungsvertrages als kaufmännischen Leiter weiter zu beschäftigen, um einen gleichzeitigen Verlust von Geschäftsführer und kaufmännischem Leiter zu vermeiden, erreicht werden.

**(2)** Das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis diene nicht lediglich der Erprobung des Klägers für die von Anfang an in Aussicht genommene Tätigkeit als Geschäftsführer. Anhaltspunkte für eine Vermutung, dass mit dem Abschluss des Geschäftsführervertrages vom 17.03.2003 das vorhergehende (Probe-)Arbeitsvertragsverhältnis von den Parteien als gegenstandslos angesehen wurde, liegen nicht vor. Vielmehr wird in Ziffer 1.3 ausdrücklich geregelt, dass, sofern das Arbeitsverhältnis während der 6-monatigen Probezeit nicht gekündigt wird, es als unbefristet abgeschlossen gilt. Da zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages bereits die spätere Übertragung der Geschäftsführung zum 01.01.2003 in

Aussicht gestellt wurde, hätte es einer Regelung betreffend den unbefristeten Abschluss des Arbeitsvertrages nicht bedurft, wenn dieser Vertrag spätestens mit Ablauf der Probezeit aufgrund des Geschäftsführervertrags hätte beendet werden sollen. Die Regelung in Ziffer 1.3 macht deutlich, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade nicht beabsichtigt war. Bestätigt wird dieses Ergebnis dadurch, dass der Kläger in seinem Schreiben vom 13.04.2002 (vgl. Anlage K 19 des Berufungsbegründungsschriftsatzes vom 11.07.2018, Bl. 433 f. d.A.) ausdrücklich eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf drei Monate vorgeschlagen hatte. Da dies von der Beklagten aber nicht gewollt war, wie sich aus der Einvernahme des Zeugen E. und der Gesprächsunterlage vom 18.04.2002 ergibt, wurde der Anstellungsvertrag jedoch am 30.04. bzw. 05.05.2002 als ein mit erfolgreichem Ablauf der Probezeit unbefristeter Vertrag abgeschlossen.

**(3)** Gegen die Ablösung des Arbeitsverhältnisses durch den 1. Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 spricht auch die Regelung in der Ziffer 6. des Anstellungsvertrages sowie die dieser entsprechenden Regelung in § 8 Ziffer 6. des 1. Geschäftsführervertrages vom 17.03.2003. In diesen Ziffern wird jeweils ausdrücklich geregelt, dass das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung (erst) am Ende des Monats endet, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet. Die Regelung in Ziffer 6. des Anstellungsvertrages unterstreicht durch die Bezugnahme auf den – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erst künftig zu bestellenden – „*Geschäftsführer*“ deutlich, dass auch nach Übernahme der Geschäftsführertätigkeit und Abschluss des Dienstvertrages das Arbeitsverhältnis nicht endet, sondern weiterbesteht, längstens jedoch bis zu dem Monat, in dem der Geschäftsführer die Regelaltersgrenze erreicht. Diese Regelung wäre bei einer gewollten konkludenten Beendigung des Anstellungsvertrages durch den Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages unnötig und sinnfrei. Sowohl im 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003 als auch in dem diesen ersetzenden 2. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 02.05.2005 wurde jeweils unter § 8 Ziffer 6 nahezu wortgleich geregelt, dass das Arbeitsverhältnis unbeschadet der Regelung in § 8 Ziffer 1 (Laufzeit des Dienstvertrages) ohne Kündigung am Ende des Monats endet, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet. Hierbei handelt es sich um einen klaren und deutlichen Hinweis, dass das – entsprechend dem Auslegungsergebnis parallel existierende – Anstellungsverhältnis nicht durch den Abschluss eines Geschäftsführervertrages beendet werden sollte.

**(4)** Diesem Auslegungsergebnis steht schließlich auch nicht die Regelung in § 9 Abs. 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrages entgegen, wonach „Vereinbarungen außerhalb dieses Vertrages“ nicht geschlossen worden seien. Diese Klausel ist vielmehr dahingehend auszulegen (§§ 133, 157 BGB), dass keine Vereinbarungen außerhalb des Geschäftsführervertrages, also betreffend die Geschäftsführertätigkeit für die Beklagte, geschlossen wurden. Der zuvor abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 30.04./05.05.2002 betreffend die Tätigkeit als kaufmännischer Leiter der Beklagten blieb hiervon unberührt. Die Formulierung in § 9 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages stellt deshalb auch keinen Anhaltspunkt dafür dar, dass nicht neben diesem Geschäftsführervertrag ein weiterer Vertrag – nämlich der Arbeitsvertrag vom 30.04./05.05.2002 – parallel existiert.

