

4 Sa 398/19
9 Ca 2498/18
(ArbG Augsburg)

Verkündet am: 09.12.2019

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, D-Stadt

- 2 -

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Dickerhof-Borello und die ehrenamtlichen Richter Huber und Königsberger

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Augsburg vom 14.05.2019, Az. 9 Ca 2498/18, wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Kündigung des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses durch die Beklagte.

Der am 25.07.1972 geborene Kläger war bei der Beklagten seit 01.07.2014 als Leiter Krankenversicherung Service (künftig: Leiter KV Service) zu einer Bruttomonatsvergütung von zuletzt € 10.550,- tätig. Nach § 1.2. des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrags, hinsichtlich dessen auf Anlage K1 zur Klage vom 15.10.2018 (Bl. 11 ff. d.A.) Bezug genommen wird, sollte auf die Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten die vorangegangene Beschäftigungszeit bei einer Schwesterfirma angerechnet werden, die ausweislich des vorgelegten Vertrags vom 27.04.2009 (in Anlage K2 zur Klage vom 15.10.2018, Bl. 16 ff. d.A.) am 01.05.2009 begonnen hatte.

Unter dem 15.11.2016 schlossen die Parteien einen Geschäftsführeranstellungsvertrag (in Anlage K3 zur Klage vom 15.10.2019, Bl. 23 ff. d. A.). Nach ihm sollte der Kläger ab sofort (§ 4.1.) als Geschäftsführer der Beklagten, die zum damaligen Zeitpunkt etwa 17 und zum Zeitpunkt der Kündigung sieben Arbeitnehmer beschäftigte, tätig werden (§ 1.2., § 2.1.) und die Befugnis zu allen Geschäften und Maßnahmen haben, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringen würde (§ 3.1.). Der Vertrag sollte spätestens mit dem 65. Lebensjahr enden (§ 4.1.) und davor mit den gesetzlichen Fristen kündbar sein (§ 4.3.), wobei die bisherige Beschäftigungszeit bei der Beklagten wie der Schwesterfirma auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden sollten (§ 4.2.). Die Vergütung blieb bei den bisher gezahlten € 10.550,-, wurde aber zunächst für 18 Monate als Beteiligung an der notwendigen Sanierung angesichts finanzieller Engpässe des Unternehmens abgesenkt (§ 6). Abschließend wurde festgestellt, dass Nebenabreden nicht bestünden; Änderungen und Ergänzungen sollten der Schriftform bedürfen (§ 10.1.).

Der Kläger wurde anschließend ins Handelsregister als weiterer Geschäftsführer der Beklagten neben dem bisherigen Herrn E. eingetragen.

Er erfüllte wie bisher die Aufgaben eines Leiters Krankenversicherung Service. Ob er daneben auch die Geschäftsführeraufgaben wahrnahm und dazu auch zu Sitzungen der Geschäftsführer der Unternehmensfirmen teilnahm, ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 01.10.2018 (in Anlage K5 zur Klage vom 15.10.2018, Bl. 5 d.A.), das dem Kläger am nächsten Tag zuging, widerrief die Beklagte die Bestellung des Klägers als Geschäftsführer und kündigte das Dienstverhältnis zum 31.01.2019 sowie rein vorsorglich jedes etwaig bestehende Arbeits- oder Dienstverhältnis mit einer Konzernfirma.

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit seiner Klage vom 15.10.2018 gerichtet, die am selben Tag beim Arbeitsgericht Augsburg eingegangen ist.

Er hat dabei die Auffassung vertreten, das ursprünglich zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis sei durch den Abschluss des Geschäftsführervertrages vom 15.11.2016 nicht aufgehoben worden. Die Parteien hätten mit seiner Ernennung zum Geschäftsführer nur eine pro forma-Ernennung bezweckt: Er sollte den bereits bestellten Geschäftsführer Herrn E. nur im Fall dessen Verhinderung vertreten, um zu verhindern, dass die Gesellschaft führungslos werde; laufende Geschäfte habe er nicht führen sollen. Während der

gesamten Zeit habe er keine Aufgaben als Geschäftsführer wahrgenommen, sondern einzig seine bisherige Tätigkeit als „Leiter KV Service“ zu derselben Vergütung nahtlos weitergeführt. Sein Arbeitsverhältnis, das nur ruhend gestellt worden sei, sei durch die Abberufung vom Amt des Geschäftsführers wieder aktiviert worden. Mangels Kündigungsgrund sei die Kündigung sozialwidrig.

Erstinstanzlich hat der Kläger daher beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die schriftliche Kündigung der beklagten Partei vom 01.10.2018, zugegangen am 02.10.2018, zum 31.01.2019 nicht endet.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, der Kläger könne sich nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen, weil zwischen den Parteien ein Geschäftsführer-Dienstverhältnis bestanden habe, das den Kündigungsschutz ausschließe.

