

Wird ein in leitender Position beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer neu gegründeten GmbH bestellt, die wesentliche Teilaufgaben des Betriebes seines bisherigen Arbeitgebers übernimmt (Ausgliederung einer Bauträger-GmbH aus einem Architekturbüro), so wird im Zweifel mit Abschluß des Geschäftsführerdienstvertrages das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben (teilweise Korrektur der Rechtsprechung im Senatsurteil vom 9. 5. 1985 – 2 AZR 330/84 – BAG 49, 81 = AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979).

*Bundesarbeitsgericht, 2. Senat*

*Urteil vom 8. 6. 2000 – 2 AZR 207/99*

*2. Instanz: Landesarbeitsgericht Niedersachsen*

Der 1955 geborene Kl. wurde von dem Bekl. in dessen Architekturbüro mit Wirkung zum 1. 6. 1991 als Dipl.-Ing. Architekt eingestellt. Er sollte nach dem Anstellungsvertrag insbesondere die Beschaffung von Planungsaufträgen für das Architekturbüro und die Abwicklung von Bauvorhaben übernehmen. Neben einem Monatsgehalt von zunächst 4500 DM, das sich bis 1994 auf 5500 DM steigerte, war eine Provision von 3% bzw. 6% auf das Architektenhonorar für bereits beschaffte bzw. vom Kl. beschaffte Objekte vereinbart. In einer Zusatzvereinbarung vom 10. 1. 1992 wurde die Kündigungsfrist auf neun Monate zum Monatsende festgelegt.

1994 kam es zu der Gründung einer selbständigen Bauträgergesellschaft, der N. GmbH (NOP) mit Hauptsitz in L., weil sich für Großprojekte die Trennung von Bauträgertätigkeit und Architektenleistung als erforderlich erwies. Der Kl. wurde neben der Ehefrau des Bekl. zum 1. 8. 1994 als Geschäftsführer der NOP bestellt. Gesellschafter der NOP sind die Ehefrau und die Kinder des Bekl. Ein schriftlicher Geschäftsführervertrag wurde nicht abgeschlossen. Bei Objekten, die die NOP als Bauträger betreute, war der Bekl. als Architekt beteiligt. Schwerpunkt der Tätigkeit des Kl. war vor dem 1. 8. 1994 ebenso wie nachher die Beschaffung von Planungsaufträgen und die Baubetreuung. Ab 1. 8. 1994 übte der Kl. diese Tätigkeit als Geschäftsführer der NOP aus. Sein Monatsgehalt bei der NOP betrug anfangs 6000 DM, zuletzt 7000 DM. Daneben bezog der Kl. weiterhin, wie in dem ursprünglichen Arbeitsvertrag vereinbart, Provisionen auf das Architektenhonorar des Bekl. in erheblicher Höhe. So ist etwa an den Kl. nach einer Aufstellung vom 14. 3. 1997 für ein Objekt in Höhe einer Provision in Höhe von 198 263,75 DM gezahlt worden. Über weitere, seiner Ansicht nach noch ausstehende Provisionen hat der Kl. Rechnungen als „Honorarforderung“ zuzüglich Mehrwertsteuer erteilt.

Die NOP berief den Kl. zum 30. 6. 1997 als Geschäftsführer ab und kündigte das Anstellungsverhältnis zum 31. 7. 1997.

Der Kl. macht geltend, ab 1. 8. 1997 stehe er in einem Arbeitsverhältnis zum Bekl. und dieser sei zu seiner Weiterbeschäftigung verpflichtet. Durch seine Geschäftsführerbestellung sei sein Arbeitsverhältnis

\* Für die Amdl. Samml. bestimmt.

nis mit dem Bekl. nicht beendet worden, dieses habe vielmehr ruhend weiterbestanden. So sei dies zwischen den Parteien auch ausdrücklich besprochen worden. Deshalb sei der vorbereitete Aufhebungsvertrag nicht unterschrieben worden. Er habe ausdrücklich auf dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bestanden, weil er nicht gewillt gewesen sei, arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz und die vereinbarte Kündigungsfrist von neun Monaten aufzugeben. Er habe bei der NOP auch keinen höheren Verdienst erzielt, die Vergütungssteigerung habe der üblichen Gehaltsanhebung entsprochen. Eine Veränderung in seiner Tätigkeit sei nicht eingetreten und er habe nach wie vor Tätigkeiten für den Bekl. ausgeübt. Die Idee, die NOP als Bauträgergesellschaft zu gründen, sei im übrigen von ihm, dem Kl., entwickelt worden.

Der Kl. hat beantragt,

1. festzustellen, dass er zu dem Bekl. in einem unbefristeten, ungekündigten Arbeitsverhältnis als Dipl.-Ing.-Architekt steht,

2. den Bekl. zu verurteilen, ihn mit Wirkung ab 1. 8. 1997 als Dipl.-Ing.-Architekt in Vollzeitbeschäftigung mit einer Vergütung von 6000 DM brutto weiterzubeschäftigen.

Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, mit Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit sei das Arbeitsverhältnis der Parteien beendet worden, da der Kl. zu besseren Konditionen als Geschäftsführer bei der NOP tätig geworden sei. Über einen Aufhebungsvertrag habe er mit dem Kl. nicht verhandelt, den vom Kl. vorgelegten Vertragsentwurf kenne er nicht. Wenn der Kl. auch als Geschäftsführer der NOP Anspruch auf Provision auf das Architektenhonorar gehabt habe, welches ihm, dem Bekl., aufgrund von Planungsaufträgen bzw. Architektenleistungen von der NOP zugestanden habe, so spreche dies noch nicht für das Weiterbestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb erfolglos. Die vom LAG zugelassene Revision des Kl. ist unbegründet.

**Aus den Gründen:** Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Damit ist die Klage in vollem Umfang unbegründet.

I. Das LAG hat – kurz zusammengefasst – angenommen, werde ein Angestellter zum Geschäftsführer einer neu gegründeten GmbH bestellt, die Teilaufgaben seines bisherigen Arbeitgebers übernehme, so werde im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben. Der Kl. habe mit der NOP – wenn auch nicht schriftlich – einen Geschäftsführerdienstvertrag abgeschlossen und habe seine Arbeitsleistung ab 1. 8. 1994 ausschließlich im Rahmen dieses Geschäftsführerdienstverhältnisses erbracht. Dies spreche gegen den Fortbestand seines bisherigen Arbeitsverhältnisses. Entgegenstehende Vereinbarungen der Parteien habe der Kl. nicht zu beweisen vermocht. Auch das Weiterbestehen der selbständigen Provisionsvereinbarung mit dem Bekl. ergebe durchaus Sinn, da die NOP Architektenleistungen an den Bekl. vergeben habe und der Umfang der Architektenleistungen von der Auftragsbeschaffung durch den Kl. als Geschäftsführer der NOP abhängig gewesen sei.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Seine Annahme, der Kl. sei weder als Geschäftsführer

der NOP aufgrund des Arbeitsvertrages mit dem Bekl. tätig geworden (unten zu 1)), noch habe neben dem Geschäftsführervertrag mit der NOP der ursprüngliche Arbeitsvertrag als Grundlage weiterer Leistungen für den Bekl. (unten zu 2)) bzw. ruhend (unten zu 3)) fortbestanden, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

1. Das LAG ist aufgrund der Auslegung individueller Absprachen zu dem Ergebnis gekommen, der Kl. sei ab 1. 8. 1994 für die NOP nicht mehr auf der Grundlage des mit dem Bekl. abgeschlossenen Arbeitsvertrages, sondern aufgrund eines mit der NOP abgeschlossenen Geschäftsführervertrages tätig geworden. Es stehe fest, dass der Kl. ab 1. 8. 1994 für die NOP gearbeitet habe und auch von dieser bezahlt worden sei. Ein schriftlicher Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrages sei nicht erforderlich.

a) Bei diesen vom LAG gewürdigten Absprachen der Parteien handelt es sich um die Auslegung von Willenserklärungen individueller Art, die grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz ist. In diesen Fällen ist eine Überprüfung durch das Revisionsgericht nur dahin möglich, ob das Berufungsgericht eine Auslegung völlig unterlassen hat, ob diese unzureichend ist oder gegen ein Gesetz verstößt oder wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist (ständige Rechtsprechung u. a. BAG vom 17. 2. 1966 – 2 AZR 162/65 – AP Nr. 30 zu § 133 BGB; vom 7. 10. 1993 – 2 AZR 260/93 – AP Nr. 16 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 9). Die der Auslegung des LAG zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen, die das Revisionsgericht binden, sofern dagegen keine durchgreifenden Revisionsangriffe erhoben sind (§ 561 Abs. 2 ZPO), sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es sind keine begründeten Revisionsrügen i. S. von § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO erhoben worden.

b) Die Revision macht nur geltend, der Auffassung des LAG, nach den Gesamtumständen könne nicht davon ausgegangen werden, der Kl. sei ab 1. 8. 1994 bei der NOP noch auf der Basis des ursprünglichen Arbeitsvertrages tätig geworden, könne nicht gefolgt werden. Die Revision will damit lediglich die Vertragsabsprachen anders gewürdigt sehen und setzt ihre Würdigung an die Stelle derer des LAG, ohne reversible Rechtsfehler aufzuzeigen.

aa) In den Vorinstanzen ist der Kl. zunächst selbst davon ausgegangen, er sei ab dem 1. 8. 1994 für die NOP aufgrund des mit der NOP „bestehenden Anstellungsverhältnisses“ tätig geworden, das Arbeitsverhältnis mit dem Bekl. habe daneben nur im Zustand des Ruhens fortbestanden und sei nach der Kündigung der NOP zum 1. 8. 1997 wieder aufgelebt. Es ist deshalb schon äußerst zweifelhaft, ob es sich bei dem Vorbringen des Kl. in der Revisionsinstanz, der mit dem Bekl. geschlossene Arbeitsvertrag sei auch die Rechtsgrundlage für seine Geschäftsführertätigkeit bei der NOP gewesen, nicht um neuen, nach § 561 Abs. 1 ZPO unbeachtlichen Tatsa-

chenvortrag handelt. Jedenfalls hat das Berufungsgericht das Gegenteil, nämlich den Abschluss eines Geschäftsführervertrages mit der NOP, rechtsfehlerfrei festgestellt.