**dd)** Das mit dem Anstellungsvertrag vom 30.04./05.05.2002 begründete Arbeitsverhältnis der Parteien endete deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht mit dem rückwirkend zum 01.01.2003 abgeschlossenen 1. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 17.03.2003, sondern bestand als ruhendes Vertragsverhältnis fort.

**(1)** Wie bereits unter II. 2. b) cc) (1) ausgeführt, sollte der am 17.03.2003 abgeschlossene 1. Geschäftsführervertrag ergänzend zu dem Arbeitsvertrag hinzukommen. Der Wille der Parteien, zwei parallel geltende Verträge abzuschließen, kommt in den Verträgen, wie dargelegt, auch klar und eindeutig zum Ausdruck. Die nachvollziehbare und durchdachte Absicht, das erfolgreiche Absolvieren einer sechsmonatigen Probezeit zur Voraussetzung für die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zu machen, führt gleichwohl vorliegend nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, da – gemäß der Regelung in Ziffer 1.3 des Anstellungsvertrages – mit dem erfolgreichen Absolvieren der sechsmonatigen Probezeit das Arbeitsverhältnis als unbefristet abgeschlossen gilt.

**(2)** Vielmehr ergibt die Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, dass nach der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer das Anstellungsverhältnis als ruhendes Arbeitsverhältnis fortbestehen sollte, um gegebenenfalls mit der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers, z.B. durch Abberufung, wiederaufzuleben.

**(a)** Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Zudem ist bei der

Auslegung der einem Vertragsschluss zu Grunde liegenden maßgeblichen Willenserklärungen gem. § 133 BGB der wirkliche Willen der Parteien zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Dabei sind auch außerhalb der Vereinbarung liegende Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Ebenso sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen (st. Rspr., vgl. etwa BAG, Urteil vom 10.12.2014 – 10 AZR 63/14, NZA 2015, 483).

**(b)** Da sich das Vertragsverhältnis wie im Falle der Befristungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (st. Rspr.; vgl. BAG, Urteil vom 24.02.2016 – 7 AZR 182/14, juris, Rn. 14; Urteil vom 10.03.2004 – 7 AZR 402/03, NZA 2004, 925, Rn. 15; Urteil vom 07.10.1993 – 2 AZR 260/93, a.a.O., Rn. 29) nach dem zuletzt abgeschlossenen Vertrag bestimmt, ist hier davon auszugehen, dass der zunächst abgeschlossene Arbeitsvertrag mit Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages konkludent ruhend gestellt wurde für die Laufzeit des Geschäftsführer-Vertragsverhältnisses. Dieses wurde zunächst für die Dauer von 3 Jahren abgeschlossen und sollte sich jeweils um weitere 5 Jahre verlängern, wenn es nicht fristgerecht gekündigt wird. Das einvernehmlich ruhende Arbeitsverhältnis lebt dann erst wieder auf, wenn der Geschäftsführervertrag gekündigt oder der Geschäftsführer durch Beschluss des Aufsichtsrates abberufen wird. Genau dies entsprach auch dem Sinn und Zweck der Doppelvertragskonstruktion. So würde die Beklagte mit der Beendigung des Geschäftsführervertrages nicht zwingend neben dem Geschäftsführer zugleich den kaufmännischen Leiter verlieren, sondern könnte den Arbeitnehmer trotz erfolgter Kündigung des Geschäftsführervertrages oder Abberufung als Geschäftsführer noch in der Funktion des kaufmännischen Leiters weiterbeschäftigen, z.B. bis sie einen neuen Geschäftsführer einstellt bzw. beruft, der wieder in Personalunion auch die kaufmännische Leitung übernimmt.

