

Kündigung: Frühere Tätigkeit darf nicht unter den Tisch fallen

Ist ein Arbeitnehmer einer Kommanditgesellschaft nach 13-jähriger Tätigkeit als Sachbearbeiter zum Geschäftsführer befördert worden und wird er von diesem Posten nach 5-jähriger Tätigkeit abberufen, einigen sich die Parteien dann darauf, entsprechend dem ursprünglichen Anstellungsvertrag das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen, so kann ihm nicht innerhalb der ersten 6 Monate (in denen bei Neuanstellungen ohne Angabe von Gründen entlassen werden darf) gekündigt werden. Die Zeit vor der Geschäftsführertätigkeit ist als Wartezeit mitzuzählen.

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung; Anrechnung der Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf die Wartezeit im Hinblick auf den Erwerb von Kündigungsschutz; Anrechnung an sich nicht anrechnungsfähiger früherer Beschäftigungszeit auf die Betriebszugehörigkeitsdauer auf Grund vertraglicher Vereinbarung; Arbeitsrechtlicher Status von GmbH-Geschäftsführern; Abgrenzung von Geschäftsführer-Dienstvertrag und Arbeitsvertrag; Aufleben des alten Arbeitsverhältnisses eines vorübergehend zum Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH aufgestiegenen Arbeitnehmers einer GmbH & Co. KG; Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags durch einen leitenden Mitarbeiter als konkludente Aufhebung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses; Relevanz einer Weiterbeschäftigung ohne wesentliche Änderung der Arbeitsaufgaben nach Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages für die Anrechnung

Gericht: BAG

Datum: 24.11.2005

Aktenzeichen: 2 AZR 614/04

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2005, 31284

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LAG Hessen - 31.08.2004 - AZ: 13 Sa 340/04

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1 KSchG

§ 14 Abs. 1 Nr. 2 KSchG

§ 14 Abs. 1 Nr. 3 KSchG

§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

§ 622 BGB

§ 563 Abs. 1 ZPO

Fundstellen:

BAGE 116, 254 - 264

ArbRB 2005, 353 (Pressemitteilung)

ArbRB 2006, 136-137 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2006, 298-299 (Volltext mit amtl. LS)
AuA 2006, 46 (Kurzinformation)
AuA 2007, 117 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
AuR 2006, 28-29 (Volltext)
AuR 2006, 212 (amtl. Leitsatz)
AUR 2006, 212 (amtl. Leitsatz)
AUR 2006, 28-29 (Volltext)
BBKM 2007, 2
DB 2006, VIII Heft 11 (amtl. Leitsatz)
DB 2006, 728-729 (Volltext mit amtl. LS)
DStR 2005, XII Heft 49 (Kurzinformation)
DStR 2006, 196
DStZ 2006, 495 (Kurzinformation)
EBE/BAG 2006, 53-56
EWiR 2006, 601 (Volltext mit red./amtl. LS u. Anm.)
EzA-SD 6/2006, 9-11
EzA-SD 25/2005, 3 (Pressemitteilung)
FA 2006, 146 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2006, 222-223 (Kurzinformation)
FA 2006, 29 (Pressemitteilung)
GmbHR 2006, 592-596 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
GmbH-Report 2006, R172-R174 (Kurzinformation)
GmbH-StB 2006, 162 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
JuS 2006, 669-672 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
MDR 2005, R13 (Kurzinformation)
MDR 2006, 1051-1053 (Volltext mit amtl. LS)
NJ 2006, V Heft 1 (Kurzinformation)
NJW 2006, 1899-1902 (Volltext mit amtl. LS)
NJW 2006, X Heft 16 (Kurzinformation) "Ruhendes Arbeitsverhältnis"

NJW-Spezial 2006, 229 "Arbeitsverhältnis nach Abberufung"
NJW-Spezial 2006, 228-229 (Volltext mit amtl. LS) "Arbeitsverhältnis nach Abberufung"
NWB 2006, 3309 (Kurzinformation)
NWB 2005, 4337 (Kurzinformation)
NZA 2006, 366-370 (Volltext mit amtl. LS)
NZA-RR 2006, V Heft 4 (amt. Leitsatz)
PayRoll 2006, 41
RdW 2006, 406-408 (Kurzinformation)
schnellbrief 2006, 4
schnellbrief 2006, 5 (Pressemitteilung)
StuB 2006, 647
WPg 2006, 958
ZAP EN-Nr. 391/2006
ZAP EN-Nr. 0/2006
ZIP 2005, VI Heft 48 (Kurzinformation)
ZIP 2006, 821-825 (Volltext mit amtl. LS)

