



Esser  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

des Herrn Dr. H. N., H. str. 2, H.,

**- Kläger und Berufungskläger -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte Dr. S. S. u.a.,  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
X. Allee 72, L.,

**g e g e n**

die F. F1. O. mbH, vertreten durch die  
Geschäftsführer S. v. W. und C. B., C. str. 1, H.,

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte T. & T.,  
C. Str. 31, E.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 12.01.2011  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-  
zenden sowie den ehrenamtlichen Richter Nauck und den ehrenamtlichen Rich-  
ter Brinkmann

**für R e c h t erkannt:**

**Unter Zurückweisung der Berufung des Klägers im Übrigen werden  
das Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 01.09.2010  
und das Versäumnisurteil vom 11.08.2010 teilweise abgeändert:**

**Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch  
die Kündigungen der Beklagten vom 08.02.2010 und 19.04.2010 we-  
der fristlos noch fristgerecht aufgelöst worden ist.**

**Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 3/11 und die Beklagte 8/11. Hiervon ausgenommen sind die durch die Säumnis des Klägers am 11.08.2010 entstandenen Kosten, die dem Kläger auferlegt werden.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **TATBESTAND:**

Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis rechtswirksam von der Beklagten gekündigt worden ist.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass Grundlage der Vertragsbeziehungen ein freier Geschäftsführer-Dienstvertrag sei, nachdem der Kläger zum (Mit-)Geschäftsführer der F. mbH sowie der F1. mbH bestellt worden und nahezu zwei Jahrzehnte lang als Geschäftsführer (und nicht als Arbeitnehmer) aufgetreten und behandelt worden sei. Sie begründet die fristlos oder hilfsweise fristgerecht erklärten Kündigungen vom 08.02.2010 und 19.04.2010 u.a. mit dem Vorwurf erheblicher Vertragspflichtverletzungen des Klägers sowie mit dem Verdacht, dass der Kläger von der sog. „Schrottkasse“ gewusst und diese toleriert habe.

Der Kläger hält entgegen, dass die Parteien mit dem am 30.05./14.06.1990 geschlossenen Anstellungsvertrag ein Arbeitsverhältnis eingegangen seien und dieses bis zuletzt bestanden habe. Er bestreitet die ihm mit der Kündigung vom 08.02.2010 angelasteten Pflichtverletzungen und erachtet die Verdachtskündigung vom 19.04.2010 für haltlos. Der Kläger begehrt daher mit der Klage von der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger trat gemäß Anstellungsvertrag vom 30.05./14.06.1990 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten „U. Entsorgung GmbH“. Alleingesellschafterin der Beklagten ist mittlerweile die Stadtwerke L. AG. Die T. (zu 51 %) und die Beklagte (zu 49 %) sind ihrerseits Gesellschafter der F. mbH und der F1. mbH.

In dem Anstellungsvertrag der Parteien vom 30.05./14.06.1990 (Bl. 3 ff. GA) Vertrag heißt es u.a. wörtlich:

**„§ 2**

Das Aufgabengebiet umfasst insbesondere:

1. ...
2. Weitere Aufgaben:

...  
...

Der Dienstnehmer erhält die Leitung des Bereiches MKVA und der Abteilung Technik und Planung in der Beteiligungsgesellschaft F. F. L. GmbH & Co. KG. Der Dienstnehmer erhält Prokura in der F. F. L. und der F1. Entsorgungsanlagengesellschaft.

Es ist vorgesehen, den Dienstnehmer nach angemessener Einarbeitungszeit zum Geschäftsführer der F. F. L. und der F1. Entsorgungsanlagengesellschaft L. zu bestellen. Es wird vereinbart, dass zu diesem Zeitpunkt die Umschreibung des Anstellungsvertrages unter Wahrung des dann erworbenen Besitzstandes auf die F. F. L. GmbH & Co. KG erfolgt, sofern dies zur Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben in der F1. und F1. von den Mitgesellschaftern gefordert wird.

Sofern der Anstellungsvertrag nicht umgeschrieben wird, erhält der Dienstnehmer zeitgleich mit der Geschäftsführerbestellung Prokura für den Dienstgeber.

Der Dienstgeber behält sich vor, dem Dienstnehmer bei unveränderten Bezügen eine andere, seiner Ausbildung und seinen Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zu übertragen. Das Recht, eine andere Tätigkeit zu übertragen, wird auch durch eine lange währende Verwendung auf demselben Arbeitsplatz nicht eingeschränkt. Der Dienstnehmer erklärt sich gleichfalls bereit, in den Niederlassungen und Beteiligungsfirmen tätig zu werden. Eine dauernde Versetzung bedarf der Zustimmung des Dienstnehmers.

Der Dienstnehmer stellt seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Dienstgebers. Die Übernahme jedweder Nebentätigkeit ist ohne schriftliche Unterrichtung der Geschäftsleitung nicht zulässig. Veröffentlichungen und Vorträge des Dienstnehmers bedürfen der vorherigen Zustimmung der Geschäftsleitung.“

Im Mai 1991 wurde der Kläger zum Geschäftsführer der F. sowie der F1. bestellt. Mit Schreiben vom 07.08.1992 (Bl. 791 GA) sagte die U. Entsorgung GmbH dem Kläger in „vertraglicher Ergänzung Ihres Dienstvertrages“ eine vom Jahresergebnis der F./F1. abhängige Tantieme zu. In einem Aktenvermerk der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 15.06.1994 (Bl. 616 GA) ist – bezogen auf eine Frage des Klägers nach der (im Falle der nicht erfolgten Umschreibung des Anstellungsvertrages auf die F. vorgesehen) Prokuraerteilung – festgehalten, dass „die arbeitsvertragliche Anbindung nach wie vor bei U. besteht“.

Unter dem 18./23.10.2000 trafen die Parteien eine „Vereinbarung wegen Zahlung der bisherigen Arbeitgeberanteile für die Zukunft“ (Bl. 262 GA). Danach ist der Kläger ab Oktober 2000 nicht mehr als sozialversicherungspflichtig behandelt worden. Ziffer 3 bestimmt, dass die Vereinbarung Bestandteil des Anstellungsvertrages werde und die übrigen Vereinbarungen hiervon unberührt bleiben.

In einem Schreiben vom 10.12.2009 (Bl. 750 ff. GA) an den damaligen Rechtsvertreter des Klägers erklärten die T., sich auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der Beklagten und der Begründung eines neuen Anstellungsverhältnisses unmittelbar bei der F./F1. nicht einlassen zu wollen, und erinnerten daran, dass die Forderung des Klägers nach Prokuraerteilung bereits von der Rechtsvorgängerin der Beklagten abschlägig beschieden worden sei.

Zuletzt bezog der Kläger von der Beklagten ein monatliches „AT-Gehalt“ von € 8.885,27 brutto (Abrechnung Januar 2010, Bl. 271 GA). Außerdem erhielt er eine Tantiemzahlung; die von der Beklagten geleistete Vorauszahlung auf die Tantieme 2009 belief sich auf € 37.805,10 brutto.

Im Herbst 2009 wurde bekannt, dass Arbeitnehmer der F., namentlich der damalige Leiter der Abteilung Instandhaltung Herr G., seit Jahren aus dem

„Schwarzverkauf“ von Schrott, der in dem auf dem Betriebsgelände aufgestellten Container einer Fremdfirma gesammelt wurde, insgesamt ca. 35.000,00 € Erlöst hatten. Daraufhin kam es zu staatsanwaltlichen Ermittlungen und zu diversen Berichterstattungen insbesondere in der Lokalpresse. Die Geschäftsführer der F./F. trafen mit dem Mitarbeiter G. eine Vereinbarung über ein „Maßnahmebündel“, das u.a. einen Änderungsvertrag sowie den Ersatz des entstandenen Schadens durch G. beinhaltete.

Zwischen den Parteien ist streitig, inwieweit der Kläger die Beklagte bzw. die Gesellschafter der F./F1. ordnungsgemäß und zügig über die Vorgänge im Zusammenhang mit der Schrottkasse informierte. Die Beklagte wirft dem Kläger vor, dass der Vorgang um die Schrottkasse offenbar „im Hinterzimmer“ habe abgewickelt werden sollen. Die Beklagte erfuhr weiterhin von der Übernahme der Strafverteidigerkosten auch für G. durch die F./F1. sowie davon, dass die DRV Bund wegen der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen für vermeintlich beschäftigte Scheinselbständige (P., M., S.) an die F. herangetreten war.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 08.02.2010 wurde der Kläger als Geschäftsführer der F. und der F1. abberufen (Bl. 228 f. GA). Unter dem 08.02.2010 (Bl. 13 GA) und unter dem 19.04.2010 (Bl. 267 GA) erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger die fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung des Vertragsverhältnisses.

Mit der vor dem Arbeitsgericht Mönchengladbach erhobenen Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage begehrt der Kläger von der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Die Beklagte hat im Prozess die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten gerügt. Durch Beschluss vom 12.05.2010 (Bl. 284-290 GA) hat das

Arbeitsgericht Mönchengladbach den zu den Arbeitsgerichten beschrifteten Rechtsweg für zulässig erklärt. Die Beklagte hat den Beschluss nicht angefochten.