**(c)** Gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen auch nicht die von der Beklagten angeführten äußeren Umstände. Die im Dezember 2016 durchgeführte „Abschiedsfeier“ des Klägers ist kein in diesem Sinne zu berücksichtigender Umstand, da sie keine Rückschlüsse auf den Parteiwillen bei dem schon viel früher abgeschlossenen Geschäftsführervertrag vom 05.11.2015 oder einem der zuvor abgeschlossenen Geschäftsführer-Dienstverträge vom 17.03.2003 bzw. vom 02.05.2005 zulässt. Gleiches gilt für die außergerichtliche Geltendmachung von Abgeltungsansprüchen für Überstunden und Urlaub Ende 2016.

Es kommt rechtlich auch nicht darauf an, wie der Kläger die strittige Rechtslage bezüglich der Fortdauer seines Dienstvertrages oder seines Arbeitsvertrages einschätzte. Der Kläger hat zudem bestritten, dass der seit dem 01.03.2018 tätige kaufmännische Leiter, Herr J., dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn K., am 30.11.2018 erstmals mitgeteilt habe, dass der Kläger ihm kurz nach Dreikönig im Januar 2017 gesagt habe, dass er ganz überrascht sei, dass er ggf. doch noch als kaufmännischer Leiter angestellt sei, wovon er zum Zeitpunkt seiner Abschiedsfeier Ende 2016 nicht ausgegangen sei. Eine solche Äußerung würde auch im Widerspruch zu den vom Kläger Ende 2016 an die Beklagte übersandten Schreiben stehen. Denn mit Schreiben vom 30.12.2016 (vgl. Anlage K 20, Bl. 698 d.A.), das der Beklagten am 02.01.2017 zuging, teilte der Kläger der Beklagten mit, dass ihm nunmehr die Stelle des kaufmännischen Leiters zustehe und er sich auf eine Fortsetzung der Zusammenarbeit freue. Mit weiterem Schreiben vom 22.01.2017 (vgl. Anlage K 21, Bl. 699 d.A.), das der Beklagten am 24.01.2017 zuging, bot der Kläger erneut seine Arbeit als kaufmännischer Leiter an. Der Kläger hat damit – trotz Abschiedsfeier und unterstellter von ihm mündlich geäußelter abweichender Rechtsmeinungen – unmissverständlich schriftlich klargestellt, dass er weiterhin vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses ausgehe und dessen Erfüllung auch einfordere. Dies hat die Beklagte mit Schreiben vom 26.01.2017 (vgl. Anlage K 22, Bl. 700 d.A.) abgelehnt.

**ee)** Das seit dem Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages vom 17.03.2003 ruhende Arbeitsverhältnis der Parteien wurde auch nicht durch den 2. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 02.05.2005 beendet.

**(1)** Es kann offenbleiben, ob die Rechtsprechung des BAG zur Vermutungsregel, dass beim Abschluss eines Geschäftsführervertrags zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis konkludent aufgehoben wird, auf den Abschluss eines weiteren Geschäftsführer-Dienstvertrages überhaupt anwendbar ist. Es liegen jedenfalls hier ausreichend Anhaltspunkte dafür vor, dass der 1. Geschäftsführervertrag vom 17.03.2003 das Arbeitsverhältnis nicht beenden sollte. Ausweislich des § 8 Ziffer 1 des 2. Geschäftsführervertrages vom 02.05.2005 löste dieser den 1. Geschäftsführervertrag ab. Der 2. Geschäftsführervertrag entspricht weitgehend dem 1. Geschäftsführervertrag; um eine „*Neuregelung*“, wie die Beklagte meint, handelt es sich gerade nicht. Vielmehr wurde