bb) Zutreffend weist die Revision zwar darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BAG, von der auch das LAG ausgeht (BAG vom 25. 6. 1997 – 5 AZB 41/96 – AP Nr. 36 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37; vom 20. 10. 1995 – 5 AZB 5/95 – AP Nr. 36 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 13; vom 21. 2. 1994 – 2 AZB 28/93 – AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 28), der Anstellungsvertrag nicht mit der juristischen Person abgeschlossen werden muss, zu deren Organvertreter der Dienstnehmer bestellt werden soll; wird etwa ein bei einer Konzernobergesellschaft beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer konzernabhängigen Gesellschaft bestellt, so kann der mit der Konzernobergesellschaft abgeschlossene Arbeitsvertrag nach wie vor die Rechtsgrundlage für die Geschäftsführerbestellung bei der Tochtergesellschaft sein (BAG vom 25. 6. 1997 AP Nr. 36 zu §§ 5 ArbGG 1979; *Martens FS Hilger/Stumpf S. 437, 438*). Es ist jedoch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht einen solchen Sachverhalt nicht angenommen hat. Unstreitig war der Bekl. weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der NOP, seine rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die NOP entsprachen damit nicht denen einer Konzernobergesellschaft. Der Kl. hat auch selbst nicht konkret behauptet, er sei nach seiner Geschäftsführerbestellung weiterhin Arbeitgeberweisungen des Bekl. unterworfen gewesen. Im Gegensatz zu dem Ausgangsfall der von der Revision zitierten Entscheidung des BAG vom 20. 10. 1995 (AP Nr. 36 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 13) erhielt der Kl. seine Vergütung nach dem 1. 8. 1994 auch nicht weiterhin vom Bekl., sondern von der NOP. Der Kl. gibt selbst keine Erklärung dafür, dass er, was sich mit dem Weiterbestehen des alten Arbeitsverhältnisses nicht vereinbaren ließe, über die im Arbeitsvertrag vereinbarten Provisionen während seiner Geschäftsführertätigkeit Honorarrechnungen einschließlich Mehrwertsteuer erstellt hat. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme über eine schriftliche Niederlegung eines Vertrages zwischen dem Kl. und der NOP gesprochen worden ist, angenommen hat, der Kl. sei ab 1. 8. 1994 für NOP nicht aufgrund des alten Arbeitsverhältnisses, sondern aufgrund eines Geschäftsführervertrages tätig geworden, lässt dies keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Ebenso zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass ab 1. 8. 1994 nicht neben dem Geschäftsführervertrag des Kl. mit der NOP das ursprüngliche Arbeitsverhältnis mit dem Bekl. mit Pflicht zur Arbeitsleistung für den Bekl. fortbestanden hat. Das LAG stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, sowohl Arbeitsvertrag als auch Geschäftsführerdienstvertrag begründeten die Verpflichtung zur Ar-

beitsleistung. Wenn nicht jeweils Teiltätigkeiten vorlägen, könne die Arbeitsleistung nur in einem Vertragsverhältnis erbracht werden. Sowohl im Arbeitsverhältnis als auch im Geschäftsführerdienstverhältnis bestünden erhebliche Nebenpflichten, z. B. Treuepflichten. Aus beiden Vertragsverhältnissen folge die Gebundenheit an Weisungen des Arbeitgebers bzw. der Gesellschafterversammlung. Regelmäßig könne der Geschäftsführer nur ein Vertragsverhältnis ordnungsgemäß erfüllen; abgrenzbare Teiltätigkeiten lägen nicht vor. Die wesentliche Tätigkeit der NOP und des Kl. als Geschäftsführer der NOP habe in der Auftragsbeschaffung und in der Baubetreuung gelegen, die der Kl. zuvor schwerpunktmäßig im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses für den Bekl. erbracht habe. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Erhebliche Rügen hat der Kl. mit der Revision insoweit auch nicht erhoben.

3. Mit dem Berufungsgericht ist ebenfalls davon auszugehen, dass nicht während der Geschäftsführertätigkeit des Kl. für die NOP sein früheres Arbeitsverhältnis mit dem Bekl. ruhend fortbestanden hat und nach der Kündigung der NOP wieder aufgelebt ist. Die Annahme des LAG, das Arbeitsverhältnis mit dem Bekl. sei mit Abschluss des Geschäftsführervertrages mit Wirkung zum 1. 8. 1994 aufgehoben worden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) In Rechtsprechung und Literatur wird übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses durch schlüssiges Verhalten möglich ist. Ein solcher Wille muss nur unzweifelhaft und eindeutig zum Ausdruck gekommen sein (Senat vom 16. 3. 2000 – 2 AZR 196/99 – RzK I 9 Nr. 72; LAG Sachsen-Anhalt vom 9. 3. 1995 – 6 Sa 259/94 – LAGE BGB § 611 Aufhebungsvertrag Nr. 17; KR-*Etzel* 5. Aufl. § 1 KSchG Rz. 196; *ErfK-Müller-Glöge* § 620 BGB Rz. 224; *Schaub Arbeitsrechts-Handbuch* 9. Aufl. § 122 Rz. 9; *Frölich NZA* 1997, 1273; entsprechend für eine Ausgleichsquittung Senat vom 3. 5. 1979 – 2 AZR 679/77 – AP Nr. 6 zu § 4 KSchG 1969 = BAG 32, 6, 11).