Zur Begründung der Kündigung vom 18.02.2010 hat die Beklagte im Prozess im Wesentlichen dem Kläger zum Vorwurf gemacht, seine Informationspflichten gegenüber den Gesellschaftern der F./F1. im Zusammenhang mit der „Schrottkasse“ und der Involvierung des Arbeitnehmers G. versäumt zu haben, die Strafverteidigerkosten für G. übernommen und bei der F./F1. in der Vergangenheit Scheinselbständige ohne Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen beschäftigt zu haben, ferner ohne die erforderliche Einholung der Zustimmung der Gesellschafter Ingenieur- und Dienstverträge abgeschlossen zu haben.

Der Kläger ist dem Vorwurf schuldhafter Pflichtverletzungen entgegengetreten: Die Gesellschafter der F./F1. seien mittels der von ihnen freigegebenen jährlichen Wirtschaftspläne über die Personal-, Rechts- und Beratungskosten sowie über das Industriebudget unterrichtet worden. Es sei seit jeher Praxis gewesen, dass die Geschäftsführung im Rahmen des Wirtschaftsplans selbständig habe entscheiden und wirtschaften und frei die Personalangelegenheiten habe regeln dürfen. In den benannten Fällen habe es sich nicht um die Beschäftigung von Scheinselbständigen gehandelt.

In der Verhandlung vor der Kammer ist dazu unstreitig geworden, dass die DRV Bund dies inzwischen konzidierte und die Forderung auf nachträgliche Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen fallen ließ.

Die Verteidigerkosten, die im Rahmen der gegen zahlreiche bei der F. beschäftigte Personen geführte Ermittlungen angefallen seien, habe – so hat der Kläger vorgetragen – die bestehende Industrie-Strafrechtsschutzversicherung übernommen. Er hat die Behauptung der Beklagten bestritten, dass er versucht habe, die Vorgänge um die „Schrottkasse“ zu vertuschen oder zu verschleppen. Vielmehr seien die zuständigen Gremien der F./F1. im Dezember 2009 informiert worden.

Die Beklagte hat die Kündigung vom 19.04.2010 damit begründet, dass sich nach der Kündigung vom 08.02.2010 Verdachtsmomente dafür ergeben haben, dass der Kläger – entgegen seiner Beteuerungen – von der „Schrottkasse“ wusste und sie duldete. Sie hat hierfür einzelne Umstände vorgetragen, die sie als verdachtsbegründend ansieht .

Der Kläger hat die Verdächtigungen als unbegründet zurückgewiesen: Angesichts der Vielzahl der auf dem Betriebsgelände tätigen Fremdunternehmer und von diesen abgestellten Containern sei für die Geschäftsführung die buchhalterisch unterlassene Erfassung eines Teils des gesammelten Schrotts und dessen Schwarzverkauf nicht erkennbar gewesen. Weder aus den Weihnachtsfeiern noch aus den von Mitarbeitern insbes. der Abteilung Instandsetzung im Laufe der Jahre durchgeführten Veranstaltungen (Sportturniere, Ausflüge o.ä.) hätten sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass von Mitarbeitern Gelder aus Schrottverkauf abgezweigt und mit der so gefüllten „Gemeinschaftskasse“ Kosten für außerdienstliche Veranstaltungen beglichen wurden. Das gelte ebenso für die jährliche Weihnachtsfeier, zu deren Kosten die F./F. mit 50 € pro Belegschaftsmitglied beigetragen habe. Auch habe der Mitarbeiter G. zu keiner Zeit die Geschäftsführung der F./F1. belastet.

Das Arbeitsgericht hat durch Versäumnisurteil vom 11.08.2010 die Klage abgewiesen. Nach Einspruch des Klägers hat das Gericht durch Urteil vom 01.09.2010 das klageabweisende Versäumnisurteil aufrechterhalten. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift der Kläger das erstinstanzliche Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und unter Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens an.

Er beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 01.09.2010

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die mit Schreiben vom 08.02.2010 ausgesprochene Kündigung der Beklagten weder fristlos noch zum 30.06.2010 und auch nicht zu einem anderen Termin aufgelöst ist, sondern fortbesteht;
2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die mit Schreiben der Beklagten vom 19.04.2010 ausgesprochene Kündigung weder fristlos noch fristgerecht aufgelöst ist, sondern fortbesteht;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn, den Kläger, zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen als Diplom-Ingenieur im Bereich thermische Abfallverwertung und Abfallwirtschaftskonzepte weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil mit weiterem Sachvortrag und Rechtsausführungen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird vollumfänglich auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.



## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A. Die Berufung hat überwiegend Erfolg. Die Kündigungsschutzklage ist begründet, so dass ihr – unter teilweiser Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung – stattzugeben ist. Hingegen ist die Beschäftigungsklage unbegründet und vom Arbeitsgericht im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

I. Die Kammer hat in der Hauptsache zu entscheiden.

1. Das Arbeitsgericht hat im Beschluss vom 12.05.2010 das Klagebegehren als „sic-non-Fall“ qualifiziert und danach die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten für das streitgegenständliche Klagebegehren bejaht. Der Beschluss ist unanfechtbar geworden. Das Beschwerdeverfahren LAG Düsseldorf 15 Ta 477/10 betrifft demgegenüber die vom Arbeitsgericht negierte Rechtswegzuständigkeit für die Klageanträge in dem abgetrennten Verfahren. Hier ist das Arbeitsgericht in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG 15.02.2005 – 5 AZB 13/04 – Juris Rn. 14) davon ausgegangen, dass eine sic-non-Klage für Zusammenhangsklagen nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen begründen kann.

Anzumerken ist, dass zwar die Rechtskraft eines Beschlusses nach § 17 a GVG abzuwarten wäre, so dass – falls der Beschluss mit der sofortigen Beschwerde angefochten ist – das Hauptsacheverfahren bis zur abschließenden Entscheidung des Beschwerdegerichts auszusetzen ist. Würde aber das Arbeitsgericht gleichwohl seine Rechtswegzuständigkeit annehmen und vorher in der Hauptsache entscheiden, wäre das Berufungsgericht wegen § 17 a Abs. 5 GVG an diese Entscheidung gebunden.

**2.** Da aufgrund unanfechtbaren Beschlusses vom 12.05.2010 der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist, hat die Kammer nicht darüber zu befinden, ob der Begründung des Beschlusses vom 12.05.2010, die in sichtlicher Übereinstimmung mit der aus dem Hinweisbeschluss vom 19.08.2010 – 15 Ta 477/10 – erkennbaren Auffassung der Beschwerdekammer des Landesarbeitsgerichts steht, beizutreten ist. Immerhin mag die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH 21.10.2009 – VIII ZB 42/08 – Juris, vgl. auch BAG 16.12.2009 – 5 AZR 125/09 – Juris Rn. 19 ff.) Anlass geben, den von der bisherigen Rechtsprechung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Prüfungsansatz in sic-non Fällen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 06.10.2008 – 10 Ta 163/08 – Juris Rn. 16) zu überprüfen. Auch ist fraglich, inwieweit das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses eine „doppelrelevante Tatsache“ ist. Was die Wirksamkeit einer Kündigung und Beschäftigung anbelangt, ist das Arbeitsverhältnis nicht stets notwendiges Tatbestandsmerkmal dieser Ansprüche. Das gilt namentlich für den Streit um eine außerordentliche Kündigung, die auch bei Vorliegen eines freien Dienstvertrages nur unter den Voraussetzungen des § 626 BGB wirksam ist (vgl. nur BAG 31.08.1998 – 5 AZB 21/98 – Juris Rn. 12).

**B.** Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis.

**I.** Das Arbeitsgericht hat sein klageabweisendes Urteil damit begründet, dass der Kläger keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen habe, dass der Beklagten nach dem Vertrag vom 30.05/18.06.1990 und der dort vorgesehenen Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der beiden Tochtergesellschaften sowie der Art und Weise, wie in der Folgezeit das Vertragsverhältnis gelebt worden sei, weiterhin ein umfassendes arbeitsvertragliches Weisungsrecht habe zustehen sollen. Tatsächlich habe der Kläger für die Beklagte keine weisungsabhängigen Tätigkeiten mehr erbracht, sondern bis zuletzt sich ausschließlich seiner Geschäftsführertätigkeit für die F. und die F1. gewidmet.

II. Diese Argumentation des angefochtenen Urteils nimmt zum zutreffenden Ausgangspunkt, dass nach der höchstrichterlichen Spruchpraxis (BAG 03.02.2009 – 5 AZB 100/08 – Juris Rn. 8, BAG 05.06.2008 – 2 AZR 754/06 – Juris Rn. 22) die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG (nur dann) nicht eingreift, wenn die Rechtsstreitigkeit zwischen dem Mitglied des Vertretungsorgans und der juristischen Person über das der Organstellung zugrundeliegende Rechtsverhältnis hinaus eine weitere Rechtsbeziehung betrifft.