BAG, 24.11.2005 - 2 AZR 614/04

Amtlicher Leitsatz:

Ist in einer GmbH & Co. KG ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH aufgestiegen und wird dann als Geschäftsführer abberufen, so lebt das alte Arbeitsverhältnis in der Regel nicht wieder auf.

Vereinbaren die Parteien jedoch nach der Kündigung des Geschäftsführervertrages eine Weiterbeschäftigung des Betroffenen - ohne wesentliche Änderung seiner Arbeitsaufgaben - im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, so lässt dies mangels abweichender Vereinbarungen regelmäßig auf den Parteiwillen schließen, die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf das neu begründete Arbeitsverhältnis anzurechnen.

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 31. August 2004 - 13 Sa 340/04 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten und einen Auflösungsantrag des Klägers.

- 2 Der 1952 geborene Kläger (verheiratet, ein Kind) ist seit 1984 bei der Beklagten beschäftigt. Die vertraglichen Beziehungen der Parteien richteten sich zunächst nach dem Arbeitsvertrag vom 30. April 1984. Danach war der Kläger als Elektromechaniker/Sachbearbeiter für die Beklagte zu einem Gehalt von zuletzt 4.400,00 DM brutto monatlich tätig. Durch "Geschäftsführer-Anstellungsvertrag" vom 15. November 1996 wurde der Kläger ab 1. Januar 1997 zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten bestellt. Sein Jahresgehalt als Geschäftsführer betrug 1997 unter Berücksichtigung einer zugesagten Tantieme insgesamt 127.400,00 DM brutto.
- 3 Nachdem Differenzen zwischen den Parteien aufgetreten waren und die Beklagte am 12. August 2002 den Geschäftsführervertrag gekündigt hatte, einigten sich die Parteien in einer Vereinbarung vom 15. August 2002 auf die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und die Fortsetzung "des Arbeitsverhältnisses entsprechend dem Anstellungsvertrag vom 15. November 1996". Der Anstellungsvertrag wurde hinsichtlich der Kündigungsfristen dahin geändert, dass hinfort die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten sollten. Seither war der Kläger als Assistent der Geschäftsleitung zu einem monatlichen Gehalt von 5.000,00 Euro brutto beschäftigt.
- 4 Mit Schreiben vom 2. Januar 2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Die Unwirksamkeit dieser Kündigung ist inzwischen rechtskräftig durch Anerkenntnisurteil festgestellt. Mit Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 16. Januar 2003 kündigten diese namens der Beklagten das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2003.
- 5 Der Kläger meint, auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die sechsmonatige Wartezeit habe er erfüllt. Die Zeit seiner Geschäftsführertätigkeit sei auf das durch die Vereinbarung vom 15. August 2002 fortgesetzte Arbeitsverhältnis anzurechnen. Dies gelte selbst dann, wenn er während der Zeit seiner Organstellung nicht Arbeitnehmer gewesen sei. Tatsächlich habe aber auch während seiner Geschäftsführertätigkeit ein Arbeitsverhältnis bestanden. Er sei weisungsabhängig wie ein Arbeitnehmer für die Beklagte tätig gewesen. Jedenfalls habe das ursprüngliche Arbeitsverhältnis während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer nur geruht. Kündigungsgründe lägen nicht vor. Dringende betriebliche Erfordernisse seien nicht gegeben, verhaltensbedingte Vorwürfe könnten ihm nicht gemacht werden.
- 6 Es sei ihm jedoch unzumutbar, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortzusetzen. Der Gesellschafter der Beklagten, Herr B, habe gegen ihn unberechtigte, ehrverletzende Vorwürfe erhoben und ihn massiv wirtschaftlich geschädigt. Das Arbeitsverhältnis sei deshalb gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.
- 7 Der Kläger hat beantragt,
1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 16. Januar 2003 nicht aufgelöst wurde,
 2. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1) das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung iHv. 75.000,00 Euro mit Wirkung zum 31. August 2003 aufzulösen.
- 8 Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, der Kläger habe die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt. Die Zeit seiner Anstellung als Geschäftsführer sei nicht anzurechnen. Im Rahmen des mit dem Geschäftsführer-Anstellungsvertrags vom 15. November 1996 begründeten Dienstverhältnisses sei der Kläger nicht als Arbeitnehmer für sie tätig geworden. Es sei vorgesehen gewesen, dass der Kläger sowie ein weiterer Geschäftsführer den Betrieb übernehmen sollten. Mit dem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag habe auch das zuvor bestandene Arbeitsverhältnis geendet und nicht ruhend weiter bestanden. Die Kündigung sei aus betriebsbedingten und verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt. Auflösungsgründe lägen nicht vor.