b) In der vom LAG herangezogenen Rechtsprechung hat der Senat angenommen, dass ein Arbeitsverhältnis im Zweifel nicht aufgehoben werden, sondern nur ruhen soll, wenn der Arbeitnehmer zu einem Organ i. S. von § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG bestellt wird. Dies gelte dann jedoch nicht, wenn der durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eintretende Verlust des gesetzlichen Kündigungsschutzes durch eine wesentlich höhere Vergütung aufgewogen werde (Senat vom 9. 5. 1985 – 2 AZR 330/84 – AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979 = BAG 49, 81, 87 ff.; vom 27. 6. 1985 – 2 AZR 425/84 – AP Nr. 2 zu § 1 Angestelltenkündigungsg [III 2, 3 der Gründe]; vom 12. 3. 1987 – 2 AZR 336/86 – AP Nr. 6 zu § 5 ArbGG 1979 = BAG 55, 137, 145 ff.). Mit Urteil vom 7. 10. 1993 (2 AZR 260/93 – AP Nr. 16 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG

1979 § 5 Nr. 9 [II 1b aa der Gründe]) stellte der Senat in Frage, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist. Er ging davon aus, dass jedenfalls dann, wenn das Arbeitsverhältnis nur der Erprobung dienen sollte, dieses im Zweifel mit dem Abschluss des Anstellungsvertrages als Organ beendet ist. Fehlender Bestandsschutz des Arbeitnehmers spreche für den Willen zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Diese Zweifel hat der Fünfte Senat aufgegriffen. Er geht davon aus, dass im Falle des Abschlusses eines vollständig neuen Vertrages im Zweifel nicht angenommen werden könne, dass daneben ein ruhendes Arbeitsverhältnis fortbestehen solle, zumal bei Gewährung einer höheren Vergütung (BAG vom 28. 9. 1995 – 5 AZB 4/95 – AP Nr. 24 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 12 [II 2b der Gründe]). Die Vergütungserhöhung müsse auch nicht gerade für die Aufgabe des Arbeitnehmerstatus gezahlt werden (BAG vom 10. 12. 1996 – 5 AZB 20/96 – AP Nr. 4 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung = BAG 84, 377, 384 f.).

c) In der Literatur wird überwiegend abgelehnt, den Fortbestand eines ruhenden Arbeitsverhältnisses neben dem Geschäftsführerdienstvertrag auch dann anzunehmen bzw. zu vermuten, wenn nicht schon nach den Gesamtumständen der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses neben dem Geschäftsführerdienstvertrag zumindest Geschäftsgrundlage der Geschäftsführerbestellung war (etwa Aufstieg eines untergeordneten Angestellten mit erheblichem sozialen Besitzstand zum Titulargeschäftsführer im Betrieb seines Arbeitgebers ohne nennenswerte Gehaltsanhebung und Kompetenzerweiterung) (*Martens Anm. zu AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979; Boemke ZfA 1998, 209, 224; KR-Rost 5. Aufl. § 14 KSchG Rz. 6; KPK-Bengelsdorf 2. Aufl. Teil H § 14 Rz. 25; Hueck/von Hoyningen-Huene KSchG 12. Aufl. § 14 Rz. 7b; Hachenburg-Stein GmbHG 8. Aufl. § 35 Rz. 190, vgl. LAG Köln vom 26. 2. 1997 – 8 Sa 1368/96 – LAGE ArbGG 1979 § 5 Nr. 6).*

d) Es braucht nicht für alle denkbaren Fälle abschließend entschieden zu werden, ob und ggf. in welchem Umfang an der früheren Rechtsprechung festzuhalten ist, bei in etwa gleichen Bezügen nach der Geschäftsführerbestellung des Betroffenen sei im Zweifel zu vermuten, dass neben dem Geschäftsführerdienstvertrag ein ruhendes Arbeitsverhältnis fortbestehe. Jedenfalls bei einer Sachverhaltsgestaltung wie der vorliegenden fehlt für eine solche Annahme die Vermutungsbasis. Wird ein in leitender Position beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer neu gegründeten GmbH bestellt, die wesentliche Teilaufgaben des Betriebes seines bisherigen Arbeitgebers übernimmt (Ausgliederung einer Bauträger-GmbH aus einem Architekturbüro), so wird im Zweifel mit Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrages das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben. Auch bei einer nur geringen Anhebung der Geschäftsführerbezüge gegenüber dem früheren Gehalt spricht dann mangels weiterer Anhaltspunkte eine Vermutung dafür, dass nach dem Willen der Parteien nicht neben dem Geschäftsführerdienst-

vertrag mit der neuen GmbH noch ein Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber ruhend fortbestehen soll. Jedenfalls insoweit hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BAG vom 9. 5. 1985 – 2 AZR 330/84 – AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979 = BAG 49, 81) nicht mehr fest.