Des Weiteren hat das Arbeitsgericht richtig gesehen, dass im Prozess der Kläger darzulegen und zu beweisen hat, dass ein von den Parteien eingegangenes Arbeitsverhältnis nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer fortbestanden hat (dazu auch Kammer 18.04.2001 – 12 Sa 1761/00 – Juris Rn. 30). Denn im Normalfall gehen Vorstellung und Willen der Parteien nicht dahin, sich durch zwei gleichzeitig nebeneinander bestehende, jedoch in der praktischen Durchführbarkeit ausschließende Verträge (Arbeitsvertrag/freier Dienstvertrag) zu binden. Vielmehr wollen die Parteien regelmäßig den früheren Vertrag durch den späteren Vertrag ablösen (BAG 25.04.2002 – 2 AZR 352/01 – Juris Rn. 16, Kammer 18.04.2001 – 12 Sa 1761/00 – Juris Rn. 36). Das gilt nicht nur in den Fällen, in denen die Parteien mit Abschluss eines schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrages ausdrücklich oder konkludent den bisherigen Arbeitsvertrag ablösen (BAG 08.06.2000 – 2 AZR 207/09 – Juris Rn. 24, 28), sondern auch dann, wenn sie bei der Vereinbarung der Geschäftsführer-Anstellung den Arbeitsvertrag schlicht „vergessen“ haben; denn in diesem Fall ist von ihnen die Ersetzung des Arbeitsverhältnisses durch das freie Dienstverhältnis des Geschäftsführers und damit die Aufhebung des Arbeitsvertrages regelmäßig gewollt (Kammer 18.04.2001 – 12 Sa 1761/00 – Juris). Seit Inkrafttreten des § 623 BGB zum 01.05.2000 genügt allerdings nicht die formlose Aufhebung des Arbeitsvertrages; notwendig ist die schriftliche Aufhebung (Staudinger/Oetker, BGB [2005], § 623 Rn. 65).

**III.** Das Arbeitsgericht hat alsdann angenommen, dass es sich auch hier um den „Regelfall“ der konkludenten Ersetzung des Arbeitsverhältnisses durch das freie Geschäftsführer-Dienstverhältnis handele. Dem vermag die Kammer nicht beizupflichten. Denn der vorliegende Fall ist durch Besonderheiten gekennzeichnet, die zu dem Befund führen, dass „ausnahmsweise“ der Arbeitsvertrag vom 30.05./14.06.1990 durch die Entsendung des Klägers zur F. und F1. als deren (Mit)Geschäftsführer nicht aufgehoben wurde, sondern bestehen bleiben sollte.

**1.** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter freier Dienstvertrag. Mit der eigenverantwortlichen, im Kern weisungsfreien Organstellung sei die Existenz eines Arbeitsverhältnisses nicht zu vereinbaren. Der freie Dienstvertrag müsse nicht schriftlich, sondern könne auch konkludent geschlossen werden (BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09 – Juris Rn. 7).

**2. a)** Demgegenüber hält es das Bundesarbeitsgericht nicht für ausgeschlossen, dass Rechtsgrundlage für die Geschäftsführertätigkeit ein Arbeitsvertrag sein könne (BAG 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06 – Juris Rn. 15). Auch dann, wenn ein bei einer Konzernobergesellschaft beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer konzernabhängigen Gesellschaft bestellt werde, könne der mit der Konzernobergesellschaft abgeschlossene Arbeitsvertrag die Rechtsgrundlage für die Geschäftsführerbestellung bei der Tochtergesellschaft bilden.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grenzt sich in diesem Punkt von der des Bundesgerichtshofs ab, wie die erkennende Kammer bemerken musste (LAG Düsseldorf 15.07.1998 – 12 Sa 700/98 – Juris Rn. 28 ff., 18.04.2001 – 12 Sa 1761/00 – Juris Rn. 27, 29 f.; vgl. zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff [Mutterschutz einer Geschäftsführerin] EuGH 11.11.2010 – C-232/09 Danosa – Rn. 40; ferner Staudinger/Richardi, BGB [2005], § 611 Rn. 236, MüKo/Henssler, BGB, 5. Aufl., § 623 Rn. 25).

**b)** Allerdings spricht nach Erkenntnis des Bundesarbeitsgerichts eine tatsächliche Vermutung gegen ein (fortbestehendes) Arbeitsverhältnis. *„Eine solche weitere Rechtsbeziehung in einem während der Bestellung als Geschäftsführer ruhenden und mit der Abberufung als Geschäftsführer wieder auflebenden Arbeitsverhältnis zu sehen, ist in der Regel nicht möglich. Vielmehr liegt in dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags durch einen angestellten Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Nach dem Willen der vertragschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen. Dem Arbeitnehmer muss im Regelfall klar sein, dass er, wenn nicht anderes 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 ( ). Ein Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses kommt dann nicht in Betracht ( )“* (BAG 03.02.2009 – 5 AZB 100/08 – Juris Rn. 8; vgl. BAG 19.07.2007 – 6 AZR 774/06 – Juris Rn. 19, BAG 08.06.2000 – 2 AZR 207/99 – Juris Rn. 28, BAG 05.06.2008 – 2 AZR 754/06 – Juris Rn. 22, Stagat, DB 2010, 2801 ff.).

**c)** Die entsprechend dem Regel-Ausnahme-Verhältnis stattfindende Einordnung der Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer/Geschäftsführer und Gesellschaft/Obergesellschaft hat alle maßgeblichen Tatsachen, insbesondere die Vertragsgestaltung und sonstigen Absprachen und Erklärungen, deren Begleitumstände und auch die Art und Weise der Durchführung der Vertragsbeziehung zu berücksichtigen (vgl. Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl., § 35 Rn. 78). Aus der isolierten Betrachtung einzelner Aspekte lassen sich eher selten zuverlässige Aufschlüsse gewinnen.

So ist die Geschäftsführung einer GmbH keine selbständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit. Der Geschäftsführer unterliegt im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter (vgl. BAG 19.05.2010 – 5 AZR 253/09 – Juris Rn. 23). Diese brauchen faktisch in nichts arbeitsvertraglichen Weisungen nachzustehen. Umgekehrt ist das arbeitsvertragliche Weisungsrecht gerade bei

Mitarbeitern, die Dienste höherer Art leisten (Chefarzt, Chefredakteur, Werksleiter usw.), oftmals stark eingeschränkt, und es ist den Mitarbeitern weitgehend überlassen, ihre Tätigkeit frei zu gestalten und die Arbeitszeit selbst zu bestimmen. Gleichwohl wird ihre Dienstleistung mit der Begründung, dass sie in der vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehe, noch als fremdbestimmt angesehen. Der aufgrund „freien Dienstvertrages“ beschäftigte Geschäftsführer kann seinerseits durch bestehende „Sachzwänge“ in der freien Gestaltung von Zeit, Dauer, Ort, Art und Inhalt der Tätigkeit erheblich eingeschränkt sein. Dabei spricht der Umstand, dass der Unternehmer auf die Erteilung von Weisungen verzichtet, nicht zwangsläufig gegen ein Arbeitsverhältnis. Ist nämlich von den Parteien ein Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis vereinbart worden, wird es durch bloße Nichtausübung der Weisungsrechte nicht zu einem freien Dienstverhältnis (BAG 25.01.2007 – 5 AZB 49/06 – Juris Rn. 12).

Was die Gestaltung des Geschäftsführer-Dienstvertrages anbelangt, gesteht die BGH-Rechtsprechung den Parteien zu, in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen zu vereinbaren und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt zu machen (BGH 10.05.2010 – II ZR 70/09 – Juris Rn. 8). Damit können für Arbeitsverträge typische Vertragsklauseln zwar Indiz für den Willen der Parteien sein, einen Arbeitsvertrag zu schließen. Sie stehen jedoch nicht zwingend der Annahme eines freien Dienstvertrages oder konkludenten Umwandlung des Arbeitsvertrages in einen Dienstvertrag anlässlich der Geschäftsführerbestellung entgegen.

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kann die Vergütungshöhe in dem neuen Geschäftsführerverhältnis als einer von mehreren Aspekten einen Hinweis darauf geben, ob das bisherige Arbeitsverhältnis beendet worden ist (BAG 24.11.2005 – 2 AZR 614/04 – Juris Rn. 21). Die Erwartung einer signifikanten Verbesserung der Vergütung deute darauf an, dass die Parteien die Übertragung der Geschäftsführerposition als Beendigung der arbeitsvertraglichen Bindung ansehen.