9

4

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine ursprünglichen Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

10 Die Revision ist begründet. Da der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif ist, war die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

11 A.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe noch keinen Kündigungsschutz erworben. Die Zeit seiner Geschäftsführertätigkeit sei auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht anzurechnen. Der Kläger als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten könne in dieser Funktion kein Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sein. Er sei auch tatsächlich in seiner Geschäftsführertätigkeit nicht derart durch Weisungen der Beklagten eingeschränkt worden, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten angenommen werden könne. Ebenso wenig habe das vor seiner Geschäftsführertätigkeit begründete Arbeitsverhältnis ruhend weiter bestanden. Die Zeit der früheren Tätigkeit des Klägers als Arbeitnehmer könne deshalb ebenfalls bei der Berechnung der Wartezeit nicht berücksichtigt werden.

12 B.

Dem folgt der Senat nicht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Die Revision rügt zu Recht, dass entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts die Zeit der Geschäftsführertätigkeit des Klägers auf die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen war und der Kläger deshalb bei Ausspruch der Kündigung die sechsmonatige Wartezeit erfüllt hatte.

13 1.

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht allerdings davon aus, dass die Erfüllung der Wartezeit sich nicht bereits daraus ergibt, dass während der Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten bestanden hätte und die Zeit dieses Arbeitsverhältnisses auf das durch Vereinbarung vom 15. August 2002 begründete Arbeitsverhältnis anrechenbar wäre.

14 a)

§ 1 Abs. 1 KSchG setzt für die Erfüllung der Wartezeit voraus, dass ein *Arbeitsverhältnis* in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Dies bedeutet, dass sonstige Zeiten, in denen der Betreffende nicht als Arbeitnehmer, sondern etwa als Geschäftsführer einer GmbH tätig geworden ist, bei der Berechnung der Wartezeit grundsätzlich nicht mitzuzählen sind (*LAG Bremen 24. Oktober 1997 - 4 Sa 71/97 -*; *KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 106*; *ErfK/Ascheid 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 71*).

15 b)

Der Senat hatte nicht abschließend zu entscheiden, ob der rechtliche Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts zutrifft, die Beschäftigungszeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH einer KG sei auf ein nachfolgendes Arbeitsverhältnis mit der KG unter keinen Umständen anzurechnen. Die Argumentation des Landesarbeitsgerichts unterliegt schon deshalb Bedenken, weil sie nicht auf die hier einschlägige Norm des § 1 Abs. 1 KSchG abstellt, sondern allein aus § 14 Abs. 1 Nr. 2 KSchG, § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG heraus argumentiert. § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG und § 14 Abs. 1 Nr. 3 KSchG haben in erster Linie den Sinn und Zweck, während des Bestehens einer Geschäftsführerstellung den GmbH-Geschäftsführer als Quasi-Arbeitgeber in

seinem Kündigungsschutz einzuschränken und den entsprechenden Prozess den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Beide Vorschriften arbeiten deshalb mit einer gesetzlichen Fiktion ("gelten nicht ..."). Die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG hat demgegenüber den Sinn und Zweck, dass die Parteien in einem Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis eine gewisse Zeit lang prüfen können, ob sie sich auf Dauer binden wollen. Dieser Zweck schließt es nicht von vornherein aus, Beschäftigungszeiten, die ein GmbH-Geschäftsführer auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses zurückgelegt hat, innerhalb dessen er nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 KSchG und nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer galt, bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG mit zu berücksichtigen. Die Frage, ob in Extremfällen das Beschäftigungsverhältnis des Geschäftsführers der Komplementär-KG mit der KG überhaupt ein Arbeitsverhältnis darstellen kann und deshalb nach § 1 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen ist, kann hier jedoch offenbleiben.