Schließt ein Arbeitnehmer mit einer neu gegründeten GmbH, an der sein bisheriger Arbeitgeber nicht als Gesellschafter beteiligt ist, und auf die dieser auch nicht als (Mit-) Geschäftsführer maßgeblichen Einfluss hat, einen Geschäftsführerdienstvertrag ab, so muss ihm regelmäßig klar sein, dass er damit seinen sozialen Besitzstand aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis aufgibt. Dies gilt erst recht, wenn es sich bei dem Betroffenen um einen Angestellten in leitender Position handelt, bei dem gewisse Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden können. Die Vergütungshöhe spielt bei einer derartigen Entwicklung des Vertragsverhältnisses nicht die allein entscheidende Rolle. Es ist durchaus möglich, dass der Betroffene gerade im Hinblick auf die von ihm erhoffte günstige Entwicklung der Geschäfte bei der neuen GmbH und spätere Gehaltssteigerungen zunächst auf eine spürbare Anhebung seines Geschäftsführergehalts verzichtet. Wenn der frühere Tätigkeitsbereich, in dem der Betroffene in seinem Arbeitsverhältnis bei seinem bisherigen Arbeitgeber in leitender Position beschäftigt war, nunmehr ausgegliedert und auf eine neue GmbH übertragen wird, so hat nach der Ausgliederung der frühere Arbeitgeber ersichtlich keine Arbeit mehr für den Betroffenen. Unter solchen Umständen eine Vertragsbindung an den alten Arbeitgeber in der Form eines ruhenden Arbeitsverhältnisses, das sich möglicherweise erst nach vielen Jahren wieder realisieren kann, anzunehmen, setzt regelmäßig eine gesonderte Vereinbarung voraus. Eine solche Vereinbarung fehlt hier.

e) Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht danach davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien über den 1. 8. 1994 hin- aus kein ruhendes Arbeitsverhältnis fortbestanden hat.

aa) Der berufliche Aufstieg des Kl. zum Geschäftsführer hat unstrittig weder im Betrieb des Bekl. noch in einem Konzernverbund mehrerer Unternehmen, sondern bei einer Drittfirma stattgefunden, an der der Bekl. als Vertragspartner des ursprünglichen Arbeitsvertrages rechtlich nicht beteiligt war. Der Bekl. hat in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, er habe dem Kl. hinsichtlich seiner Geschäftsführertätigkeit keine Weisungen erteilt und habe auf das Geschehen bei der GmbH auch keinen Einfluss nehmen können. Dem ist der Kl. nicht mit konkretem Sachvortrag entgegengetreten. Es reicht nicht aus, wenn der Kl. mit der Revision lediglich geltend macht, der Bekl. sei „letztlich eng mit der NOP verbunden“ gewesen. Schon in dem ursprünglichen Arbeitsvertrag war eine verhältnismäßig selbständige Stellung des Kl. hinsichtlich der Erledigung seiner Aufgaben vereinbart und auch die Ausweitung eines

Büros in L., dem späteren Sitz der NOP, ins Auge gefasst. Dass sich 1994 die Notwendigkeit ergab, den Arbeitsbereich des Kl. auf eine selbständige Firma auszugliedern, wobei diese Ausgliederung nach der eigenen Behauptung des Kl. als Idee sogar von ihm entwickelt worden ist, spricht eher für eine Ablösung des Arbeitsverhältnisses durch den Geschäftsführerdienstvertrag. Wenn, worauf der Bekl. nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt keinen rechtlichen Einfluss hatte, die NOP dem Kl. irgendwann einmal kündigte, deren Aufgaben aber nicht auf den Betrieb des Bekl. zurückverlagert wurden, so war am 1. 8. 1994 kaum absehbar, mit welchem Inhalt ein ruhendes Arbeitsverhältnis zum Bekl. nach einer Kündigung der NOP u.U. nach Jahren hätte wieder aufleben sollen. Berücksichtigt man diese vom LAG in seine Erwägungen einbezogenen Umstände, so hält sich die Annahme des Berufungsgerichts, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei mit dem 1. 8. 1994 aufgelöst worden, im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz.