der Vertrag einerseits hinsichtlich der zwischenzeitlich erfolgten Eintragung ins Handelsregister (§ 1 Ziffer 1.), der inzwischen abgeschlossenen Direktversicherung (§ 4 Ziffer 5.) und der Vertragsdauer (§ 8 Ziffer 1.) aktualisiert. Andererseits wurde – nach Überprüfung der Bezüge, welche entsprechend dem Vertrag vom 17.03.2003 vor Ablauf des 3. Jahres nach Übernahme der Geschäftsführung erfolgen sollte – die Vergütung erhöht (§ 3 Ziffer 1.) und die im 1. Geschäftsführervertrag bei Bewährung (oder entsprechender Leistung) bereits in Aussicht gestellte Zahlung einer Tantieme (§ 3 Ziffer 6.) vereinbart. Diese Aktualisierung und Ergänzung des 1. Geschäftsführervertrages lässt den ruhenden Arbeitsvertrag gänzlich unberührt. Auch im 2. Geschäftsführervertrag vom 02.05.2005 heißt es in Ziffer 6. wie bisher, dass das Arbeitsverhältnis unbeschadet der Regelungen in Ziffer 1 ohne Kündigung am Ende des Monats endet, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet. Innerhalb der Doppelkonstruktion „Arbeitsvertrag + Geschäftsführervertrag“ wurde lediglich der Geschäftsführervertrag, der inhaltlich im Wesentlichen nur aktualisiert und hinsichtlich der Vergütung verbessert wurde, ausgetauscht; die parallele Konstruktion der Verträge an sich blieb jedoch unverändert.

**(2)** Soweit der Aufsichtsrat, wie die Beklagte vorträgt, spätestens mit Abschluss des 2. Geschäftsführervertrages wegen der zwischenzeitlich erfolgten Bewährung des Klägers davon ausgegangen sei, dass nur noch ein Geschäftsführer-Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestehe, handelt es sich hierbei um die einseitige Vorstellung der Beklagten, die der Kläger nicht erkennen konnte. Eine einseitige Vorstellung einer Vertragspartei ist für die Bestimmung des Vertragsinhalts nur von Bedeutung, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2004 – VII ZR 181/02, NJW 2004, 2156). Aufgrund des beim Abschluss des 1. Geschäftsführer-Dienstvertrages bestehenden Verständnisses, dass die Anstellung als kaufmännischer Leiter immer Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses ist und das zunächst abgeschlossene Arbeitsverhältnis als ein ruhendes Vertragsverhältnis unbefristet bestehen bleibt, konnte dieses Arbeitsverhältnis nicht stillschweigend – durch einen einseitigen Parteiwillen – aufgehoben werden, sondern es hätte hierfür einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft. Eine solche Regelung wurde in dem Vertrag vom 02.05.2005 nicht getroffen.

**ff)** Das Anstellungsverhältnis der Parteien wurde auch nicht durch die Eigenkündigung des Klägers vom 29.06.2015 beendet.

Ausweislich des Wortlautes des Kündigungsschreibens vom 29.06.2015 kündigte der Kläger ausschließlich „den Dienstvertrag vom 02.05.2005 zum 31.12.2015“. Zudem führte er zur Begründung aus: „*Da der Dienstvertrag vom 2. Mai 2005 eine weitere Verlängerung um fünf Jahre vorsieht, wenn nicht bis zum 30.06.2015 gekündigt wurde, ist es rein rechtlich gesehen erforderlich, dass ich bis zum 30.06.2015 kündige, damit eine Verlängerung meines Dienstvertrages zu den Konditionen, wie sie 2005 festgelegt wurden, nicht um weitere fünf Jahre eintritt.*“ Aus dem Wortlaut des Kündigungsschreibens sowie der Begründung ergibt sich unmissverständlich, dass der Kläger nur den Dienstvertrag kündigen wollte. Das Anstellungsverhältnis der Parteien wurde deshalb von der Eigenkündigung des Klägers nicht berührt. Zudem endete das Dienstverhältnis auch nicht aufgrund der Eigenkündigung des Klägers, sondern die Parteien schlossen nach Vertragsverhandlungen am 05.11.2015 einen weiteren Dienstvertrag, mit dem sie das Wiederaufleben des vom Kläger gekündigten Dienstvertrages vom 02.05.2005 bis zum 31.12.2016 vereinbarten sowie insbesondere, dass sie sich verpflichten, Verhandlungen zu führen um einen Dienstvertrag bis spätestens 31.05.2016 vorzulegen. Unter Ziffer 3. des 3. Dienstvertrages vom 05.11.2015 wurde ausdrücklich vereinbart, dass sofern ein Einvernehmen nicht erzielt worden sein sollte, der „*Dienstvertrag gemäß § 8*“ zum 31.12.2016 endet.

**gg)** Ein Parteiwille, den ruhenden Anstellungsvertrag aufheben zu wollen, kann auch dem 3. Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 05.11.2015 nicht entnommen werden.