16 c)

Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt sei der Kläger als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auf der Grundlage eines Geschäftsführer-Dienstvertrags tätig geworden. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch.

17 aa)

Das Landesarbeitsgericht stellt insoweit auf die umfassenden Befugnisse ab, die der Kläger schon nach dem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag hatte und die lediglich hinsichtlich des Zahlungsverkehrs und im Innenverhältnis bei Geschäften bis 5.000,00 DM im Einzelfall oder 20.000,00 DM pro Jahr beschränkt waren. Auch die Handhabung der Arbeitszeit, der Urlaubsgewährung und das erheblich angehobene Gehalt nebst erfolgsabhängiger Tantieme ließ nicht darauf schließen, dass die Parteien der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer das bisherige abhängige Arbeitsverhältnis fortsetzen wollten.

18 bb)

Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Dies gilt unabhängig davon, ob der (Fremd-)Geschäftsführer einen starken Anteilseigner, Mitgeschäftsführer etc. neben sich hat, der die konkrete Geschäftstätigkeit bestimmend mitgestaltet. Es kommt insoweit nicht entscheidend darauf an, welchen Gebrauch der GmbH-Geschäftsführer im Innenverhältnis nach § 37 Abs. 1 GmbHG von seiner im Außenverhältnis wegen § 44 , § 35 , § 37 Abs. 2 GmbHG unbeschränkten Vertretungsbefugnis machen darf. § 37 Abs. 1 GmbHG ist eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane untereinander. Ein *unternehmerisches* Weisungsrecht hat die Gesellschaft auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer (*BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - AP GmbHG § 35 Nr. 10; Nägele BB 2001, 305, 306; Namendorf Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern S. 88*). Berücksichtigt man, dass der Gesellschaft jedenfalls ein unternehmerisches Weisungsrecht zusteht, so kann eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie darüber hinaus auf einen Status des betroffenen GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer schließen lässt, allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

19 cc)

Es hält sich im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz, dass das Landesarbeitsgericht einen solchen Ausnahmefall hier nicht angenommen hat. Die Revision rügt zu Unrecht, das Landesarbeitsgericht habe nicht hinreichend das Vorbringen des Klägers zu den Eingriffen des Herrn B in seine Geschäftsführertätigkeit berücksichtigt. Die Tatsachen, die der Kläger vorträgt, lassen nur darauf schließen, dass sich der Kläger im Rahmen seines Dienstvertrags als (Fremd-)Geschäftsführer einem starken Firmeninhaber gegenüber sah, der sich intensiv auch um das Tagesgeschäft kümmerte. Dieser Umstand macht den Kläger nicht schon zum Arbeitnehmer.

Das Vorbringen, dessen Nichtberücksichtigung die Revision rügt, ist zudem derart unsubstantiiert, dass eine Beweisaufnahme über die vom Kläger behaupteten Tatsachen vom Landesarbeitsgericht zu Recht unterlassen worden ist. Sie hätte einen reinen Ausforschungsbeweis dargestellt.

20 2.

Mit dem Landesarbeitsgericht ist auch davon auszugehen, dass das von 1984 bis 1996 bestandene Arbeitsverhältnis des Klägers nicht während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer ruhend fortbestanden hat und die frühere Beschäftigungszeit deshalb anzurechnen ist. Ist in einer GmbH & Co. KG ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH aufgestiegen und wird dann als Geschäftsführer abberufen, so lebt das alte Arbeitsverhältnis in der Regel nicht wieder auf.