Tatsachen, die für die Meinung des Klägers sprächen, das vorherige Arbeitsverhältnis sei lediglich ruhend gestellt worden, seien nicht vorgetragen. Vielmehr spreche die Regelung im Geschäftsführeranstellungsvertrag, wonach Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform bedürften und Nebenabreden nicht bestünden, dafür, dass die Parteien keine weiteren Abreden, auch nicht die eines weiter bestehenden Arbeitsverhältnisses, gelten lassen wollten. Ebenso zeige die Vereinbarung der Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten für eine völlige Novellierung des Verhältnisses der Parteien.

Der Vortrag des Klägers schließlich, seine Bestellung zum Geschäftsführer habe dazu dienen sollen, den weiteren Geschäftsführer zu vertreten, widerspreche seiner Behauptung, es handle sich bei dem Geschäftsführervertrag um ein Umgehungsgeschäft oder eine Ernennung pro forma.

Das Arbeitsgericht Augsburg hat mit Endurteil vom 14.05.2019 (Az: 9 Ca 2498/18), auf das hinsichtlich der weiteren Sachverhaltsdarstellung und seiner Begründung ergänzend Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Kündigung sei wirksam, dem Kläger stehe wegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kein Kündigungsschutz nach § 1 KSchG zu. Mit dem Bundesarbeitsgericht (in seiner Entscheidung vom 14.06.2006, 5 AZR 592/05) sei davon auszugehen, dass im Zweifel mit dem Abschluss eines Geschäftsführervertrags ein früheres Arbeitsverhältnis aufgehoben werde, wenn nicht deutliche Anhaltspunkte für eine andere Auslegung sprächen. Derartige Anhaltspunkte seien vorliegend nicht gegeben. Namentlich liege keine reine pro forma-Ernennung vor, weil der Kläger auch nach seinem eigenen Vortrag jedenfalls im Verhinderungsfall als Geschäftsführer eingesetzt werden sollte; die Möglichkeit einer anderen Bevollmächtigung sei gerade nicht gewählt worden. Umgekehrt lege die vertragliche Absprache, Änderungen und Ergänzungen bedürften der Schriftform und Nebenabreden bestünden nicht, nahe, dass die Parteien die Aufhebung gerade gewollt hätten.

Gegen diese seinem Prozessbevollmächtigten am 06.06.2019 zugestellte Entscheidung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 04.07.2019, der am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen ist, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 19.07.2019, eingegangen am 22.07.2019, begründet.

Er meint, ihm stehe Kündigungsschutz zur Seite, so dass die Kündigung mangels Rechtfertigungsgrund unwirksam sei. Denn wie vielfach im Arbeitsrecht, so sei auch hier auf die tatsächliche Umsetzung abzustellen und zu beachten, dass der Kläger nicht als Geschäftsführer tätig geworden sei.

Dabei moniert er, das Gericht habe nicht das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts nach § 134 BGB geprüft, obwohl der Kläger nicht regelmäßig die gesetzlichen Aufgaben eines Geschäftsführers wahrnehmen sollte, sondern allein im Fall von Führungslosigkeit. Seine Ernennung sei damit pro forma erfolgt.

Notfalls sei ein neues Arbeitsverhältnis begründet worden, weil der Kläger weiter als Leiter KV Service eingesetzt gewesen sei.

Er beantragt daher:

Unter Abänderung des am 14.05.2019 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Augsburg, Az.: 9 Ca 2498/18, wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die schriftliche Kündigung der beklagten Partei vom 01.10.2018, zugegangen am 02.10.2018, zum 31.01.2019 nicht geendet hat.

Die Beklagte beantragt

Zurückweisung der Berufung.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend und verweist dazu insbesondere auf die Regelung zur Vorbeschäftigungszeit, die für eine Novellierung des Verhältnisses spreche.

Ergänzend wird zum Vorbringen der Parteien auf ihre Schriftsätze samt Anlagen – namentlich die des Klägers erstinstanzlich vom 15.10.2018 und 01.03.2019 (Bl. 1 ff. und 40 f. d.A.) und zweitinstanzlich vom 19.07.2019 (Bl. 78 ff. d.A.) und der Beklagten vom 15.01.2019 und 16.04.2019 (Bl. 34 ff. bzw. 43 ff. d.A.) in erster und vom 19.08.2019 in zweiter Instanz (Bl. 94 ff. d.A.) – sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlungen vor dem Landesarbeitsgericht vom 09.12.2019 (Bl. 105 ff. d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

- 7 -

I.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie nach § 64 Abs. 1, 2 lit. c) ArbGG statthaft und innerhalb der Fristen der §§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519 Abs. II, 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 S. 1, 2, 5 ArbGG, 222 ZPO formgerecht eingelegt und begründet worden: Die Berufung gegen das am 06.06.2019 zugestellte Urteil ist am 04.07.2019 beim Landesarbeitsgericht eingelegt und am 22.07.2019 begründet worden.