**d)** Die erkennbare Interessenlage der Beteiligten bei Vertragsschluss und bei Absprachen anlässlich der späteren Entwicklung der Vertragsbeziehung ist geeignet, einen relevanten Hinweis auf den Vertragswillen zu geben (§§ 133, § 157 BGB). So unterscheidet sich der innerhalb des Unternehmens vollziehende Aufstieg des leitenden Angestellten zum unmittelbaren Organvertreter (GmbH-Geschäftsführer) oder zum mittelbaren Vertreter des Unternehmens (Geschäftsführer der Komplementär GmbH einer KG [vgl. OLG Hamm 08.10.2009 – 18 W 57/08 – Juris Rn. 54]) erkennbar von dem Fall, in dem die Obergesellschaft einen bei ihr tätigen leitenden Angestellten zur Wahrnehmung der Funktion des Geschäftsführers in Tochtergesellschaften abstellt (zu einer solchen Konstellation auch: BAG 27.11.2008 – 2 AZR 193/07 – Juris Rn. 29, ferner Kammer 31.03.2010 – 12 Sa 1512/09 – Juris Rn. 2). Der unternehmensinterne Aufstieg ist in der Vorstellung der Parteien gewöhnlich das „Endstadium“ der Vertragsentwicklung. So stellt für den Angestellten die Übertragung der Geschäftsführung, meist verbunden mit der Aufbesserung der Bezüge und höherem sozialen Status, das betriebshierarchische Berufsziel dar. Dieses Ziel pflegt er auch in Ansehung des Risikos anzustreben, als Geschäftsführer abberufen zu werden und dann das Unternehmen verlassen zu müssen. Ein die Geschäftsführertätigkeit überdauerndes Arbeitsverhältnis ist hiernach im allgemeinen nicht gewollt, zumal die Weiterbeschäftigung des abberufenen Geschäftsführers Arbeitnehmer (dann unterhalb der Ebene der Geschäftsführung) einen Abstieg und eine Degradierung bedeuten und zu unerwünschten Konflikten mit der neuen Geschäftsführung und im Betrieb führen könnte (Jaeger, DStR 2010, 2313). Der Angestellte, der zum Geschäftsführer bestellt wird, kann dementsprechend erkennen, dass der Gesellschaft an der Vermeidung eines solchen Szenarios und daher an der Aufhebung des Arbeitsvertrages gelegen ist. Indem er seine Berufung zum Geschäftsführer annimmt, akzeptiert er die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses bzw. dessen Ersetzung durch ein freies Dienstverhältnis (BAG 19.07.2007 – 6 AZR 774/06 – Juris Rn. 19, Baumbach/Hueck/ Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl., § 35 Rn. 10).

Demgegenüber ist die von der Obergesellschaft vorgenommene Abstellung eines leitenden Angestellten als „Fremdgeschäftsführer“ zu einer anderen Gesellschaft im Konzernverbund oder der Unternehmensgruppe nicht selten mit dem „Vorläufigkeitsvorbehalt“ behaftet (vgl. AnwK-ArbR/Eylert, 2. Aufl., § 14 KSchG Rn. 17, v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 14 Rn. 14, MüKo – BGB/Hesse, 5. Aufl., § 14 KSchG, Rn. 6). Denn die Obergesellschaft gibt mit dem Entsendungsakt nicht ihr unternehmerisches Interesse auf, den in der Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft als (Mit)Geschäftsführer eingesetzten leitenden Angestellten jederzeit abziehen und anderweitig einsetzen zu können, etwa als Reaktion auf künftige Umstrukturierungen im Konzern bzw. in der Unternehmensgruppe, auf eine Veräußerung der Beteiligung oder aus anderen Gründen. Dann aber soll die im Anstellungsvertrag angesprochene Entsendungsmöglichkeit oder deren spätere Vereinbarung nicht in die endgültige Übertragung der Geschäftsführertätigkeit münden, sondern kann (nicht: muss) jederzeit mit der Konsequenz beendet werden, dass der Angestellte erneut der Obergesellschaft zur anderweitigen Verwendung zur Verfügung zu stehen hat. Die Obergesellschaft bleibt deshalb an dem Fortbestand des Vertragsverhältnisses mit einem möglichst weitreichenden Direktionsrecht interessiert. Diesem Interesse trägt typischerweise die durch Arbeitsvertrag begründbare weitreichende Weisungsabhängigkeit Rechnung (§ 106 GewO), um den im Arbeitsleben bestehenden spezifischen Anpassungs- und Flexibilisierungsbedürfnissen zu entsprechen. Die Vereinbarung einer vergleichbaren Weisungsgebundenheit des Mitarbeiters ist in einem freien Dienstvertrag hingegen nicht möglich, so dass unter diesem Aspekt ein solcher Vertragstypus von den Parteien nicht gewollt ist.

**3.** Der vorliegende Fall erfordert keine weitere Auseinandersetzung mit der Ambiguität der Kriterien, die für die Bestimmung des Vertragstypus der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer/Geschäftsführer einerseits und Gesellschaft/Obergesellschaft andererseits herangezogen werden. Denn in jedem Fall haben ausdrücklich getroffene Vereinbarungen über das Schicksal des ursprünglichen Anstellungsvertrags im Zusammenhang mit der Geschäftsführerbestellung vorrangige Bedeutung (BAG 25.10.2007 – 6 AZR



1045/06 – Juris Rn. 16, BAG 20.10.1995 – 5 AZB 5/95 Juris Rn. 30 ff., BAG 18.12.1996 – 5 AZB 25/96 – Juris Rn. 47, ErfK/Müller-Glöge, 11. Aufl., § 623 BGB Rn. 6 f., Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., Einf v § 611, Rn. 23 mwN). Liegt eine explizite Absprache der Parteien bzw. ein eindeutiges Erklärungsverhalten zum (Fort)Bestand des Arbeitsverhältnisses ungeachtet der Geschäftsführer-Tätigkeit vor, ist kein Raum für die Anwendung der Auslegungsmaxime, dass ein neuer Geschäftsführervertrag „normalerweise“ den früheren Arbeitsvertrag ersetzt. In dieser Konstellation haben die Parteien den Arbeitsvertrag nicht „vor Glück vergessen“ (Kammer 18.04.2001 – 12 Sa 1761/00 – Juris, Ls. 1), sondern bewusst an ihm festhalten wollen. Dabei ist die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zunächst dann gewollt, wenn die nur für eine kurze Zeit befristete Übertragung der Fremdgeschäftsführerstellung bei sonst unveränderten Vertragsbedingungen erfolgt (BAG 14.06.2006 – 5 AZR 592/05 – Juris Rn. 18). Weil nicht selten prognostische Unsicherheiten hinsichtlich der erforderlichen Dauer der Fremdgeschäftsführung eine Befristung der Übertragung als untunlich erscheinen lassen, pflegen die Vertragsparteien ebenso die Abstellung zur Tochtergesellschaft auf unbestimmte Zeit unter den Vorbehalt der jederzeitigen Aufhebung und der Befugnis des Arbeitgebers zu stellen, den Mitarbeiter anderweitig einsetzen zu können. Auch bei dieser Fallgestaltung ist die erkennbare Interessenlage der Parteien auf die Beibehaltung des Arbeitsverhältnisses (zu deren Obergesellschaft) gerichtet.

Anzumerken ist, dass auch unter Zugrundelegung der Rechtsmeinung, die aus dogmatischen Gründen die ausgeübte Geschäftsführertätigkeit stets auf einen freien Dienstvertrag zurückführt, es den Beteiligten unbenommen bleibt, neben dem Dienstverhältnis ein Arbeitsverhältnis zu begründen, ggf. – aufschiebend bedingt durch eine künftige Beendigung der Geschäftsführung – für die Zukunft (vgl. OLG Schleswig-Holstein 15.02.2010 – 16 W 8/10 – Juris Rn. 11), oder das Ruhen eines bereits eingegangenen Arbeitsverhältnisses für die Dauer der (Fremd)Geschäftsführung zu vereinbaren.

**4.** Die Parteien haben unter dem 30.05./14.06.1990 einen Arbeitsvertrag geschlossen.

Die im Vertrag verwendete Diktion mag unklar sein, wenn einerseits die Vertragsparteien als Dienstnehmer und Dienstgeber bezeichnet sind und andererseits der „Dienstnehmer“ als „außertariflicher Angestellter“ (§ 4 Abs. 4 f.) qualifiziert wird. Gleichwohl ist danach die Einstellung des Klägers als „leitender Angestellter“ auf arbeitsvertraglicher Basis indiziert. Jedenfalls führt der Inhalt des gesamten Vertragswerks zu dem eindeutigen Befund, dass ein Arbeitsverhältnis begründet wurde. Der Kläger, nach § 1 Satz 2 „dem technischen Direktor direkt unterstellt“, soll nach § 2 Abs. 3 Satz 2 (Abs. 7) die Tätigkeit eines Prokuristen der F./F1. übernehmen. Diese Tätigkeit findet typischerweise in einem Arbeitsverhältnis und nicht in einem freien Dienstverhältnis. Des Weiteren behält die Beklagte im Rahmen von § 1 bis 3 nicht nur das gesetzliche Direktionsrecht (§ 106 GewO). Das Direktionsrecht wird überdies in § 2 Abs. 6 Satz 3 auf eine unternehmens- und konzernweite Versetzungsmöglichkeit erweitert. Damit steht die arbeitsvertragliche Natur des Anstellungsvertrages außer Frage. Schließlich sind die nachfolgenden Vertragsklauseln (Kündigungsfristen, Nebentätigkeitsverbot, vWL, Jahresurlaub [nach Abstimmung mit der Geschäftsleitung], Sonderurlaub gemäß MTV-BDE, Gratifikationsgewährung mit Rückzahlungsklausel oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) allesamt typisch für arbeitsvertragliche Regelungen und sichtlich darauf angelegt, den gesetzlich zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts zu genügen.