21 a)

In dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags durch einen leitenden Mitarbeiter ist im Zweifel die konkludente Aufhebung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses zu sehen. Dies gilt vor allem dann, wenn ein völlig neuer Geschäftsführer-Dienstvertrag mit einem anderen Vertragspartner als dem bisherigen Arbeitgeber geschlossen wird und sich die vertraglichen Konditionen - vor allem in finanzieller Hinsicht - für den bisherigen Arbeitnehmer als Geschäftsführer verbessern (*Senat 25. April 2002 - 2 AZR 352/01 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 11 = EzA ZPO § 543 Nr. 11; 8. Juni 2000 - 2 AZR 207/99 - BAGE 95, 62 [BAG 08.06.2000 - 2 AZR 207/99]; BAG 28. September 1995 - 5 AZB 4/95 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 24 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 12*). Grundsätzlich spricht eine Vermutung dafür, dass nach dem Willen der Parteien neben dem Geschäftsführer-Dienstvertrag mit der neuen GmbH nicht noch ein Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber ruhend fortbestehen soll. Einem Arbeitnehmer in einer leitenden Position muss regelmäßig klar sein, dass er - wenn anderes nicht ausdrücklich vereinbart worden ist - mit dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags mit einer anderen Gesellschaft seinen sozialen Besitzstand aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis aufgibt. Die Vergütungshöhe in dem neuen Geschäftsführerverhältnis gibt dabei nicht den entscheidenden, sondern nur einen von mehreren Aspekten für die Beantwortung der Frage, ob das bisherige Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Oft können auch Hoffnungen auf zukünftige günstige wirtschaftliche Entwicklungen einerseits oder ein erhöhtes Sozialprestige andererseits den Entschluss des Betroffenen zum Wechsel in eine Geschäftsführerposition tragen (*Senat 25. April 2002 - 2 AZR 352/01 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 11 = EzA ZPO § 543 Nr. 11; 8. Juni 2000 - 2 AZR 207/99 - BAGE 95, 62 [BAG 08.06.2000 - 2 AZR 207/99]; Rost FS Wissmann S. 61, 66; Jäger NZA 1998, 962, 964; Hohlfeld GmbHHR 1987, 255, 257; Nägele DB 2001, 305, 308*).

22 b)

Das gleiche gilt für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht mit einer dritten Gesellschaft, sondern unmittelbar mit seinem Arbeitgeber einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag abgeschlossen hat. Auch hier gilt, dass mit Abschluss eines neuen Geschäftsführer-Dienstvertrags der vorhergehende Arbeitsvertrag regelmäßig aufgehoben wird (*Senat 7. Oktober 1993 - 2 AZR 260/93 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 16 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 9; BAG 28. September 1995 - 5 AZB 4/95 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 24 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 12; 18. Dezember 1996 - 5 AZB 25/96 - BAGE 85, 46 [BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96]*).

23 c)

Für die Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses spricht hier - worauf das Berufungsgericht zutreffend abstellt -, dass sich das Gehalt des Klägers von 4.400,00 DM auf 6.450,00 DM brutto monatlich erhöht hat und dem Kläger eine Erfolgstantieme eingeräumt worden ist. Diese hat immerhin im Jahr 1997 zu einer weiteren Gehaltszahlung von 50.000,00 DM geführt. Auch im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Parteien das seit 1984 bestandene Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen lassen wollten. Ob darüber hinaus die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer und damit die Übertragung eines nach außen höheren

Verantwortungsbereichs mit der Absicht des Alleingesellschafters der Beklagten zusammenhing sich aus der Verantwortung zurückzuziehen, wie dies die Beklagte vorgetragen hat, kann deshalb dahinstehen.

24 Auch der vom Kläger behauptete Widerruf seiner Bestellung zum Geschäftsführer sowie seine erneute Bestellung in den Jahren 1999/2000 ändern an der Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses nichts. Ebenso wenig wie allein durch die Abberufung eines Geschäftsführers ein Arbeitsverhältnis entsteht (*BAG 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 36 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37; 18. Dezember 1996 - 5 AZB 25/96 - BAGE 85, 46 [BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96]*; *BGH 23. Januar 2003 - IX ZR 39/02 - NZA 2003, 439; 10. Januar 2000 - II ZR 251/98 - NZA 2000, 376; Nägele DB 2001, 305, 307; Jäger NZA 1998, 961, 965*), kann ein bereits aufgehobenes Arbeitsverhältnis dadurch wieder aufleben.