II.

Die Berufung ist ohne Erfolg: Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet: Die Kündigung der Beklagten hat das Vertragsverhältnis der Parteien zum 31.01.2019 aufgelöst.

1. Das seit 15.11.2016 bestehende Geschäftsführeranstellungsverhältnis ist wirksam gekündigt worden.

Es kann offenbleiben, ob das Anstellungsverhältnis überhaupt ein Arbeitsverhältnis darstellt; denn jedenfalls ist es durch die Kündigung der Beklagten aufgelöst worden.

- a. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 01.10.2018 das Verhältnis gekündigt und damit die Schriftform des § 623 BGB wie des § 4.4. des Anstellungsvertrags eingehalten.
- b. Die Kündigung ist nicht mangels rechtfertigenden Grunds nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam.

Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bedarf sie eines solchen nicht. Danach gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.

Die ordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers als des gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft nach § 35 Abs. 1 GmbHG bedarf daher nicht der sozialen

Rechtfertigung. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die Organstellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht (BAG v. 23.02.2017, 6 AZR 665/15, Rz. 34 - *zitiert nach juris*; BAG v. 21.09.2017, 2 AZR 865/16, Rz. 12 – *zitiert nach juris*).

- (1) Der Kläger war mit dem Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrags als Geschäftsführer bestellt und erst zusammen mit der Kündigung abberufen worden.
- (2) Die Bestellung zum Geschäftsführer ist nicht unwirksam. Namentlich stellt sie sich entgegen der Ansicht des Klägers nicht als Umgehungsgeschäft dar.

Ein solches liegt dann vor, wenn eine Verbotsnorm durch eine verschleierte Gestaltung umgangen werden soll (Palandt-*Ellenberger*, BGB § 134 Rn. 28).

Vorliegend ist eine solche Verbotsnorm, die mit der Bestellung umgangen werden sollte, nicht ersichtlich.

- (3) Anders als der Kläger meint, ist nicht deshalb die Geschäftsführerstellung zu verneinen, weil – nach dem im Übrigen bestrittenen Vortrag des Klägers – er tatsächlich nicht Geschäftsführertätigkeiten wahrgenommen habe.

Der Ausschluss des Kündigungsschutzes nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG knüpft an die formale Stellung an. Auf Beschränkungen im Innenverhältnis kommt es dabei nicht an (BAG v. 24.11.2005, 2 AZR 614/04, Rn.18 – *zitiert nach juris*; BAG v. 21.09.2017, 2 AZR 865/16, Rn. 25 ff. – *zitiert nach juris*). Wer als Vertreter des Arbeitgebers nach außen unbeschränkt und weitreichend tätig werden kann, dessen Beschäftigungsverhältnis kann nicht im Fall von Vertrauensverlust fortbestehen; insofern ist das Interesse der juristischen Person schutzwürdig (BAG v. 21.09.2017, 2 AZR 865/16, Rn. 30 – *zitiert nach juris*; ErfK-Kiel § 14 KSchG, Rn. 2).

Dass der Kläger aber tatsächlich als Geschäftsführer tätig werden sollte, ist auch nach seinem Vortrag anzunehmen: er wurde als solcher für den Fall der Verhinderung „vorgehalten“. Zudem hatte er nach § 3.1. des Anstellungsvertrags tatsächlich die Befugnisse eines Geschäftsführers.

Die Tatsache schließlich, dass er weiterhin die frühere Tätigkeit als Leiter KV Service ausfüllte, verändert an dieser Betrachtung nichts. In einer Firma mit zunächst 17 und zuletzt 7 Mitarbeitern nimmt ein Geschäftsführer regelmäßig auch operative Aufgaben wahr und beschränkt sich nicht auf strategische Überlegungen. Dies gilt umso mehr, als mit Herrn E. ein Erstgeschäftsführer existierte, der das laufende Geschäft erledigte.

- (4)** Die Berufung der Beklagten auf die Geschäftsführerstellung ist schließlich nicht treuwidrig (§ 242 BGB).

Mit Treu und Glauben ist nicht vereinbar, eine formale Rechtsposition im Widerspruch zu den zugrundeliegenden vertraglichen Beziehungen auszunutzen. Die Bestellung zum Geschäftsführer kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie allein mit dem Ziel erfolgt, diesen alsbald entlassen zu können (BAG v. 21.09.2017, 2 AZR 865/16, Rn. 36 – *zitiert nach juris*).