**5.** Der Arbeitsvertrag ist weder aufgehoben noch in einen freien Dienstvertrag „umgewandelt“ worden.

**a)** Mit der im Mai 1991 erfolgten Bestellung des Klägers zum (technischen) Geschäftsführer der F. mbH sowie der F. mbH vollzogen die Parteien § 2 Abs. 4 Satz 1 des Anstellungsvertrages. Das Schicksal ihres Vertragsverhältnisses haben sie für diesen Fall ausdrücklich in Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 geregelt. Danach sollte der Anstellungsvertrag (der – wie ausgeführt – ein Arbeitsverhältnis begründet) auf die F./F1. nur dann umgeschrieben werden, wenn dies von den Mitgesellschaftern der F./F1. gefordert wird. Eine solche Forderung ist weder im Mai 1991 noch in der Folgezeit erhoben worden. Ebenso wenig kam es tatsächlich zu einer „Umschreibung“. Vielmehr war die Beklagte bzw. deren Rechtsvor-

gängerin dazu weder im Mai 1991 noch später bereit. Auch trafen die Parteien, wovon mangels anderer Anhaltspunkte in ihrem Prozessvortrag auszugehen ist, anlässlich der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der F./F1. keine abweichenden Absprachen. Der Annahme einer konkludenten Vertragsumschreibung auf die F./F1. steht letztendlich entgegen, dass der Kläger weiterhin Vergütung von der Beklagten bezog und die Beklagte sein in den anstellungsvertraglichen Angelegenheiten maßgeblicher Ansprech- und Verhandlungspartner blieb.

Aus dem Umstand, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten dem Kläger entgegen § 2 Abs. 5 des Anstellungsvertrages keine Prokura erteilte, lassen sich keine anderen Schlussfolgerungen ziehen. Vielmehr manifestiert dieses Verhalten die strukturelle arbeitgeberseitige Überlegenheit, vertraglich zugesagte Exspektanzen nicht zu erfüllen und den „außertariflich angestellten“ Kläger der Geschäftsleitung nicht weiter anzunähern. Dies verdeutlicht die fortbestehende persönliche Abhängigkeit des Klägers gegenüber der Beklagten.

Die Übertragung der Fremdgeschäftsführung war mit keiner signifikanten Aufbesserung der Grundbezüge verbunden. Die unter 07.08.1992 dem zugestandene Tantieme sollte ausdrücklich lediglich eine „vertragliche Ergänzung“ zum Anstellungsvertrag darstellen. Die Zusage von Tantiemезahlungen in Arbeitsverträgen mit leitenden Angestellten ist nicht unüblich (MüKo/Müller-Glöge, 5. Aufl., § 611 BGB Rn. 758). Sie soll einen Anreiz geben, zu einem guten wirtschaftlichen Ergebnis des Unternehmens beizutragen (vgl. ErfK/Preis, 11. Aufl. § 611 BGB Rn. 494) und der besonderen Verantwortlichkeit des leitenden Angestellten für die Zielerreichung Rechnung tragen. Diese Zielsetzung hat die Tantiemезusage vom 07.08.1992. Voraussetzungen und Höhe der Tantieme werden vom Jahresergebnis der F./F1. abhängig gemacht. Damit wird der Tantiemeanspruch an die Dauer der Fremdgeschäftsführung durch den Kläger und seiner entsprechenden Verantwortung für die Zielerreichung gebunden. Hingegen lässt die Tantiemезusage nicht auf den Willen der Beklagten schließen, das Arbeitsverhältnis aufzuheben.

**b)** Der Aktenvermerk vom 15.06.1994 (Bl. 616 GA) ist hierfür weiterer Beleg. Er verdeutlicht, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten an der ihr gegenüber bestehenden „die arbeitsvertraglichen Anbindung“ festhielt und nicht beabsichtigte, den am 30.05./14.06.1990 geschlossenen Arbeitsvertrag aufzuheben.

**c)** Richtig ist, dass der Kläger ab Mai 1991 (nahezu) ausschließlich die Tätigkeit des Geschäftsführers der F./F1. ausübte, als solcher auftrat und ihm dieser Status im konzern- bzw. unternehmensinternen Umgang zuerkannt wurde. Hieraus lässt sich, anders als die Vorinstanz befürwortet, jedoch nicht auf Umwandlung des Vertragsverhältnisses in einen freien Dienstvertrag schließen. Die dem Kläger übertragene und von ihm wahrgenommene Geschäftsführung geschah vielmehr in Vollzug des § 2 Abs. 4 Satz 1 des Anstellungsvertrages und ist als Erfüllung der vertraglichen Absprachen und nicht als deren Aufhebung zu werten. Vor allem folgt aus § 2 Abs. 6 Satz 2 der Wille der Parteien, dass auch eine langfristige Beschäftigung des Klägers in bestimmten Funktionen bei Tochtergesellschaften nicht das Direktionsrecht der Beklagten einschränkt und also den Bestand des Arbeitsvertrages unberührt lässt. Auch was ruht, lebt weiter. Das von den Parteien „gelebte Vertragsverhältnis“ schloss daher den ruhend gestellten Arbeitsvertrag ein.

**d)** Die Bedeutung der „Vereinbarung wegen Zahlung der bisherigen Arbeitgeberanteile für die Zukunft“ vom 18./23.10.2000 reduziert sich auf die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Vergütungsbezüge des Klägers. Ein rechtsgeschäftlicher Wille, den Arbeitsvertrag aufzuheben, hat in der Urkunde nicht andeutungsweise Ausdruck gefunden (vgl. BAG 19.07.2007 – 6 AZR 774/06 – Juris Rn. 22, KR/Spilger, 9. Aufl., § 623 BGB Rn. 239). Es ging gerade und nur darum, beginnend ab Oktober 2000 auf die Rechtslage zu reagieren, dass die Bezüge des Klägers nicht sozialversicherungspflichtig sind. Aus Ziffer 3 Satz 2 der Vereinbarung geht hervor, dass es ansonsten uneingeschränkt bei dem im Anstellungsvertrag am 30.05./14.06.1990 getroffenen Abmachungen bleiben sollte.

e) Der Inhalt des Schreibens der T. vom 10.12.2009 bestätigt nochmals unzweideutig hervor, dass das Anstellungsverhältnis gemäß dem mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Jahr 1990 geschlossenen Vertrag und dem Aktenvermerk aus dem Jahr 1994 beibehalten werden sollte.

Wenn die Beklagte danach aufgrund Ziffer 1 e) des am 08.02.2010 vom Gesellschafterrates gefassten Beschlusses und im Prozess den Rechtsstandpunkt einnahm, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis (mehr) bestanden habe, unterlag sie einer womöglich von situativem Wunschdenken geleiteten rechtlichen Fehleinschätzung.

5. Die Kammer braucht nach allem nicht abschließend zu entscheiden, ob die Geschäftsführer -Tätigkeit des Klägers eine in dem Anstellungsvertrag vom 30.05./14.06.1990 gelegte arbeitsvertragliche Grundlage hatte oder ob in der vom Kläger angenommenen Bestellung zum Geschäftsführer bei der F./F1. das konkludente Zustandekommen eines Dienstvertrages zu sehen ist. Auch in der zweiten Variante ging der Wille der Beteiligten dahin, neben dem freien Geschäftsführer-Dienstvertrag das zuvor eingegangene Arbeitsverhältnis fortbestehen zu lassen. Mit der Abberufung lebte die arbeitsvertragliche Leistungspflicht des Klägers wieder auf.

Die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand, hat zur Konsequenz, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigungen dem allgemeinen Kündigungsschutz unterlag. Weil er weder unmittelbarer noch mittelbarer Organvertreter der Beklagten war, ist § 14 Abs. 1 KSchG unanwendbar (APS/Biebl, 3. Aufl., § 14 KSchG Rn. 9 f., v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, a.a.O., 14. Aufl., § 14 Rn. 11, SPV/Preis Rn. 848). Hiernach braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob die erste ordentliche Kündigung eines sie rechtfertigenden Grund auch deshalb bedarf, weil die Beklagte den Kläger am Vormittag des 08.02.2010 als Geschäftsführer der F./F1. abberufen hatte und ihm die Kündigung erst am Abend zugehen ließ (vgl. BAG 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06 – Juris Rn. 22). Jedenfalls findet das Kündigungsschutzgesetz, dessen Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG unstreitig vorliegen, Anwendung. Unter diesem Aspekt ist ebenfalls unerheblich, ob der Arbeitsver-

trag vom 30.05./14.06.1990 oder ein konkludent mit der Beklagten oder der F./F1. zustande kommender freier Dienstvertrag die schuldrechtliche Grundlage der Organstellung des Klägers bei der F./F1. bildete.