25 d)

Ob sich durch die Einführung der Schriftform bei Aufhebungsvereinbarungen in § 623 BGB zum 1. Mai 2000 hinsichtlich der Aufhebung von Arbeitsverträgen bei Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags etwas ändert (*vgl. Dollmann DB 2003, 1838; Baeck/Hopfner DB 2000, 1914; Kamanabrou DB 2002, 146; Bauer GmbHHR 2000, 767; Nägele ArbRB 2003, 29 und BB 2001, 305*), kann hier dahinstehen. Die Parteien haben den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag bereits im Jahre 1996 abgeschlossen. Auf diesen Vertrag sowie die Aufhebung des zuvor bestandenen Arbeitsverhältnisses findet deshalb § 623 in der ab dem 1. Mai 2000 gültigen Fassung keine Anwendung.

26 3.

Die Beschäftigungszeit des Klägers als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der KG war jedoch, wie die Revision zutreffend rügt, im vorliegenden Fall auch dann zu berücksichtigen, wenn feststeht, dass der Kläger als Geschäftsführer für die Beklagte auf der Grundlage eines Dienstvertrags tätig war und seine Beschäftigungszeit in dem von 1984 bis 1996 bestandenen Arbeitsverhältnis bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG nicht mit zu berücksichtigen war. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht bei seiner Wertung den Inhalt der Vereinbarungen der Parteien vom 15. August 2002 unberücksichtigt gelassen. Schon aus dieser Vereinbarung ergibt sich zweifelsfrei, dass die Beschäftigungszeit des Klägers als Geschäftsführer auf der Grundlage des Vertrags vom 15. November 1996 auf das durch die Vereinbarung vom 15. August 2002 begründete Arbeitsverhältnis anzurechnen war.

27 a)

Durch vertragliche Vereinbarung kann eine an sich nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeit bei demselben Arbeitgeber oder bei einem anderen Unternehmen auf die Betriebszugehörigkeitsdauer angerechnet werden (*BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - DB 2006, 110, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 672; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 467a; Künzl ZTR 1996, 385, 390*).

28 b)

Eine solche Vereinbarung liegt insbesondere dann nahe und entspricht regelmäßig dem Parteiwillen, wenn ein Geschäftsführer der beklagten Arbeitgeberin oder der Komplementär-GmbH der beklagten Arbeitgeberin nach Beendigung der Geschäftsführerstellung in einem Arbeitsverhältnis mit vergleichbarer Aufgabenstellung weiterbeschäftigt wird. Ist der Betreffende länger als sechs Monate als Geschäftsführer tätig gewesen, so wird in den seltensten Fällen für den Arbeitgeber ein sachlicher Grund bestehen, sich nochmals wie bei einem neueingestellten Arbeitnehmer über die Tauglichkeit der Person und der Arbeitsleistung des Betreffenden für das fragliche Aufgabengebiet ein Bild zu verschaffen. Auf der anderen Seite hat der langjährig als Geschäftsführer mit den selben oder vergleichbaren Aufgaben betraute Mitarbeiter ein berechtigtes

Interesse daran, nach der Beendigung der Geschäftsführerstellung nicht nochmals eine Wartezeit zu durchlaufen, während derer er ohne Überprüfung der Kündigungsgründe auf ihre Sozialwidrigkeit entlassen werden kann.

29 c)

Dies rechtfertigt es zwar noch nicht, in derartigen Fällen generell den § 1 KSchG analog anzuwenden, wie dies teilweise in der Literatur erörtert wird (*Bauer Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge 7. Aufl. III Rn. 69 und DB 1994, 855, 857; Kitzinger Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht S. 88*). Auch wenn mit dem Geschäftsführer nach seiner Abberufung ein Arbeitsverhältnis vereinbart wird und das ehemalige Organmitglied ansonsten seiner Tätigkeit im Wesentlichen unverändert weiter nachgeht, hängt es grundsätzlich von der Parteivereinbarung ab, ob ein völliger Neuanfang mit entsprechender Wartezeit oder eine Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses ohne entsprechende Wartezeit gewollt ist.