bb) Der Frage, in welchem Umfang sich die Bezüge des Kl. im Zusammenhang mit seiner Geschäftsführerbestellung erhöht haben, kommt entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht demgegenüber keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Wenn der Senat bei einem Aufstieg im selben Betrieb zum Geschäftsführer nach langjähriger Beschäftigung ohne wesentliche Veränderung der faktischen Position des Betroffenen entscheidend auf die Vergütungsvereinbarung abgestellt hat, so geht dies von dem Lebenserfassungssatz aus, unter derartigen Umständen sei kein Arbeitnehmer vernünftigerweise bereit, ohne einen entsprechenden Risikoausgleich auf seinen erheblichen Kündigungsschutz zu verzichten. Ein solcher Sachverhalt liegt hier ersichtlich nicht vor: Der Kl. verdiente beim Bekl. bereits ein Gehalt in erheblicher Höhe. Dieses Gehalt ist auch anlässlich seiner Geschäftsführerbestellung, wenn auch nur um einige hundert DM, erhöht worden. Entscheidend ist aber, dass der Kl. über sein Festgehalt hinaus eine Provision bezog, die seine Einkommenshöhe maßgeblich beeinflusste. In seiner Stellung als mit der Auftragsbeschaffung und -abwicklung befasster Geschäftsführer hatte der Kl. die Möglichkeit, bei erfolgreicher Tätigkeit erhebliche Einkommenssteigerungen zu erreichen. Dies zeigen die Aufstellungen über tatsächlich gezahlte Provisionen. Die Wertung des Berufungsgerichts, aus der nur geringfügigen Anhebung seines Grundgehalts im Zusammenhang mit der Geschäftsführerbestellung könne nicht auf einen Willen des Kl. geschlossen werden, neben seinem Anstellungsverhältnis als Geschäftsführer an einem ruhenden Arbeitsverhältnis zum Bekl. festzuhalten, ist unter diesen Umständen rechtlich nicht zu beanstanden.

cc) Auch das Ergebnis der vor dem Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme spricht nicht für einen Willen der Parteien auf Fortsetzung eines ruhenden Arbeitsverhältnisses. Die Revision bewertet insoweit nur das Ergebnis der Beweisaufnahme anders als

werden, neben seinem Anstellungsverhältnis als Geschäftsführer an einem ruhenden Arbeitsverhältnis zum Bekl. festzuhalten, ist unter diesen Umständen rechtlich nicht zu beanstanden.

cc) Auch das Ergebnis der vor dem Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme spricht nicht für einen Willen der Parteien auf Fortsetzung eines ruhenden Arbeitsverhältnisses. Die Revision bewertet insoweit nur das Ergebnis der Beweisaufnahme anders als das LAG, ohne konkrete Rechtsfehler zu rügen. Solche sind auch nicht erkennbar. Wenn die Vertragsparteien in einem Gespräch zwar den Abschluss eines Aufhebungsvertrages hinsichtlich des bestehenden Arbeitsverhältnisses thematisiert haben, es in dem Gespräch aber als wesentlichem Problempunkt darum ging, dass ein schriftlicher Geschäftsführervertrag noch nicht abgeschlossen war, so kann die Tatsache, dass der Kl. ohne Abschluss schriftlicher Verträge seine Tätigkeit als Geschäftsführer aufgenommen hat, durchaus bedeuten, dass die Parteien sich auch ohne Einhaltung einer nicht erforderlichen Schriftform darüber einig waren, der Arbeitsvertrag mit dem Bekl. sollte durch einen mündlich abgeschlossenen Geschäftsführerdienstvertrag mit der NOP ersetzt werden. Dies gilt um so mehr, als nach der Aussage des vom Berufungsgericht vernommenen Zeugen auch bei diesem eine Ablösung seines Arbeitsverhältnisses mit dem Bekl. durch ein Arbeitsverhältnis mit der NOP vereinbart worden ist. Jedenfalls ist die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass der Hergang des von dem Zeugen wiedergegebenen Gesprächs nicht auf einen Willen der Parteien schließen lässt, ihr Arbeitsverhältnis während der Geschäftsführertätigkeit des Kl. nur zum Ruhen zu bringen.

dd) Soweit die Revision schließlich auf die Provisionsregelung hinweist, die nach den ursprünglich vereinbarten Bedingungen von den Parteien auch während der Geschäftsführertätigkeit des Kl. weiter praktiziert worden ist, so verfängt dies nicht. Das LAG hat überzeugend dargelegt, dass die Provisionsvereinbarung auch Sinn machte, soweit der Kl. als Geschäftsführer der NOP für von dieser akquirierte Bauvorhaben dem Architekturbüro des Bekl. Aufträge erteilte. Dass diese Provision, die schon zuvor dem Kl. persönlich zustand, auch nach der Geschäftsführerbestellung des Kl. nicht der NOP, sondern dem Kl. persönlich zugeflossen ist, bietet keinen hinreichenden Anhaltspunkt für das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien. Die vom Kl. erteilten Honorarrechnungen unter Berechnung von Mehrwertsteuer lassen im Gegenteil darauf schließen, dass der Kl. selbst die Provisionsforderungen nicht als Forderungen aus einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis zum Bekl. bewertet hat.

**Anmerkung:** Die teilweise Korrektur des Urteils des 2. Senats vom 9. 5. 1983 (2 AZR 330/84 = AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979)

zum sog. ruhenden Arbeitsverhältnis, die sich bereits im Urteil dieses Senats vom 7. 10. 1993 (2 AZR 260/93 = AP Nr. 16 zu § 5 ArbGG 1979) und im Urteil des 5. Senats vom 28. 9. 1995 (5 AZB 4/95 = AP Nr. 24 zu § 5 ArbGG 1979) andeutete, ist vom Ergebnis her betrachtet ein – halbherziger – Schritt in die richtige Richtung.