Das Gesetz schränkt den allgemeinen Kündigungsschutz für leitende Angestellte nicht ein (näher KR/Rost, 9. Aufl., § 14 KSchG Rn. 42 ff.). Der Besonderheit solcher Arbeitsverhältnisse, die wegen ihrer „Arbeitgebernähe“ das Vorliegen einer besonderen Vertrauensbasis präsumieren, hat der Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 KSchG Rechnung getragen, dass das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers, ohne dass dieser begründet werden muss, das Arbeitsverhältnis aufzulösen hat (vgl. BAG 19.07.2007 – 6 AZR 774/06 – Juris Rn. 15, SPV/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 10. Aufl., Rn. 2122). Gegenüber einem nicht leitenden Angestellten iSv. § 14 Abs. 2 KSchG bedarf es hingegen eines Auflösungsgrundes nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Dabei kann indessen der Umstand, dass der Arbeitnehmer in einer Führungs-, Vertrauens- oder Schlüsselposition zu beschäftigen wäre, zu seinen Lasten ins Gewicht fallen (BAG 26.06.1997 – 2 AZR 502/96 – Juris Rn. 25, vgl. APS/Biebl, § 9 KSchG Rn. 55). Sieht der Arbeitgeber davon ab, im Kündigungsschutzprozess die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beantragen, hat die gerichtliche Entscheidung, in der die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird, zur Konsequenz, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. So verhält es sich hier. Die Beklagte hat auch nicht vorsorglich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt, sondern in dem von der Kammer in der mündlichen Verhandlung angeregten Vergleichsgespräch den Standpunkt eingenommen, dass beklagtenseitig eine Verständigung auf nicht mehr als die ordentliche Kündigungsfristsfrist in Betracht komme. Damit ist sie nicht auf das vom Gericht für höher eingeschätztes Risiko und der daran ausgerichteten „Vergleichsmöglichkeit“ eingegangen. Die Arbeitsgerichte pflegen, was teilweise verkannt wird (Preis, NJW-Editorial, Heft 51/2010), nach bestem Wissen und Gewissen die einzuschätzende Sach- und Rechtslage und bestehende Prozessrisiken sowie die praktischen Konsequenzen einer über den Bestand des Arbeitsverhältnisses ergehenden Gerichtsentscheidung in Vergleichsgesprächen den Parteien näher zu bringen.

**C.** Die streitbefangenen Kündigungen vom 08.02.2010 und 19.04.2010 haben das Arbeitsverhältnis weder fristlos noch fristgerecht aufgelöst.

**I. 1.** Soweit die Kündigungen das Anstellungsverhältnis außerordentlich fristlos beenden sollen, ist dem Gericht die Anerkennung ihrer Wirksamkeit schon deshalb versagt, weil nach dem Vortrag der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht festzustellen ist, dass die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt wurde (zur Maßgeblichkeit der Kenntnis der kündigungsberechtigten Personen sowie des Beginns der Ausschlussfrist: BAG 05.06.2008 – 2 AZR 234/07 – Juris Rn. 24 ff., BAG 23.10.2008 – 2 AZR 388/07 – Juris Rn. 20 ff.). Obwohl in der klägerischen Berufungsbegründung bemängelt, lässt die Berufungsbeantwortung der Beklagten es an der Darlegung von Umständen fehlen, die den Schluss tragen, dass die Kündigungen innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung ausgesprochen wurden. Die als Kündigungsgrund vorgetragene angebliche Pflichtverletzung des Klägers lagen Monate, wenn nicht Jahre zurück. Danach hätte die Beklagte substantiiert darlegen müssen, inwieweit sie erst in den letzten zwei Wochen vor der Kündigungszustellung eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erhielt, die ihr die Entscheidung ermöglichten, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar war oder nicht.

Auch erstinstanzlich enthält das Prozessvorbringen der Beklagten hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Zweiwochenfrist keinen brauchbaren Tatsachenkern, sondern belässt es bei lapidaren Ausführungen (etwa Seite 27 des Schriftsatzes vom 26.03.2010, Seite 12 des Schriftsatzes vom 04.08.2010). Was die Verdachtskündigung vom 19.04.2010 anbelangt, genügt nicht der Vortrag, dass man den Kläger mit Schreiben vom 29.03.2010 mit Fristsetzung bis zum 06.04.2010 angehört habe, weil hieraus nicht hervorgeht, dass die Anhörung im Zuge von mit der gebotenen Eile durchgeführten Ermittlungen stattgefunden hat (vgl. BAG 01.02.2007 – 2 AZR 333/06 – Juris Rn. 18 f.).

**2.** Die außerordentliche Kündigung erfordert nach § 626 Abs. 1 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Hierfür ist der Arbeitgeber im Prozess darlegungs- und beweispflichtig. Diesen Anforderungen hat die Beklagte nicht genügt. Auch deshalb sind die fristlosen Kündigungen vom 08.02.2010 und 19.04.2010 rechtsunwirksam.

**a)** Nach zutreffender höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG 28.08.2008 – 2 AZR 15/07 – Juris Rn. 23) ist der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die als wichtige Gründe geeignet sein können. Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die die Handlung des Arbeitnehmers als gerechtfertigt oder entschuldigt erscheinen lassen; insoweit ist der Arbeitnehmer allerdings zuvor gehalten, die Gründe, mit denen er sich exkulpieren will, so konkret vorzutragen, dass dies dem Arbeitgeber die Überprüfung der Angaben und im Falle, dass er sie für unrichtig hält, einen erforderlichen Beweisantritt ermöglicht

**b)** Hiervon ausgehend kann eine erhebliche Vertragsverletzung, aber auch der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen, wenn hierdurch das Arbeitsverhältnis konkret und erheblich beeinträchtigt wird (BAG 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – Juris Rn. 51).

Das dem Kläger angelastete Fehlverhalten betrifft zwar nicht unmittelbar die Beklagte als Arbeitgeberin, sondern die bei anderen Unternehmen (F./F1.) ausgeübte Geschäftsführung. Gleichwohl kann sich in anderen Unternehmen begangenes Fehlverhalten zugleich im Arbeitsverhältnis als eine schwerwiegende Vertragsverletzung darstellen und einen die fristlose Kündigung an sich rechtfertigenden, verhaltensbedingten oder personenbedingten Grund zur Kündigung Grund abgeben (BAG 27.11.2008 – 2 AZR 193/07 – Juris Rn. 24; 37) und u.U. auch zur fristlosen Verdachtskündigung berechtigen. Die Zurechenbarkeit von pflichtwidrigem Verhalten bei einer (Fremd)Geschäftsführung liegt insbesondere dann nahe, wenn – wie hier – die im anderen Konzernunternehmen



wahrgenommene Tätigkeit auf der Umsetzung der arbeitsvertraglich beschriebenen Pflichtenstellung beruht (BAG, a.a.O., Rn. 25).

Freilich stellt sich nicht jeder Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten als Fremdgeschäftsführer zugleich als eine kündigungsrelevante Verletzung des fortbestehenden Arbeitsvertrags dar (BAG, a.a.O., Juris Rn. 27). Der gesetzliche Bestandsschutz nach § 626 BGB, § 1 KSchG verlangt vielmehr die Berücksichtigung seines Interesses, unabhängig von der jeweiligen Entsendung und deren Schicksal den Arbeitsplatz bei dem Arbeitgeber zu erhalten. Dieses Interesse wird indessen hinter dem Interesse des Arbeitgebers an der Vertragsauflösung zurücktreten müssen, wenn schwere Verfehlungen, insbesondere Straftaten des Arbeitnehmers bei objektiver Betrachtung die Prognose rechtfertigen, der Arbeitnehmer werde seine Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr zuverlässig oder ordnungsgemäß erfüllen (BAG, a.a.O., Rn. 37). Ebenso kann die anlässlich der Fremdgeschäftsführung verübte schwere, vorsätzliche Treuepflichtverletzung das Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien Geschäftsführer und GmbH nachhaltig zerstören hat und auch eine berechnete fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen (vgl. OLG Brandenburg 20.02.2007 – 6 U 22/06, 6 U 61/06 – Juris rn. 90 [89], LAG Düsseldorf 14.01.2008 – 14 Sa 1819/07 – n.v., zu B I der Gründe).

**3.** Unter Zugrundelegung des eigenen Vortrags der Beklagten sind entweder keine schuldhaftige Pflichtverletzung des Klägers erkennbar oder es schlagen die Fehler, die die Beklagte ihm als Geschäftsführer der F./F1. mit der Kündigung vom 08.02.2010 anlastet, nicht dergestalt auf das Arbeitsverhältnis durch, dass sie eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB oder eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnten.

**a)** Was die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen für vermeintlich Scheinselbständige, namentlich P., M. und S., anbelangt, steht fest, dass die DRV Bund inzwischen den Selbständigen-Status dieser Personen zugestanden hat und keine Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen fordert. Damit ist der in diesem Zusammenhang gegen den Kläger erhobene Vor-

wurf der Pflichtverletzung hinfällig. Wäre ihm eine Fehlbeurteilung unterlaufen, würde es angesichts der tatsächlich und rechtlich komplexen Materie der „Scheinselbständigkeit“ und schwierigen und umstrittenen Beurteilungsparameter überdies an einem signifikanten Verschulden fehlen.

**b)** Dem Vorwurf, der Kläger habe ohne Einholung der erforderlichen Zustimmung Berater- und Dienstverträge abgeschlossen, hat der Kläger die nach Freigabe der jährlichen Wirtschaftspläne (incl. Stellenplan und Industriebudget) praktizierte Personaleinstellung entgegen gehalten (Seite 14 ff. des Schriftsatzes vom 29.04.2010). Dem hat die Beklagte nicht konkret widersprochen. Da es auf der Hand lag, dass die Geschäftsführung auf der Grundlage des Wirtschaftsplans fortlaufend personelle Umsetzungsmaßnahmen treffen musste und die Gesellschafter gleichwohl nicht auf die Einholung von Einzelfallgenehmigungen bestanden, ist dem Kläger keine, erst recht keine gravierende Verletzung der Geschäftsführerplichten oder gar deren „Durchschlagen“ auf das Arbeitsverhältnis anzulasten.