**(1)** Mit dem 3. Geschäftsführervertrag wurde der Dienstvertrag vom 02.05.2005 wieder in Kraft gesetzt. Die Parteien verpflichteten sich zudem Verhandlungen zu führen, um einen neuen Dienstvertrag bis spätestens 31.05.2016 vorzulegen. Die Verhandlungsergebnisse sollten rückwirkend zum 01.01.2016 zur Geltung gebracht werden. Die Sätze 1 und 2 des § 8 Abs. 1 des Dienstvertrages vom 02.05.2005 wurden durch den Satz „Der Vertrag läuft bis zum 31.12.2016.“ ersetzt. Somit wurde durch den 3. Geschäftsführervertrag vom 05.11.2015 auch die Regelung in § 8 Ziffer 6. wieder in Kraft gesetzt, wonach das Arbeitsverhältnis unbeschadet der Regelung in § 8 Ziffer 1. ohne Kündigung erst am Ende des Monats endet, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendete. Aufgrund der

Vertragsverhandlungen wurde zwar ein neuer Geschäftsführer-Dienstvertrag erstellt, der auch vom Aufsichtsrat gebilligt wurde. Dieser hätte jedoch am 06.04.2016 durch den Stadtrat genehmigt werden müssen, was nicht erfolgt ist. Da somit gemäß Ziffer 3. des 3. Geschäftsführervertrag vom 05.11.2015 ein Einvernehmen über einen neuen Dienstvertrag bis spätestens 31.05.2016 nicht erzielt worden ist, endete vereinbarungsgemäß der „Dienstvertrag gemäß § 8“ zum 31.12.2016.

**(2)** Im Rahmen der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) kann ohne entsprechende Anhaltspunkte in dem 3. Geschäftsführervertrag vom 05.11.2015 nicht angenommen werden, dass das bislang ruhende Arbeitsverhältnis zugleich mit dem Ende des Dienstvertrages zum 31.12.2016 beendet werden sollte. Sinn und Zweck der doppelten Vertragskonstruktion war zudem, den Arbeitnehmer auch nach einer etwaigen Abberufung von der Geschäftsführerposition auf Basis des Anstellungsvertrages als kaufmännischen Leiter weiter beschäftigen zu können, um einen gleichzeitigen Verlust des Geschäftsführers und des kaufmännischen Leiters zu vermeiden. Dieser Zweck ist mit dem 3. Geschäftsführervertrag nicht entfallen. Anhaltspunkte hierfür liegen nicht vor, insbesondere wurde ein etwaiger dahingehender Parteiwille nicht in dem 3. Geschäftsführervertrag zum Ausdruck gebracht. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte deshalb nicht konkludent mit Abschluss des 3. Geschäftsführervertrages, sondern hätte entweder ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart werden oder durch eine wirksame Kündigung seitens der Beklagten erfolgen müssen.

**hh)** Somit lebte das Arbeitsverhältnis der Parteien nach der vom LG Landshut rechtskräftig festgestellten Beendigung des Geschäftsführervertrages zum 31.12.2016 wieder auf mit der Folge, dass ab 01.01.2017 und somit auch zum Zeitpunkt der von der Beklagten am 06.03.2017 ausgesprochenen ersten Kündigung noch ein Arbeitsverhältnis der Parteien bestanden hat.

**3.** Die streitgegenständlichen Kündigungen der Beklagten vom 06.03.2017 und 14.03.2017 sind jeweils wegen der fehlenden Beteiligung des Betriebsrates unwirksam.

**a)** Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Eine Kündigung ist aber nicht nur dann unwirksam,

wenn die Arbeitgeberin gekündigt hat, ohne den Betriebsrat zuvor überhaupt angehört zu haben, sondern auch dann, wenn die Arbeitgeberin ihrer Unterrichtungspflicht entweder nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug, oder bewusst irreführend nachgekommen ist (st. Rspr; BAG, Urteil vom 06.02.1997 – 2 AZR 265/96, NZA 1997, 656, Rn. 18). Der notwendige Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG richtet sich nach Sinn und Zweck der Anhörung. Dieser besteht darin, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht, das heißt gegebenenfalls zu Gunsten des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber einzuwirken. Die Anhörung soll dem Betriebsrat nicht die selbstständige – objektive – Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern gegebenenfalls eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (vgl. BAG, Urteil vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, NZA 2016, 99, Rn. 14; BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476, Rn. 22).

