

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Oktober 2013
- 2 AZR 1078/12 -

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 27. Oktober 2010
- 4 Ca 983/10 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 4. September 2012
- 17 Sa 1010/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Aufhebungsvereinbarung - (außer-)ordentliche Kündigung - Verzugslohn

Gesetze:

BGB §§ 126, 138, 241 Abs. 2, §§ 293 ff., 362, 611 Abs. 1, § 615 Satz 1,
§§ 623, 626 Abs. 1; KSchG § 1 Abs. 2 Satz 1; ZPO § 259

Leitsätze:

keine

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 1078/12

17 Sa 1010/12

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Oktober 2013

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. September 2012 - 17 Sa 1010/12 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten und über Vergütungsansprüche des Klägers. 1

Die Beklagte ist die Spitzenorganisation der Betriebskrankenkassen und ihrer Landesverbände. Sie beschäftigt mehr als 100 Arbeitnehmer. Der Kläger war bei ihr seit 1989 als Angestellter beschäftigt. Mit Wirkung vom 1. Januar 2004 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag, demzufolge der Kläger zum außertariflichen Angestellten wurde. Der Vertrag wurde mehrfach geändert. Zuletzt war der Kläger als Leiter des Stabsbereichs Unternehmensstrategie und Beteiligungscontrolling zu einem Bruttojahresgehalt von ca. 137.195,00 Euro zuzüglich Dienstwagen tätig. 2

Bis zum 31. Dezember 2008 wurde die Beklagte als vormalige Körperschaft des öffentlichen Rechts durch ihren hauptamtlichen Vorstand - ua. Herrn S - und den ehrenamtlichen Verwaltungsrat vertreten. Der Vorstand führte die laufenden Geschäfte einschließlich der Personalverwaltung. Er hatte die Letztverantwortung für die Ausgestaltung der Arbeitsverträge und vertrat die Beklagte gerichtlich und außergerichtlich. Seit Januar 2009 ist die Beklagte aufgrund gesetzlicher Anordnung gemäß § 212 SGB V eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, vertreten durch ihren Geschäftsführer. 3

Die Beklagte, der Bundesverband der Innungskrankenkassen, die DAK sowie weitere Ersatz- und Betriebskrankenkassen gründeten als Gemeinschaftsunternehmen die B GmbH. Diese diente nach dem Gesellschaftsvertrag 4

aus dem Jahr 2008 den Belangen der Sozialversicherung und hatte bei ihrer Tätigkeit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Ihre Gesellschafter wurden satzungsgemäß durch einen Aufsichtsrat vertreten, in den auch die Beklagte einen Vertreter entsandte. Von Juni 2008 bis zum 6. Oktober 2009 war Herr S Vorsitzender des Aufsichtsrats.

Im August 2008 schlossen der Kläger und die B GmbH mit Wirkung vom 1. September 2008 einen Geschäftsführer-Dienstvertrag. Der Vertrag war bis zum 31. August 2013 befristet und sah für den Kläger ein Jahresbruttogehalt von 193.000,00 Euro sowie einen Bonus von bis zu 25 vH des Grundgehalts vor. Der Vertrag war von dem bis dahin einzigen Geschäftsführer der B GmbH, Herrn K, erstellt, von einer Rechtsanwaltskanzlei überarbeitet und auf Seiten der B GmbH von Herrn S als Vorsitzendem des Aufsichtsrats sowie dessen beiden Stellvertretern unterschrieben worden. In dem Vertrag heißt es ua.:

5

„§ 1 Aufgaben und Tätigkeitsbereich

...

5. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, der Gesellschaft sein ganzes Wissen und Können sowie seine volle Arbeitskraft zu widmen. Jede Aufnahme einer Nebentätigkeit sowie ... bedürfen der vorherigen Zustimmung des Präsidiums und des Aufsichtsrates der Gesellschaft.
6. Die folgenden Tätigkeiten gelten als genehmigt:

...

Dem Geschäftsführer werden nach seinem freien Ermessen Tätigkeiten für den Bundesverband der Betriebskrankenkassen gestattet. Eine solche Tätigkeit ist zunächst bis zum 31.12.2008 vorgesehen.

...

§ 11 Vertragsdauer

1. Dieser Vertrag beginnt am 01.09.2008.
2. Der Vertrag wird auf fünf Jahre fest abgeschlossen und endet mit Ablauf des 31.08.2013. Das ordentliche Kündigungsrecht der Gesellschaft ist während der festen Laufzeit des Vertrages ausgeschlossen. Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Über eine mögliche Verlängerung

werden die Parteien sich gegenseitig bis spätestens zwölf Monate vor Ablauf des Vertrages schriftlich informieren.