**c)** Die Beklagte hat dem Kläger zunächst die Übernahme von Strafverteidigerkosten für G. vorgehalten (Seite 13 ff. des Schriftsatzes vom 26.03.2010) und – nach dem klägerischen Einwand, dass die Industrie-Strafrechtsschutzversicherung die Verteidigerkosten, die im Rahmen der gegen zahlreiche bei der F. beschäftigte Personen geführte Ermittlungen angefallen seien, übernommen habe – ausgeführt, dass gegen die Hinzuziehung von Anwälten an sich nichts einzuwenden sei, die Einschaltung der Anwälte jedoch nur den Zweck gehabt habe, den G. ungeschoren davonkommen zu lassen und die laufende Sonderprüfung zu torpedieren (Seite 6 f. des Schriftsatzes vom 04.08.2010). Die damit von der Beklagten angestellten Mutmaßungen lassen sich mit den dafür vorgetragenen Tatsachen nicht erhärten. Im übrigen ist der Beklagten kein Vermögensschaden entstanden; ein solcher war nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Klägers (Schriftsatz vom 29.04.2010, Seite 8 u.) auch nicht zu befürchten. Wohl mag die Übernahme von Strafverteidigerkosten unter Einschluss der Anwaltskosten für G. nicht geboten gewesen sein. Dass die Geschäftsführung der F./F1. im Hinblick auf die um-

fänglichen staatsanwaltlichen Ermittlungen und der bestehenden Rechtsschutzversicherung keine Differenzierungen vornahm, bedeutet aber keine signifikante Verletzung ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichtenstellung und hat noch weniger eine konkret und relevante Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien herbeigeführt.

**d)** Die von der Beklagten vorgetragene Geschehnisse und Abläufe rechtfertigen nicht die Schlussfolgerung, dass der Kläger versucht habe, die Vorgänge um die „Schrottkasse“ zu vertuschen oder zu verschleiern (insbes. Seite 16 ff. des Schriftsatzes vom 26.03.2010). Dies gilt auch unter Einbeziehung des Prozessvortrages der Beklagten, mit dem die vorsorgliche Verdachtskündigung vom 19.04.2010 begründet wird (Seite 7 ff. des Schriftsatzes vom 04.08.2010). Danach mag es sein, dass die zuständigen Gremien und auch der Betriebsrat „zögerlich“ informiert wurden. Der Geschäftsführung ist aber zugute zu halten, wenn sie angesichts der Komplexität laufender Ermittlungen keine vorschnellen und überschießenden Verdächtigungen und falschen Aktionismus auslösen wollte, womöglich auch bestrebt war, das für F./F1., Beklagte und T. unrühmliche Geschehen nicht übermäßig vor der Betriebsöffentlichkeit und der Öffentlichkeit auszubreiten, dies vor dem Hintergrund, dass der Ruf der Entsorgungsbranche in der Öffentlichkeit allemal nicht der Beste ist und voreilige Informationen zur „Schrottkasse“ die durch exorbitant gestiegene Abfuhrgebühren belasteten Bürger im Betätigungsfeld der F./F1. weiter verstört hätten. Auch wenn man unterstellt, dass dem Kläger bei der (betriebs)öffentlichen Behandlung der „Schrottkasse“ und dem Informationsbedürfnis der Gesellschafter eine Fehleinschätzung unterlaufen und ihm die nicht frühzeitige und ordnungsgemäße Unterrichtung über die jeweils bekannten Vorgänge anzulasten ist, handelt es sich hierbei um Ungeschicktheiten, die – bezogen auf die dem Kläger obliegende sorgfältigen und gewissenhaften Wahrnehmung der Geschäftsführeraufgaben – keine erhebliche oder gar vorsätzliche Überschreitung dieses Pflichtenkreises darstellen. Jedenfalls war nach Lage der Dinge die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer die im Verhältnis zur Beklagten ausreichende Reaktion. Die Kündigung des Arbeitsvertrages wahrt nicht den das Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dessen Konkretisierung durch

das Prognoseprinzip (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 Emmely – Juris Rn. 34 f., vgl. Kammer 21.07.2004 – 12 Sa 620/04 – Juris Rn. 25 ff.) .

4. Die Verdachtskündigung vom 19.04.2010 ist mangels wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB unwirksam. Gleiches gilt für die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Verdachtskündigung, die nach denselben Maßstäben zu beurteilen ist (BAG 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – Juris Rn 51, BAG 27.11.2008 – 2 AZR 98/07 – Juris Rn. 22).

a) Eine Verdachtskündigung setzt zu ihrer Wirksamkeit zunächst voraus, dass sich der Verdacht auf ein erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers – strafbare Handlung oder schwerwiegende Pflichtverletzung – richtet, da nur in einem solchen Fall der Verdacht geeignet sein kann, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen des Arbeitgebers unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers irreparabel zu zerstören (BAG 06.09.2007 – 2 AZR 264/06 – Juris Rn. 30, BAG 10.02.2005 – 2 AZR 189/04 – Juris Rn. 18). Die Verdachtsmomente müssen ein solches Gewicht erreichen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht mehr zugemutet werden kann. Insoweit erfordert ein triftiger Verdacht, dass eine große Wahrscheinlichkeit für ein vorsätzliches und nicht nur „versehentliches“ Handeln besteht (vgl. BAG 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – Juris Rn. 17). Die Verdachtskündigung setzt weiterhin die Dringlichkeit des Verdachts in dem Sinne voraus, dass der Verdacht als solcher schwerwiegend sein muss.

Unter den strengen Voraussetzungen, die das Bundesarbeitsgericht für die Verdachtskündigung entwickelt hat, ist diese Kündigung verfassungsrechtlich unbedenklich. „Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Dabei sind an die Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr besteht, dass ein 'Unschuldiger' betroffen ist“ (BVerfG 15.12.2008 – 1 BvR 347/08 – Juris Rn. 11 f.).

**b)** Die Behauptung, dass gegen den Kläger der Verdacht bestehe, von der Schrottkasse“ gewusst und sie toleriert zu haben, impliziert den Vorwurf der schwerwiegenden Pflichtverletzung. Ein begründeter Verdacht wäre geeignet, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen der Beklagten zu zerstören. Indessen ist nach den eigenen Darstellungen der Beklagten unter Berücksichtigung des unstreitigen Parteivorbringens nicht feststellbar, dass der Verdacht als solcher schwerwiegend („dringend“) ist. Vielmehr ergeben sich aus den Ereignissen nur vage Verdachtsmomente. Die dargelegten Fallumstände werden dabei von der Beklagten nicht objektiv, sondern einseitig zu Lasten des Klägers ausgewertet. Die angeführten Verdachtsmomente (zB. zur Gemeinschaftskasse bei U., zu dem X.-Vorgang, falschen Angaben, der Teilnahme an aus der Schrottkasse bezahlten Veranstaltungen) sind unzulänglich. Der diffusen Äußerung von Beschuldigten, dass die Schrottkasse nicht ohne Duldung der Geschäftsführung hätte bestehen können (Seite 8 des Schriftsatzes vom 04.08.2010), wird ein erheblicher Indizwert zugemessen, obwohl nahe liegt, dass es sich um eine bloße Schutzbehauptung handelt. Ebenso wird die Verdächtigung auf tatsächliche oder vermeintliche Ermittlungs- und Informationsdefizite gestützt, die bei verständiger und ruhiger Betrachtung allenfalls auf gelegentliche Unzulänglichkeiten bei der Bearbeitung der Vorgänge um die Schrottkasse hindeuten. In jedem Fall leidet der Vortrag der Beklagten daran, dass keine konkreten Tatsachen und Erkenntnisquellen genannt werden, aufgrund derer (mit großer Wahrscheinlichkeit) die Geschäftsführung von der Schrottkasse wissen musste. Es ist nicht die eigentliche Aufgabe der Geschäftsführung, auf dem Betriebsgelände abgestellte Container von Fremdfirmen zu überprüfen, jeweils deren Inhalt (i.c. gesammelter Schrott), ordnungsgemäße Erfassung und die vollständige und korrekte Vereinnahmung der aus den Schrottverkäufen erzielbaren und erzielten Erlöse festzustellen. Die Geschäftsführung hatte auch keine näheren Anhaltspunkte dafür, dass von Mitarbeitern der Abteilung Instandhaltung gesammelter Schrott abgezweigt und schwarz veräußert wurde. Daher wirken die gegen die Geschäftsführung erhobenen Schuldvorwürfe konstruiert, zumal die Beklagte nicht darlegt, warum gerade die Geschäftsführer, nicht jedoch andere ungekündigte F.-Beschäftigte,

Bereichsleiter, Abteilungsleiter usw., von der Schrottkasse hätten wissen müssen, obwohl sie aufgrund ihrer Stellung in der betrieblichen Arbeitsorganisation „näher“ an dem Schrottcontainer und der buchhalterischen Erfassung des gesammelten Schrotts waren als die Geschäftsführung. Aus der (sporadischen) Teilnahme an diversen Feiern oder Sportturnieren war weder für die Geschäftsführung noch für andere, nicht eingeweihte Arbeitnehmer ohne weiteres zu erkennen, dass unrechtmäßig in einer „Gemeinschaftskasse“ vereinnahmte Gelder zu den Veranstaltungen beigesteuert wurden. Selbst wenn man unterstellt, dass das gesamte Schwarzgeld [35 T€] für diverse Gemeinschaftsveranstaltungen ausgegeben und nicht teilweise privat vereinnahmt wurde, konnte der Kläger angesichts der Vielzahl der im Laufe der Jahre durchgeführten Veranstaltungen, die von den Mitarbeitern selbst und nicht von der F./F1. organisiert wurden, aus den Begleitumständen (zB. kostenfrei gestellte Getränke bei einem Tennisturnier) nicht auf betrügerisches Unterschlagen von Einnahmen aus gesammeltem Schrott schließen.