**b)** Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist deshalb grundsätzlich subjektiv determiniert (vgl. BAG, Urteil vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, a.a.O., Rn. 15; BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, a.a.O., Rn. 14). Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die ihren Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben (vgl. BAG, Urteil vom 16.07.2015, a.a.O.; Urteil vom 23.10.2014, a.a.O.). Diese Mitteilung ist hier nicht erfolgt. Die Beklagte hat den Betriebsrat nicht beteiligt, so dass dieser keine Möglichkeit hatte, die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der angeführten betriebs- und verhaltensbedingten Kündigungsgründe zu überprüfen und gegebenenfalls zu Gunsten des Klägers auf die Beklagte einwirken zu können. Die Kündigungen sind wegen Fehlens der Betriebsratsanhörung unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

**c)** Die Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG war hier – entgegen der Auffassung der Beklagten – auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Kläger in der Funktion des kaufmännischen Leiters als leitender Angestellter i.S.d. § 5 Abs. 3 und Abs. 4 BetrVG einzuordnen wäre.

**aa)** Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist leitender Angestellter, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb (1.) zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder (2) Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum

Arbeitgeber nicht unbedeutend ist oder (3.) regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere aufgrund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein. Die Voraussetzungen liegen vor, wenn nur einer der drei Tatbestände (1.) bis (3.) erfüllt ist. Die Funktionen müssen aufgrund des Arbeitsvertrags wahrgenommen werden. Die Hervorhebung des Arbeitsvertrags hat die Bedeutung, dass sich bereits aus der vertragsrechtlichen Gestaltung die Funktionen des leitenden Angestellten ergeben müssen. Nicht erforderlich ist, dass die genannten Aufgaben und Befugnisse im Arbeitsvertrag schriftlich niedergelegt sind; es genügen auch entsprechende mündliche Abreden (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 17. Auflage 2017, § 212 Rn. 23). Der leitende Angestellte muss nicht nur im Außenverhältnis die ihm übertragenen Funktionen wahrnehmen können, sondern auch im Verhältnis zum Arbeitgeber berechtigt sein, von ihnen Gebrauch zu machen. Erforderlich ist weiterhin, dass er die vertraglich eingeräumte Rechtsposition auch tatsächlich ausübt (vgl. Schaub, a.a.O., Rn. 24). Die vorübergehende Nichtausübung der Funktionen aufgrund einer längeren Freistellung ist für die Statusbeurteilung ohne Bedeutung (vgl. Schaub, a.a.O., Rn. 24). Ein Arbeitnehmer kann aber nur dann und so lange leitender Angestellter sein, wie er tatsächlich nach innen und außen die Aufgaben und Befugnisse ausübt, die seinen Status als leitenden Angestellten begründen (vgl. Arbeitsgericht München, Urteil vom 26.08.2004 – 28 Ca 12794/03, juris). Die bloß formale Übertragung von Aufgaben und Befugnissen im – unverändert gebliebenen – Arbeitsvertrag reicht nicht aus.

**bb)** Nach dem 01.01.2017 wurde dem Kläger trotz seiner Aufforderungsschreiben vom 30.12.2016 und 22.01.2017 von Seiten der Beklagten keine Leitungsfunktion mehr übertragen. Nachdem der Kläger 14 Jahre lang als Geschäftsführer der Beklagten im Rahmen eines Geschäftsführervertrages tätig war und ihm in dieser Position auch die Funktion des kaufmännischen Leiters oblag, da der Angestelltenvertrag ruhte, übte er diese Funktion bis zu seiner Abberufung als Geschäftsführer Ende 2016 nicht auf der Grundlage des Angestelltenvertrages vom 30.04./05.05.2002 aus. Es liegt insoweit keine nur vorübergehende

Freistellung des Klägers von der Funktion des kaufmännischen Leiters vor, die für die Statusbeurteilung möglicherweise ohne Bedeutung wäre (vgl. Schaub, a.a.O.). Mangels Zuweisung einer entsprechenden Funktion als leitender Angestellter übte der Kläger eine solche Tätigkeit seit dem 01.01.2017 tatsächlich nicht aus, so dass ein Status des Klägers als leitender Angestellter zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigungen am 06.03.2017 und 14.03.2017 nicht festgestellt werden kann.