3. In Ausnahme zu Abs. 2 gilt während der Festlaufzeit des Vertrages Folgendes: Bei vorzeitiger organ-schaftlicher Abberufung des Geschäftsführers der B GmbH endet der vorliegende Anstellungsvertrag mit dem Wirksamwerden der Abberufung. In diesem Fall erhält der Geschäftsführer eine Abfindung. Die Höhe der Abfindung entspricht den Bezügen gemäß § 3 dieses Vertrages, d. h. dem Jahresgrundgehalt sowie der jährlichen Tantieme in voller Höhe sowie der Überlassung des Firmenwagens bis zum Ende der Vertragslaufzeit gemäß Abs. 2 oder bei entsprechender Vertragsverlängerung bis zum Ablauf der laufenden Vertragsperiode. ...“

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2008 bat der Kläger Herrn S unter Bezug auf ein Gespräch vom 2. Juli 2008 darum, folgende Vereinbarung über das Ruhen seines - des Klägers - Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer für die B GmbH zu bestätigen:

6

- „(1) Der BKK Bundesverband und der Unterzeichner sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Anstellungsverhältnis ab dem 31. Dezember 2008 ruht.
...
(2) ...
(3) Während des Ruhens des Anstellungsverhältnisses ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Die Ruhensvereinbarung ist bis zum 31. Dezember 2014 befristet.
(4) Die Hauptpflichten aus dem Vertrag mit dem BKK Bundesverband leben wieder auf, wenn die Anstellungs- und/oder Geschäftsführertätigkeit des Mitarbeiters bei der B oder verbundenen Unternehmen vollständig rechtlich beendet ist, gleich von welcher Seite, gleich aus welchem Grund.
(5) Mit Beendigung des Anstellungs- und Dienstverhältnisses des Mitarbeiters zur B und verbundenen Unternehmen wird der BKK Bundesverband dem Mitarbeiter eine seiner bisherigen Beschäftigung beim BKK Bundesverband gleichwertige Beschäftigung anbieten. Die gegenseitigen arbeitsvertraglichen

Verpflichtungen leben dann entsprechend auf.

...“

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2008 bestätigte Herr S den Inhalt der Vereinbarung wie folgt: 7

„Ich habe die Formulierungen Ihres vorgenannten Schreibens anhand meiner Aufzeichnungen über unser Gespräch vom 25.08.2008 geprüft und bestätige durch meine Handzeichen auf dem wieder beigefügten Schreiben, dass sie unseren seinerzeitigen Absprachen vollumfänglich entsprechen.“

Von September bis Dezember 2008 zahlten dem Kläger sowohl die Beklagte als auch die B GmbH jeweils die vertraglich vereinbarten Bezüge. 8

Mit Schreiben vom 12. März 2010 kündigte die Beklagte „vorsorglich“ ein zwischen den Parteien bestehendes Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Sie hielt ihm Untreue zu ihren Lasten vor. Durch einstimmigen Beschluss des Aufsichtsrats der B GmbH vom 17. März 2010 wurde der Kläger als deren Geschäftsführer abberufen. 9

Unter dem 17. März 2010 erstattete die Beklagte gegen den Kläger und Herrn S Strafanzeige wegen des Verdachts der Untreue. Im Juni 2011 stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Auf die Beschwerde der Beklagten verfügte sie im Juli 2011 dessen Wiederaufnahme. Im März 2012 wurde das Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts erneut eingestellt. 10

Gegen die Kündigung vom 12. März 2010 hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben; er hat ferner Weiterbeschäftigung und Zahlung seiner monatlichen Vergütung ab April 2010 begehrt. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, es fehle an einem (*wichtigen*) Grund für die Kündigung und an einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats. Der Vorwurf, er habe für den Zeitraum von September bis Dezember 2008 doppelt Vergütung bezogen, entbehre der inneren Berechtigung. Er habe in dieser Zeit sowohl für die Beklagte als auch für die B GmbH Arbeitsleistungen erbracht. Schon seit dem Frühjahr 2008 sei er mit Genehmigung von Herrn S neben sei- 11

ner Tätigkeit für die Beklagte am Aufbau der B-Unternehmensgruppe beteiligt gewesen. Hierfür habe er bis September 2008 keine Vergütung bezogen, habe aber seine Dienstpflichten unter Verzicht auf einen wesentlichen Teil des Jahresurlaubs erfüllt und Arbeiten während des Urlaubs und an Wochenenden durchgeführt. Grund für seine Doppeltätigkeit sei gewesen, dass er sich im System des Bundesverbands der gesetzlichen Krankenkassen bestens auskannte habe, während sich ein Dritter in die komplexe und umfangreiche Materie erst hätte einarbeiten müssen. Von einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung könne nicht die Rede sein. Die Zahlungen seien überdies mit ausdrücklichem Einverständnis von Herrn S erfolgt.