30 d)

Die Besonderheiten eines Arbeitsverhältnisses, in dem der abberufene Geschäftsführer nach Beendigung seines Geschäftsführer-Anstellungsvertrags weiterbeschäftigt wird, sind jedoch jedenfalls bei der Auslegung einer entsprechenden Parteivereinbarung, durch die die vertraglichen Grundlagen für die Weiterbeschäftigung in einem Arbeitsverhältnis geschaffen werden, entscheidend mit zu berücksichtigen. Ist in einer GmbH & Co. KG ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH aufgestiegen und wird er dann als Geschäftsführer abberufen, so bedarf die Beendigung des Geschäftsführer-Dienstvertrags und die Weiterbeschäftigung des abberufenen Geschäftsführers regelmäßig einer besonderen Vereinbarung. Vereinbaren die Parteien nach der Kündigung des Geschäftsführervertrags eine Weiterbeschäftigung des Betreffenden - ohne wesentliche Änderung seiner Arbeitsaufgaben - im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, so lässt dies mangels abweichender Vereinbarungen regelmäßig auf den Parteiwillen schließen, die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer auf das neu begründete Arbeitsverhältnis anzurechnen. Der abberufene Geschäftsführer hat deshalb regelmäßig in dem neu begründeten Arbeitsverhältnis keine Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zurückzulegen und genießt von Anfang an Kündigungsschutz. Ein abweichender Parteiwille, der dahin zielt, die frühere Beschäftigungszeit als Geschäftsführer unberücksichtigt zu lassen, ist nur dann beachtlich, wenn er in dem neuen Arbeitsvertrag hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.

31 Ist der abberufene Geschäftsführer schon längere Zeit im Betrieb tätig gewesen, so ist die Vereinbarung der Parteien, das Beschäftigungsverhältnis, das während der Dauer der Geschäftsführerstellung regelmäßig einen Dienstvertrag darstellte, fortzusetzen, vom Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 KSchG nicht mit einer Neueinstellung vergleichbar. Wird der Betreffende ohne Unterbrechung in einer Tätigkeit weiterbeschäftigt, für die er bereits erprobt ist, so muss er vom Empfängerhorizont her bei der bloßen Vereinbarung der Fortsetzung der Beschäftigung - nunmehr in einem Arbeitsverhältnis - nach Treu und Glauben regelmäßig nicht damit rechnen, dass er in diesem Arbeitsverhältnis sechs Monate lang keinen Kündigungsschutz genießt und außerdem die kürzeste gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats nach § 622 Abs. 1 BGB gilt. Von dem Arbeitgeber, der unter derartigen Umständen die Vereinbarung einer Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG und der kurzen Kündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB beabsichtigt, ist zu verlangen, dass er einen derartigen Willen deutlich zum Ausdruck bringt. Unklarheiten müssen insoweit zu seinen Lasten gehen.

32 e)

Aus den Vereinbarungen der Parteien anlässlich der Neubegründung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich danach eindeutig, dass die Beschäftigungszeit ab 15. November 1996 anzurechnen und die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG bei Ausspruch der Kündigung am 16. Januar 2003 deshalb erfüllt gewesen ist.

33 aa)

Bei der Vereinbarung vom 15. August 2002 handelt es sich um einen nichttypischen Vertrag. Die Auslegung von nichttypischen Verträgen und Willenserklärungen ist zwar in erster Linie Sache der Tatsachengerichte (*BAG 24. September 2003 - 10 AZR 640/02 - BAGE 108, 1 [BAG 24.09.2003 - 10 AZR 640/02] mwN*). Hier hat das Landesarbeitsgericht die gebotene Auslegung der Vereinbarung vom 15. August 2002 unterlassen. Dies führt allerdings nicht zur Zurückverweisung. Der Senat konnte ausnahmsweise die Vereinbarung selbst auslegen, weil der erforderliche Sachverhalt vollständig festgestellt ist und kein weiteres tatsächliches Vorbringen zu erwarten war (*vgl. BAG 10. Mai 1984 - 2 AZR 161/83 - AP BAT § 55 Nr. 3*).