I. Seinerzeit vertrat der 2. Senat des BAG die Auffassung, dass ein neben dem Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers vormals geschlossenes Arbeitsverhältnis für die Zeit der Bestellung ruht und nach der Abberufung automatisch wieder auflebt. So könne sich der Geschäftsführer – mit seiner Abberufung gleichsam wieder zum Angestellten geworden – in einem Kündigungsprozess auf den bisher erworbenen Bestandsschutz seines alten Arbeitsverhältnisses berufen und die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit sei gegeben. Voraussetzung für die Annahme eines solchen suspendierten Arbeitsvertrags neben der Organstellung zwischen GmbH und Geschäftsführer sei, dass die Parteien den alten Vertrag nicht aufheben wollten, bei den Parteien also ein entsprechender Wille zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vorhanden sei. Diesen Willen vermutete der 2. Senat in seinem Urteil vom 9. 5. 1983 (a. a. O.) schon dann, wenn der Geschäftsführer zu den im wesentlichen gleichen Konditionen beschäftigt wurde, insbesondere kein wesentlich höheres Gehalt erhielt. In diesem Fall müsse davon ausgegangen werden, dass der Geschäftsführer nicht auf den einmal erreichten Kündigungsschutz habe verzichten wollen, da die Rechtsnachteile nicht durch eine höhere Vergütung aufgewogen würden. Im Zweifel sei daher mit der Bestellung eines Angestellten zum Geschäftsführer einer GmbH ohne Änderung der Vertragsbedingungen im übrigen davon auszugehen, dass das bisherige Arbeitsverhältnis lediglich suspendiert und nicht beendet sei.

Von dieser Auffassung ist der 2. Senat jetzt insoweit abgerückt, als er davon ausgeht, dass jedenfalls dann, wenn ein leitender Angestellter zum Geschäftsführer einer neu gegründeten, aus dem alten Betrieb ausgegliederten GmbH bestellt wird, im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, und zwar auch, wenn das Gehalt nur unwesentlich angehoben wird. Der Senat begründet dies damit, dass der Dienstnehmer bei einem Vertragsschluss mit einem neu gegründeten Unternehmen, auf das der alte Arbeitgeber keinen wesentlichen Einfluss hat, nicht davon ausgehen könne, seinen einmal erworbenen Kündigungsschutz beim alten Arbeitgeber zu behalten. Zumindest für den Fall der Anstellung bei einer nicht vom ursprünglichen Arbeitgeber maßgeblich beeinflussten GmbH wird man also nunmehr – auch bei einer Ausgliederung – im Regelfall davon auszugehen haben, dass neben dem Anstellungsvertrag kein Arbeitsverhältnis ruht, welches im Falle der Kündigung des Anstellungsvertrags auflebt und der gesonderten Kündigung bedarf.

II. Das Ergebnis ist einleuchtend und richtig, und trotzdem drängen sich zwei Fragen auf, und zwar aus der Begründung des BAG.

Einmal bleibt offen, ob und inwieweit in dem Urteil über den hier entschiedenen Fall hinaus eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses vom einst zu sehen ist, wonach grundsätzlich bei der Bestellung zum Geschäftsführer bei in etwa gleichen Bezügen von einem ruhenden Arbeitsverhältnis auszugehen war. Zum anderen erscheint – zum Teil als Folge dieser Ungewissheit – die Figur des ruhenden Arbeitsverhältnisses an sich zweifelhaft.

1. Die erste Frage lässt sich nicht eindeutig beantworten. Zunächst stellt der Senat nach wie vor für die Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses auf den Willen der Parteien ab. Lediglich im vorliegenden Fall will er sich von seiner früheren Rechtsprechung distanzieren und misst der Tatsache, dass der neue Anstellungsvertrag zu im wesentlichen unveränderten Bedingungen abgeschlossen wurde, keine Indizwirkung für eine Suspension des alten Arbeitsvertrags bei. Er begründet dies aber gerade nicht mit einer grundsätzlichen Abkehr von seiner bisherigen Auffassung, sondern mit den Besonderheiten des konkreten Falles. Und die Unterschiede tatsächlicher Art zu dem korrigierten Urteil vom 9. 5. 1985 sind gravierend, weil Vertragspartner des neuen Anstellungsvertrags eben nicht der alte Arbeitgeber ist, sondern ein rechtlich und tatsächlich unabhängiger Dritter. Nach der Gründlichkeit zu urteilen, mit der der Senat die konkreten Beziehungen zwischen altem und neuem Arbeitgeber und die Umstände der Ausgliederung erörtert, hätte er wohl anders entschieden, wenn der ehemalige Arbeitgeber noch Einfluss auf die Kündigung des Anstellungsvertrags durch die GmbH gehabt hätte oder aber die Ausgliederung gerade auf den Abschluss des neuen Anstellungsvertrags angelegt gewesen wäre. Bezeichnend dafür, dass der Senat eine endgültige Abkehr von der alten Rechtsprechung noch nicht vollzogen hat, ist aber letztlich, dass der Senat unter Punkt II. 3 e) bb) seiner Entscheidungsgründe nach wie vor für das Vorliegen eines ruhenden Arbeitsverhältnisses bei faktisch gleicher Position die Vergütungshöhe als Kriterium heranzieht, um dann darzulegen, weshalb dieses im vorliegenden Sachverhalt nicht maßgeblich ist. Andererseits – und deshalb verbietet sich eine abschließende Beurteilung – lässt sich dieses Urteil im Lichte der o.g. übrigen Entscheidungen, u. a. auch des 5. Senats, als ein weiterer Schritt zur Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses interpretieren, wobei der letzte allerdings abzuwarten bleibt.