Er habe die Vereinbarungen für den Fall seines Ausscheidens bei der B GmbH nicht in der Absicht getroffen, sich eine unangemessene Überversorgung auf Kosten der Beklagten zu verschaffen. Die Gespräche über die Ruhestandsvereinbarung seien im April/Mai 2008 aufgenommen worden, als abzusehen gewesen sei, dass er einer der Geschäftsführer der B GmbH werden solle. Sein Anstellungsvertrag habe eine Kündigungsfrist von sechs Jahren zum Jahresende vorgesehen. Er habe die Sicherheit einer Beschäftigung bei der Beklagten nicht gegen eine unsichere Anstellung als Geschäftsführer der B GmbH eintauschen wollen. Beide Parteien seien von einer interessengerechten und wirtschaftlichen Angemessenheit der Vereinbarung ausgegangen. Ein möglicher Missbrauch der Vertretungsmacht durch Herrn S sei für ihn nicht erkennbar gewesen.

12

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt

13

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die fristlose Kündigung vom 12. März 2010 beendet worden ist noch durch die fristgerechte Kündigung vom 12. März 2010 beendet werden wird;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn am 30. April 2010 sowie an jedem letzten Tag der Folgemonate, die vor rechtskräftiger Entscheidung der vorstehenden Klageanträge liegen, 11.432,94 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basis-

zinssatz zu zahlen;

3. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits als Leiter Stabsbereich Unternehmensstrategie/Beteiligungscontrolling oder in gleichwertiger Position zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, zwischen den Parteien habe seit dem Wechsel des Klägers zur B GmbH kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden. Es sei durch die Ruhensvereinbarung auch nicht wieder aufgelebt. Diese sei sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB. Der Kläger habe zusammen mit Herrn S planmäßig und bewusst zu ihrem Nachteil gehandelt. Dies ergebe sich aus der Zusammenschau aller Indizien, insbesondere aus der Kombination der Verträge. Diese stellten eine Rundumabsicherung des Klägers dar, die ihre Vermögenslage erheblich beeinträchtigte. Wegen des vorgesehenen Wiederauflebens der bisherigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen trage sie das volle wirtschaftliche Risiko der Beendigung des Vertrags mit der B GmbH. Von dieser wiederum erhalte der Kläger selbst bei einer Abberufung wegen Nichteignung die gesamten Bezüge für die Restlaufzeit seines Vertrags als Geschäftsführer. Gleichzeitig lebe der Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den alten Bezügen bei ihr, der Beklagten, wieder auf, ohne dass die Anrechnung von Abfindungszahlungen vorgesehen wäre. Bereits daraus ergebe sich die Sittenwidrigkeit der Verträge. Dem Kläger sei überdies bekannt gewesen - zumindest habe ihm bekannt sein müssen -, dass ihr damaliger Vorstand bei Abschluss der Verträge seine Vertretungsmacht missbraucht habe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sie gemäß § 69 SGB IV nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu handeln habe. Dieses Gebot sei nicht nur bei der Aufstellung des Haushaltsplans, sondern auch bei der Ausführung des Haushalts und damit bei Abschluss aller Verträge zu beachten.

14

In jedem Fall sei das Arbeitsverhältnis durch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 12. März 2010 beendet worden. Es liege ein wichtiger Grund vor. Ihr seit September 2009 bestellter neuer Geschäftsführer - zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der B GmbH - habe erstmals am 5. März 2010 erfah-