34 bb)

Die Auslegung ergibt zweifelsfrei, dass die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses ohne Berücksichtigung der früheren Beschäftigungszeit mit den gesetzlichen Folgen einer Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG und einer Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Monatsende nach § 622 BGB von den Parteien nicht beabsichtigt war. Die mehrfache Verwendung der Begriffe "Arbeitgeberin" für die Beklagte, "Arbeitnehmer" für den Kläger und "Arbeitsverhältnis" für das Beschäftigungsverhältnis in der Vereinbarung zeigt, dass die Weiterbeschäftigung des Klägers jedenfalls in Zukunft auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses erfolgen sollte. Da der Geschäftsführervertrag unter dem 12. August 2002 gekündigt war, zielte die Vereinbarung vom 15. August 2002 darauf, die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch diese Kündigung abzuwenden und für eine vertragliche Grundlage für die Weiterbeschäftigung des Klägers - wie der unstreitige Sachvortrag zeigt, im Wesentlichen mit den gleichen Aufgaben - zu sorgen. Wenn unter diesen Umständen die Parteien vereinbart haben, das Arbeitsverhältnis werde entsprechend dem Anstellungsvertrag vom 15. November 1996 fortgesetzt, so spricht dies vom Empfängerhorizont her entscheidend dafür, dass eine Anrechnung der Beschäftigungszeit seit 15. November 1996 erfolgen sollte und der Kläger deshalb keine Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zurückzulegen hatte, ehe sein Arbeitsverhältnis dem Kündigungsschutz unterlag. Die Vereinbarung vom 15. August 2002 enthält abschließend die Änderungen, die in dem Vertragsverhältnis erfolgen sollten. Von einer Neubegründung des Arbeitsverhältnisses mit allen rechtlichen Konsequenzen ist dort nicht die Rede. Die Parteien haben vielmehr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbart und dabei die bisherige Beschäftigungszeit seit 15. November 1996 ausdrücklich erwähnt. Auf die gesetzliche Kündigungsfrist ist zwar Bezug genommen. Die Beklagte geht jedoch selbst davon aus, dass damit nicht die kürzeste gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen nach § 622 Abs. 1 BGB gemeint war. Die Beklagte hat vielmehr bei ihrer Kündigung die bisherige Beschäftigungszeit des Klägers seit Anbeginn berücksichtigt und sogar mit der höchsten gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt. Diese war immer noch erheblich kürzer als die vereinbarte Kündigungsfrist aus dem Geschäftsführervertrag. Hätte die Beklagte, die die Vereinbarung vom 15. August 2002 offenbar formuliert hat, eine unter den gegebenen Umständen solch fernliegende Vereinbarung treffen wollen wie die, dass der Kläger vor Beginn des Kündigungsschutzes noch eine sechsmonatige Wartezeit hätte durchlaufen müssen, so hätte dies im Vertragstext zum Ausdruck kommen müssen. Da dies nicht geschehen ist, kann die Vereinbarung vom 15. August 2002 nur dahin ausgelegt werden, dass der Kläger unter Berücksichtigung seiner vorherigen Beschäftigungszeit von vornherein ab 15. August 2002 Kündigungsschutz haben sollte.

35 4.

Zu den Kündigungsgründen und dem Auflösungsantrag hat das Landesarbeitsgericht - von seinem rechtlichen Ausgangspunkt her konsequent - keine Feststellungen getroffen. Dies führt zur Zurückverweisung (§ 563 Abs. 1 ZPO). Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob die von der Beklagten überwiegend pauschal vorgetragene Kündigungsgründe zu deren sozialer Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG ausreichen. Sollte es danach noch auf den Auflösungsantrag des Klägers ankommen, so wird das Landesarbeitsgericht insbesondere den von der Beklagten ohne nähere Begründung erhobenen Vorwurf zu beurteilen haben, der Kläger habe eine strafbare Handlung begangen. Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab, um nicht in den Beurteilungsspielraum des Landesarbeitsgerichts einzugreifen.

Rost
Bröhl
Schmitz-Scholemann
Sieg
Schierle

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.