2. Die zweite Frage, ob die Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses überhaupt sinnvoll ist, muss dagegen mit der berechtigten Kritik in der Literatur verneint werden. Zunächst vermag nicht einzuwirken, weshalb der gesellschafts- oder konzernintern beförderte Angestellte besser gestellt sein soll als der leitende Angestellte eines fremden Unternehmens, der – ohne höheres Gehalt – zum Geschäftsführer bestellt wird. Ferner ist der Aufstieg zum Geschäftsführer – auch wenn keine finanziellen Vorteile damit verbun-

den sind – nicht erzwungen, sondern unterliegt der Entscheidung des Angestellten. Die Vorteile sind im Übrigen nicht nur im Finanziellen zu suchen, sondern auch in der sozialen Reputation und in den verbesserten Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Neben diesen Erwägungen, die sich eher auf die Konsequenzen der Rechtsprechung stützen, gibt es aber auch dogmatische Bedenken. Die Annahme des suspendierten Arbeitsverhältnisses ist im Ergebnis nur eine Behelfskonstruktion, mit der das BAG die auf Grund der mit der Organstellung verbundenen Weisungsfreiheit und Arbeitgeberfunktion zwingende, aber für manche Fälle unerwünschte Einordnung des Geschäftsführervertrags als freien Dienstvertrag und den § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG zu umgehen sucht (so schon *Martens*, Anm. zu BAG 9. 5. 1985 – 2 AZR 330/84 – AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979). Die Vorstellung, dass bei einer Vertragsänderung die ursprüngliche Fassung bis zur Auflösung des geänderten Vertrags ruht, um dann wieder aufzuleben, ist unserem Rechtssystem fremd und verkennt, dass es sich um ein Vertragsverhältnis handelt, dessen Inhalt sich durch Vereinbarung der Parteien ändert. Ebenso falsch ist aber die von *Martens*, a. a. O., favorisierte Auffassung, die von einer automatischen Umwandlung des Arbeitsvertrags in einen Dienstvertrag bei der Bestellung und umgekehrt bei der Abberufung ausgeht, weil die „Vertragsumwandlung“ kein Automatismus, sondern eine autonome Entscheidung beider Parteien ist. Nach dieser Auffassung wäre der Geschäftsführer nach der Abberufung, die gem. § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit möglich ist, verpflichtet, für die Gesellschaft arbeitsvertragliche Leistungen zu erbringen und müsste andernfalls von sich aus den Vertrag kündigen. Statt dessen ist davon auszugehen, dass die Parteien den Inhalt der nach dem geschlossenen Arbeitsvertrag bestehenden Leistungspflicht in eine Pflicht zur Geschäftsführung ändern und dieser Vertrag seiner Rechtsnatur nach dann als Dienstvertrag zu qualifizieren ist. Wird dieser Vertrag gekündigt, ist die Kündigung eines Dienstvertrags Gegenstand der Auseinandersetzung, unabhängig davon, ob der Geschäftsführer schon abberufen ist oder nicht. Wird der Geschäftsführer zuvor abberufen, gilt folgendes: Der Inhalt der vertraglichen Leistungspflicht wird unmöglich, mit der Konsequenz, dass der Geschäftsführer von seiner Leistungspflicht befreit ist und gem. §§ 611, 615 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Der Gesellschaft steht dann u. U. ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB des Dienstvertrages zu, der gegenüber eine Änderungskündigung in einen Vertrag, der eine Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, das mildere Mittel darstellt (vgl. schon BGH, WM 1966, 968, 968; BGH, WM 1978, 319, 319). Auch diese Änderungskündigung betrifft aber den Dienstvertrag. Erst wenn der ehemalige Geschäftsführer die Änderungskündigung hinnimmt und seine Tätigkeit mit dem neuen Inhalt Arbeitsleistung wieder aufgenommen hat und dort eine erneute Kündigung erfolgt, liegt ein Arbeitsvertrag vor, über den zu entscheiden wäre. Nicht aber kann der Dienstvertrag

durch die Abberufung automatisch in einen Arbeitsvertrag umgewandelt werden oder aber ein neben dem Dienstvertrag ruhendes Arbeitsverhältnis durch die Abberufung wieder auflösen.

Rechtsanwalt Dr. Peter Neu, Remscheid