15

ren, dass der Kläger von September bis Dezember 2008 Gehaltszahlungen sowohl von der B GmbH als auch von ihr erhalten habe. Ein solches Verhalten sei inakzeptabel. Der Kläger sei verpflichtet gewesen, seine ganze Arbeitskraft ihr zur Verfügung zu stellen und dabei ggf. auch über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus tätig zu werden. Das habe er ersichtlich nicht getan. Niemand sei in der Lage, seine volle Arbeitskraft zeitgleich zweimal zur Verfügung zu stellen. Im Übrigen sei der Kläger zu den Tätigkeiten für die B GmbH im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit ihr ohnehin verpflichtet gewesen. Dass er während des Urlaubs und an Wochenenden zusätzliche Arbeiten erbracht habe, hat die Beklagte bestritten. Die Billigung der Zahlungen durch ihren damaligen Vorstand sei ohne Bedeutung. Die Gesamtumstände ließen nur die Annahme eines gemeinschaftlichen kollusiven Verhaltens zu ihrem Nachteil zu. Auf die Einstellung der strafrechtlichen Ermittlungen komme es kündigungsgesetzlich nicht an.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht dem Zahlungsantrag unter der Bedingung, „dass das Arbeitsverhältnis besteht, der Kläger nicht zusammenhängend mehr als sechs Wochen krankgeschrieben war, kein unbezahlter Urlaub genommen wurde und keine unentschuldigsten Fehlzeiten vorliegen“. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

16

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben.

17

I. Die Kündigungsschutzklage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist weder durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12. März 2010 beendet worden, noch wird es durch die fristgerechte Kündigung von diesem Tage zum Ende des Jahres 2016 beendet werden.

18

1. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestand zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis. 19
- a) Einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG kann nur stattgegeben werden, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bereits aufgrund anderer Beendigungstatbestände aufgelöst ist. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ist Voraussetzung für die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 738/11 - Rn. 9; 27. Januar 2011 - 2 AZR 826/09 - Rn. 13*). 20
- b) Der Kläger war bei der Beklagten als Angestellter, zuletzt aufgrund der Änderungsvereinbarung vom 18. Dezember 2007 als Leiter des Stabsbereichs Unternehmensstrategie und Beteiligungscontrolling, beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis war im Zeitpunkt der Kündigung vom 12. März 2010 nicht beendet. Es fehlt an einem formwirksamen Beendigungstatbestand, der es vor Zugang der Kündigung aufgelöst haben könnte. 21
- aa) Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die zwischen dem Kläger und ihrem damaligen Vorstand geschlossene Ruhensvereinbarung wirksam war. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, hätte das Arbeitsverhältnis - dann erst recht - fortbestanden. Für seinen rechtlichen Bestand ist es unerheblich, ob die Hauptleistungspflichten ruhten oder nicht. 22
- bb) Der Geschäftsführer-Dienstvertrag des Klägers mit der B GmbH enthielt keine dem Formerfordernis des § 623 BGB genügende Vereinbarung über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Dies gilt unabhängig davon, ob nicht die Ruhensvereinbarung ohnehin gegen einen Beendigungswillen der Parteien sprach. 23
- (1) Zwar liegt in dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags durch einen Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses (*BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8*). Nach dem 24

Willen der vertragschließenden Parteien soll in aller Regel neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis - ruhend - fortbestehen. Etwas anderes ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, für die deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssen (*BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - aaO; 14. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - Rn. 18, BAGE 118, 278*). Der schriftliche Geschäftsführer-Dienstvertrag wahrt regelmäßig das Formerfordernis des § 623 BGB für den Vertrag über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (*BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - aaO; vgl. auch 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 23, BAGE 123, 294*).

(2) Dies gilt aber nur, wenn - wie in den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen - die Parteien des Geschäftsführer-Dienstvertrags zugleich die Parteien des Arbeitsvertrags sind. Anderenfalls gibt es kein schriftliches Rechtsgeschäft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in dem die Vereinbarung über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses liegen kann. Soweit das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 14. Juni 2006 (*- 5 AZR 592/05 - Rn. 18, BAGE 118, 278*) angenommen hat, es komme nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer den Geschäftsführer-Dienstvertrag mit einer anderen Gesellschaft oder mit seinem Arbeitgeber abschließe, betraf dies die *konkludente* Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses und fand § 623 BGB noch keine Anwendung.

25

(3) Der zwischen dem Kläger und der B GmbH geschlossene Geschäftsführer-Dienstvertrag datiert vom 25. August 2008. § 623 BGB ist am 1. Mai 2000 in Kraft getreten. Eine Aufhebungsvereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten bedurfte deshalb der Schriftform. Sie ist durch den Geschäftsführer-Dienstvertrag mit der B GmbH nicht gewahrt. An diesem waren ausschließlich der Kläger und die B GmbH beteiligt. Die Beklagte hat nicht etwa geltend gemacht, es habe sich in Wirklichkeit um einen dreiseitigen Vertrag gehandelt, bei dessen Abschluss sie zwecks Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger durch die B GmbH vertreten worden sei. Im Übrigen wäre dies aus dem Vertrag nicht ersichtlich. § 126 BGB verlangt jedoch, dass die Parteien und etwaige Vertretungsverhältnisse in der Vertragsurkunde benannt sind (*vgl. RG*