**cc)** Aber auch wenn auf die Tätigkeit des Klägers vor der Berufung zum Geschäftsführer der Beklagten mit Wirkung ab 01.10.2002 abzustellen wäre, ist der Kläger nicht als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG einzuordnen. Dies ist mit Blick auf die Tätigkeit des Klägers im Zeitraum vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 zu beurteilen. Zwar wurde der 1. Geschäftsführervertrag erst am 17.03.2003 abgeschlossen. Jedoch wurde der Kläger durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 04.12.2002 rückwirkend zum 01.01.2003 als Geschäftsführer bestellt. Ab diesem Zeitpunkt war der Kläger nicht mehr ausschließlich in der Funktion des kaufmännischen Leiters tätig, sondern bereits bestellter Geschäftsführer. Maßgebend ist deshalb der (kurze) Zeitraum vom 01.10.2002 bis 31.12.2002, in dem der Kläger ausschließlich als kaufmännischer Leiter bei der Beklagten tätig war.

**(1)** Der Kläger war nach Arbeitsvertrag und Stellung im Betrieb der Beklagten als kaufmännischen Leiter unstreitig nicht zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt, § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG.

**(2)** Dem Kläger war unstreitig weder Generalvollmacht noch Prokura erteilt worden, § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG.

**(3)** Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Kläger im Zeitraum vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 regelmäßig sonstige Aufgaben im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG wahrnahm, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens der Beklagten von Bedeutung waren und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt. Die Beklagte hat insoweit lediglich mit Schriftsatz vom 07.02.2018 vorgetragen, dass der Kläger ausweislich des Arbeitsvertrages alle Aufgaben eines kaufmännischen Leiters einschließlich der Erstellung der Jahresabschlüsse zu übernehmen habe.

Inwieweit diese Aufgaben für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens der Beklagten von Bedeutung waren und inwiefern deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Wesentliche Voraussetzungen für das Vorliegen von Aufgaben i.S.d. § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG hat die Beklagte somit nicht dargelegt und sind auch nicht ersichtlich.

**(4)** Nach § 5 Abs. 4 BetrVG ist im Zweifel leitender Angestellter, wer (1.) aus Anlass der letzten Wahl des Betriebsrats den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist oder (2.) einer Leitungsebene angehört, auf der in dem Unternehmen überwiegend leitende Angestellte vertreten sind, oder (3.) ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen üblich ist, oder (4.) falls auch bei der Anwendung der Nummer 3. noch Zweifel bleiben, ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das das Dreifache der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch überschreitet. Die Auslegungsregel des § 5 Abs. 4 BetrVG darf nur bei rechtlich erheblichen Zweifeln herangezogen werden, also nur wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen nicht aufgeklärt werden können und beide Auslegungsergebnisse gut vertretbar und begründbar erscheinen (vgl. Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 5, Rn. 424). Abs. 4 ist danach nur eine „Orientierungshilfe in Grenzfällen“ (vgl. Fitting, a.a.O., § 5, Rn. 423). Ein solcher liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr hat die Beklagte nicht ausreichend substantiiert zu einer Stellung des Klägers als leitender Angestellter, insbesondere i.S.d. § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG vorgetragen. Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2018 zudem vorträgt, dass das Unternehmen der C. heute zwei leitende Angestellte habe, den technischen und den kaufmännischen Leiter, ist dies irrelevant, da es nicht auf die heutige Situation ankommt; diese spielt für den Kündigungszeitpunkt im März 2017 keine Rolle. Ein Status des Klägers als leitender Angestellter kann, wie oben ausgeführt, weder zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigungen am 06.03.2017 und 14.03.2017 festgestellt werden noch im Zeitraum seiner Beschäftigung als kaufmännischer Leiter vom 01.10.2002 bis 31.12.2002.

**d)** Da die Kündigungen bereits wegen nicht erfolgter Beteiligung des Betriebsrats unwirksam sind, kommt es auf die Frage, ob die Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 auf Basis der von der Beklagten vorgetragenen betriebs- und verhaltensbedingten Kündigungsgründe sozial gerechtfertigt sind, nicht an.