**c)** Danach ist der Beklagten die prozessuale Darlegung eines begründeten Tatverdachts nicht gelungen.

**III.** Aus den vorerwähnten Gründen sind die hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigungen ebenfalls unwirksam, weil für sie kein iSv § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial rechtfertigender Grund vorliegt. Demnach kann dahinstehen, dass der Beklagte im Kündigungsschreiben vom 08.02.2010 bei der Benennung des 30.06.2010 als Kündigungstermin die Anwendbarkeit des § 622 Abs. 2 BGB entgangen ist (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 17.04.2008 – 9 Sa 684/07 – Juris Rn. 24, Palandt/Weidenkaff, 70. Auflage, § 622 BGB, Rd-Nr. 4, MüKo/Hesse, 5. Auflage, § 622 BGB, Rd-Nr. 9), Staudinger/Preis, BGB [2002], 622 Rn. 14).

Ist die Kündigung vom 08.02.2010 schon nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, kann weiterhin offen bleiben, ob, was zur zweiten Kündigung mittels der Anhörung vom 09.04.2010 geschehen ist (Bl. 390 f. GA), der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG bereits zur ersten Kündigung anzuhören gewesen wäre.

**D.** Die Beklagte hat die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 (§ 14 Abs. 2) KSchG auch nicht vorsorglich beantragt. Besteht folglich nach dem zweitinstanzlichen Obsiegen des Klägers das Arbeitsverhältnis fort, kann der Kläger einen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung haben (vgl. BAG 27.02.1985 – GS 1/84 – Juris). Der Kläger hat in der Verhandlung klargestellt, seinen Antrag zu 3. als Klage auf tatsächliche Weiterbeschäftigung verstanden wissen zu wollen.

**1.** Der Klageantrag hat keinen Erfolg, weil er nicht iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt ist. Danach erfordert ein in einem Kündigungsschutzverfahren erhobener Weiterbeschäftigungsantrag, dass entweder zwischen den Parteien unstreitig ist, zu welchen Arbeitsbedingungen die Weiterbeschäftigung erfolgen soll, oder aber die wesentlichen Arbeitsbedingungen im Klageantrag oder in der Klagebegründung angegeben sind oder sich hieraus in vergleichbarer Weise ergibt, worin die Tätigkeit bestehen soll. Zu den Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung gibt es keinen Parteivortrag.

**a)** Wenn im Klageantrag formuliert ist, dass die Beklagte den Kläger "zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen als Diplom-Ingenieur im Bereich thermische Abfallverwertung und Abfallwirtschaftskonzepte weiterzubeschäftigen" habe, wird auf den Text des § 1 des Anstellungsvertrages vom 30.05/14.06.1990 zurückgegriffen. Der Kläger sieht noch richtig, dass er nicht die Weiterbeschäftigung nach den für seine Abstellung zur F./F1. geltenden Bedingungen verlangen kann (BAG 14.07.2005 – 8 AZR 392/04 – Juris Rn. 26). Er übergeht dann jedoch, dass er „bisher“, also zwei Jahrzehnte lang keine spezifische Diplom-Ingenieur-Tätigkeit im Bereich thermische Abfallverwertung und Abfallwirtschaftskonzepte ausübte, sondern im Rahmen der Fremdgeschäftsführung nur gelegentlich mit diesem Aufgabenbereich befasst war. Der Kläger trägt

auch nicht weiter vor, worin die Tätigkeit bestehen und unter welchen Arbeitsbedingungen sie verrichtet werden soll. Da weder vorgetragen noch sonstwie ersichtlich ist, dass es den Arbeitsplatz des Diplom-Ingenieurs im Bereich thermische Abfallverwertung und Abfallwirtschaftskonzepte gibt oder jemals gegeben hat, kann auch nicht nach der Klagebegründung oder dem unstreitigen Parteivortrag eine iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmte Ausurteilung erfolgen.

**b)** Des Weiteren lässt es der Klageantrag an der hinreichenden Bestimmtheit der „bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen“, zu denen der Kläger weiterbeschäftigt werden möchte, fehlen. Soweit deren Modalitäten unklar und/oder streitig ist, sind sie – über die besonderen Anforderungen für eine Klage auf künftige Leistung hinaus (vgl. BAG 09.04.2008 – 4 AZR 104/07 – Juris Rn. 28) – im Klageantrag mit der nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO präsumierten Bestimmtheit zu beschreiben (Hamacher/Ulrich, Antragslexikon Arbeitsrecht [2010], „Beschäftigung“, S. 75). Das ist nicht geschehen. Es mangelt sowohl an der erforderlichen Definition der Arbeitsvertragsbedingungen und ihrer Abgrenzung von den „Entsendungsbedingungen“ als auch daran, wie für welche Bedingungen das Merkmal „bisherig“ zeitlich zu konkretisieren ist. Zum einen kommt, wie ausgeführt, in Betracht, neben dem Arbeitsvertrag einen konkludent zustande gekommenen Geschäftsführer-Dienstvertrag zur Beklagten (für dessen daraus resultierende Ansprüche das Arbeitsgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges verneint hat) oder zur F./F1. anzunehmen. Zum anderen ist vorstellbar, dass der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag die schuldrechtliche Grundlage für die vom Kläger bei der F./F1. wahrgenommene Tätigkeit bildete und nach seiner Abberufung als Geschäftsführer mit dem „ursprünglichen“ Pflichtenstruktur fortbesteht. In beiden Alternativen sind die „Arbeitsvertragsbedingungen“ zu unterscheiden von den entweder dienstvertraglich oder auch arbeitsvertraglich im Voraus oder später begründeten „Entsendungsbedingungen“. Die ausdrücklich oder konkludent nur für den Zeitraum der Abstellung zur Tochtergesellschaft getroffenen Entsendungsbedingungen können neben anderen Vertragselementen insbesondere die Bezüge, insbes. mit der Geschäftsführung verknüpfte Zusage einer Sondervergütung wie Bonus, Umsatzprovision



und Tantieme, und Nebenleistungen wie Dienstfahrzeug, Reisekostenstufe u.ä. betreffen. Die Verpflichtung des Unternehmens, den als Geschäftsführer zur Tochtergesellschaften abgestellten Angestellten nach den hierfür geltenden Entsendungsbedingungen zu beschäftigen, entfällt indessen grundsätzlich mit dem Ende der Entsendung, d.h. der Abberufung (Stagat DB 2010, 2801). Damit bedurfte es klägerseitig der Konkretisierung, ob und inwieweit für die begehrte Weiterbeschäftigung die im Anstellungsvertrag vom 30.05./14.06.1990 getroffenen Vereinbarungen oder im Laufe der Zeit geänderte Arbeitsvertragsbedingungen gelten sollten.

2. Wäre die Klage zulässig, hätte sie als unbegründet abgewiesen müssen. Nach der betrieblichen Stellung des Klägers und der für die Kündigung vom 19.04.2010 gegebenen Begründung kann nicht davon ausgegangen werden, dass sein Interesse, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses tatsächlich weiterbeschäftigt zu werden, überwiegt (vgl. BAG 27.02.1985 – GS 1/84 – Juris Rn. 96 f.). In der Berufungsbegründungsschrift (Seite 29) hat er sich lediglich auf die Unwirksamkeit der beiden Kündigungen berufen. In der mündlichen Verhandlung vor der Kammer hat er den Makel der verhaltensbedingten Kündigungen und die damit verbundene Rufschädigung beanstandet. Der „Kündigungsmakel“ hat indessen mit der Stattgabe der Kündigungsschutzklage seine Rolle verloren. Im übrigen fällt bei dem Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung ins Gewicht, dass nach einem jahrzehntelang ruhenden Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber bezüglich der Beschäftigung eines Angestellten, der für Führungsaufgaben in Tochtergesellschaften vorgesehen war, ein gewisser zeitlicher Dispositionsschutz zuzugestehen ist. Der Kläger selbst hat das aktuelle Vorhandensein einer betriebswirtschaftlich sinnvollen Beschäftigungsmöglichkeit nicht aufgezeigt. Danach ist der Beklagten der sofortige Einsatz des Klägers im Bereich thermische Abfallverwertung und Abfallwirtschaftskonzepte nicht zuzumuten.

**B.** Die Kosten des Rechtsstreits sind nach § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO zu verteilen. Die Säumniskosten hat gemäß § ZPO der Kläger zu tragen

Für die Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht besteht keine Veranlassung, da Zulassungsgründe i.S.v. § 72 Abs. 2 ArbGG nicht ersichtlich sind.

Die Kammer sieht in den entscheidungserheblichen Fragen keine Divergenz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Rechtssache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung, weil Einzelfallumstände zu beurteilen sind.

Hinsichtlich der Einzelheiten der Nichtzulassungsbeschwerde werden die Parteien auf § 72 a ArbGG hingewiesen.

Dr. Plüm

Nauck

Brinkmann