Vorliegend sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Ernennung des Klägers zum Geschäftsführer und der Abschluss des Vertrags als Mittel diene, dem Kläger seinen früheren Kündigungsschutz zu nehmen. Umgekehrt spricht dagegen, dass kein (zeitlicher) Zusammenhang zwischen der Statusänderung zum 15.11.2016 und der Kündigung im Oktober 2018 zu erkennen ist. Der Kläger hat dazu auf den Hinweis in der mündlichen Verhandlung nichts weiter vorgebracht.

c. Die Kündigung wirkt zum 31.01.2019.

Die dreimonatige Frist entspricht § 622 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Unter Berücksichtigung der nach § 4.2. anzurechnenden Vorbeschäftigungszeiten seit 01.05.2009 bestand das Verhältnis zum Kündigungszeitpunkt neun volle Jahre.

Der erstinstanzliche Vortrag des Klägers, er sei mindestens seit 2003 für die Beklagte tätig gewesen, ist unbeachtlich. Der Kläger hat ihn in der Berufungsinstanz nicht wiederholt noch dazu weitere erklärende Ausführungen gemacht.

2. Ein weiteres Arbeitsverhältnis neben dem Geschäftsführeranstellungsverhältnis bestand entgegen der Ansicht des Klägers nicht; namentlich blieb das zum 01.07.2014 begründete nicht ruhend bestehen.

- 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 (BAG v. 03.02.2009, 5 AZB 100/05, Rn.8 – *zitiert nach juris*; BAG v. 24.11.2005, 2 AZR 614/04, Rn. 21 – *zitiert nach juris*; BAG v. 14.06.2006, 5 AZR 592/05, Rn.18 – *zitiert nach juris*; LAG München v. 30.01.2019, 4 Sa 336/18, Rn. 203 – *zitiert nach juris*). 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, wie für die Beurteilung des Parteiwillens die Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen und die

Gründe der Geschäftsführerbestellung von Bedeutung sein können (BAG v. 14.06.2006, 5 AZR 592/05, Rn.18 – *zitiert nach juris*).

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.

- b.** Im hiesigen Fall ist das Arbeitsverhältnis durch den Vertrag als Geschäftsführer aufgehoben worden. Dies ergibt die Auslegung des am 15.11.2016 geschlossenen Anstellungsvertrags.

Der Geschäftsführeranstellungsvertrag enthält eine Novellierung des bisherigen Verhältnisses der Parteien, indem er eine umfassende Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten enthielt und dazu feststellte, dass keine weiteren Abreden bestünden (§ 10.1 Satz 3). Wenn danach außerdem die Vorbeschäftigungszeiten aus dem bisherigen Arbeitsvertrag Anrechnung finden sollten, sprach dies ebenso dafür, dass dieser damit abgeschlossen und beendet sei.

Für die gegenteilige Auslegung fehlen deutliche Anhaltspunkte.

Der Kläger war, wie unter II.1.b (3) dargestellt, nicht nur pro forma zum Geschäftsführer berufen. Vielmehr sollte er im Verhinderungsfall tatsächlich als solcher fungieren; die Möglichkeit anderweitiger Bevollmächtigung haben die Parteien gerade nicht gewählt.

Die zeitweise Herabsetzung der Vergütung bestätigt vorliegend das Verständnis der Rolle des Klägers als Geschäftsführer: er beteiligte sich unternehmerisch an dem Gedeih und Verderb der Unternehmung.

- c.** Die Aufhebung des Arbeitsvertrags ist formwirksam entsprechend § 623 BGB erfolgt.

Das Schriftformerfordernis für den Auflösungsvertrag wird durch den schriftlichen Geschäftsführeranstellungsvertrag gewahrt; denn aus diesem ergibt sich nach den

obigen Ausführungen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinreichend deutlich (so auch: BAG v. 19.07.2007, 6 AZR 774/06, Rn. 23 – *zitiert nach juris*; BAG v. 03.02.2009, 5 AZB 100/08, Rn. 8 – *zitiert nach juris*).

3. Zwischen den Parteien ist kein neues Arbeitsverhältnis begründet worden.

Der Kläger beruft sich dabei darauf, dass er weiterhin als Leiter KV Service eingesetzt gewesen sei.

In diesem Einsatz liegt keine konkludente Erklärung zu einer Änderung des Vertragsverhältnisses. Vielmehr stand nach dem Vortrag des Klägers selbst fest, dass er seine bisherigen Aufgaben auch nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer fortführen sollte. Sie waren Teil des Geschäftsführeranstellungsvertrags.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen, insbesondere kommt dem Fall keine besondere über die Klärung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfragen hinausgehende Bedeutung i. S. d. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zu.

Rechtsmittelbelehrung

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