### III.

Keinen Erfolg hat der in der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2018 gestellte Auflösungsantrag der Beklagten.

1. Der Auflösungsantrag ist zulässig. Er konnte von der Beklagten erstmals unmittelbar vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 30.11.2018 gestellt werden.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG können beide Arbeitsvertragsparteien den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz stellen. Aufgrund dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist die nachträgliche Stellung des Auflösungsantrages – noch während der Anhängigkeit des Kündigungsschutzprozesses – keine von der Einwilligung des Prozessgegners oder der Sachdienlichkeit abhängige Klageänderung nach § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 263, 533 ZPO und kann auch nicht nach §§ 67, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 296, 530, 531 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden (vgl. BAG, Urteil vom 09.10.1997 – 2 AZR 32/97, juris, Rn. 21; LAG Niedersachsen, Urteil vom 04.06.2004 – 10 Sa 198/04, juris, Rn. 77).

2. Der Auflösungsantrag ist jedoch unbegründet.

a) Das Gericht hat gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen.

Der Arbeitgeber kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses lediglich im Zusammenhang mit einer unwirksamen ordentlichen Kündigung und auch insoweit nur beantragen, wenn die Kündigung nicht aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit unwirksam ist (vgl. BAG, Urteil vom 29.08.2013 – 2 AZR 419/12, NZA 2014, 660, Rn. 25; BAG, Urteil vom 28.08.2008 – 2 AZR 63/07, NZA 2009, 275, Rn. 27, 30 ff.). Ob dies auch bei einem leitenden Angestellten gilt, der zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern berechtigt ist und dessen Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG

auf Antrag des Arbeitgebers ohne weitere Begründung aufgelöst werden kann, ist umstritten (vgl. KR/Rost, 11. Aufl. 2013, § 14 KSchG, Rn. 50, m.w.N.), kann hier aber offenbleiben. Denn der Kläger erfüllt nicht die Voraussetzungen an einen leitenden Angestellten im Sinne dieser Vorschrift, die sich hinsichtlich der Anforderungen an die Feststellung von denen nach § 5 Abs. 3 BetrVG unterscheiden (vgl. ErfK/Kiel, 18. Aufl. 2018, § 14 KSchG, Rn. 10). Dem Kläger fehlt es an der Befugnis zur eigenverantwortlichen Einstellung oder Entlassung. Nach der gesetzlichen Regelung ist der Angestellte dann als „im Lager“ der Arbeitgeberin stehend anzusehen, wenn er selbstständig darüber entscheiden kann, wer in einem wesentlichen Bereich des Unternehmens eingestellt oder entlassen wird (vgl. BAG, Urteil vom 19.04.2012 – 2 AZR 186/11, juris, Rn. 38). Der Kläger erfüllt diese Merkmale nicht; die Beklagte hat eine Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis des Klägers gar nicht behauptet.

**b)** Da der Kläger kein ähnlicher leitender Angestellter i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG ist, fehlt es den ordentlichen Kündigungen vom 06.03.2017 und 14.03.2017 an der Voraussetzung, dass diese allein wegen fehlender sozialer Rechtfertigung i.S.d. § 1 KSchG unwirksam sind. Wie oben dargestellt, scheitern beide ordentlichen Kündigungen an der fehlenden Beteiligung des Betriebsrates. Dem Auflösungsantrag der Beklagten ist deshalb der Erfolg verwehrt.

#### IV.

Die Kosten der Berufung und des erstinstanzlichen Verfahrens hat die ganz überwiegend unterlegene Beklagte zu tragen. Der allgemeine Feststellungsantrag wurde erstinstanzlich nicht streitwerterhöhend berücksichtigt, so dass die diesbezügliche Klageabweisung keine Kosten veranlasst hat und deshalb die gesamten Prozesskosten der Beklagten auferlegt werden, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 92 Abs. 2 ZPO.

- 57 -

**V.**

Für die Zulassung der Revision bestand kein Grund i.S.d. § 72 Abs. 2 ArbGG, da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Es wurde auch nicht von einer höchstrichterlichen Entscheidung i.S.d. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG abgewichen, sondern die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich der im Zweifel konkludenten Aufhebung bestehender Arbeitsverhältnisse durch den Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrag auf den vorliegenden Fall angewendet.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Neubert-Vardon

Varschen

Heigl