26

30. September 1919 - II 105/19 - RGZ 96, 286, 289; APS/Greiner 4. Aufl. § 623 BGB Rn. 30).

2. Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12. März 2010 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es fehle an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Ob die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt ist und der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört wurde, bedarf keiner Entscheidung. 27

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angesichts der konkreten Umstände des Falls und bei Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 32/11 - Rn. 13; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 495/11 - Rn. 14*). 28

b) Ein wichtiger Grund lag im Streitfall nicht vor. Es fehlt an einem pflichtwidrigen Verhalten des Klägers. 29

aa) Der Kläger hat nicht dadurch gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, dass er eine der doppelten Gehaltszahlungen für die Zeit von September bis Dezember 2008 nicht zurückwies. Er hatte nicht offensichtlich auf eine der beiden Leistungen keinen Anspruch. Zugunsten der Beklagten kann dabei unterstellt werden, dass diese aufgrund ihrer Stellung als Mitgesellschafterin auch durch Zahlungsverpflichtungen der B GmbH nicht unerheblich belastet wurde. 30

(1) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand während des fraglichen Zeitraums fort. Der Kläger hat auch tatsächlich bis Ende Dezember 2008 für die Beklagte Aufgaben im Zusammenhang mit den sog. Finanzhilfepflichten erledigt. Seinem entsprechenden Vorbringen ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung diesen Sachverhalt zugrunde gelegt. Verfahrensrügen hat die Beklagte insoweit nicht erhoben. Daneben hatte der Kläger ab September 2008 die Tätigkeit als Geschäftsführer der B GmbH aufgenommen. 31

(2) Dass ihm offensichtlich eines der gezahlten Gehälter nicht zugestanden hätte, ist weder nachvollziehbar vorgetragen noch objektiv ersichtlich. Die Beklagte hat nicht dargelegt, inwiefern der Kläger seinen Verpflichtungen ihr oder der B GmbH gegenüber zumindest teilweise nicht nachgekommen sei. Sie hat allein geltend gemacht, er habe seine Arbeitskraft zur gleichen Zeit nicht zweimal in vollem Umfang zur Verfügung stellen können. Daraus folgt nicht, dass er auf eines der Gehälter offensichtlich keinen Anspruch gehabt hätte. 32

(a) Die Vereinbarungen des Klägers mit der Beklagten und der B GmbH ließen das Entstehen eines solchen Doppelanspruchs zu. Der Kläger sollte ab dem 1. September 2008 als Geschäftsführer für die B GmbH tätig sein, obwohl ein Ruhen seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten erst mit Wirkung ab Januar 2009 vorgesehen war. § 1 Ziffer 6 Abs. 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags gestattete ihm ausdrücklich, die Tätigkeit für die Beklagte noch bis Ende Dezember 2008 weiter auszuüben. 33

(b) Auch wenn der Kläger nach dem Arbeitsvertrag der Parteien der Beklagten seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hatte, erlaubten die zuletzt getroffenen Vereinbarungen die Annahme, es bestehe Einigkeit, dass die Aufgaben, die er noch bis Ende des Jahres 2008 für sie zu erledigen hätte, es rechtfertigten, ihm den vollen Vergütungsanspruch zu belassen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wusste die Beklagte, dass der Kläger ab September 2008 seine Tätigkeit als Geschäftsführer der B GmbH aufnehmen würde. Dennoch hat sie sich mit ihm darauf verständigt, das Ruhen des Arbeitsverhältnisses erst ab Januar 2009 eintreten zu lassen und bis dahin von 34

einer Kürzung seines Gehalts abzusehen. Der Umstand, dass sowohl die Beklagte als auch die B GmbH nach § 69 SGB IV an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden sind, lässt nicht erkennen, dass der Kläger insoweit Pflichten verletzt haben könnte. Bei der Gestaltung seiner Verträge mit der Beklagten und der B GmbH handelte er ausschließlich für sich selbst und nicht als Vertreter seines jeweiligen Vertragspartners. Die Wahrung der Grundsätze des § 69 SGB IV oblag in diesem Zusammenhang allein den für die Beklagte bzw. die B GmbH handelnden Personen.

(c) Dem Kläger musste nicht bewusst sein, dass er deshalb keinen Anspruch auf die doppelten Gehaltszahlungen habe, weil er sie im kollusiven Zusammenwirken mit dem damaligen Vorstand der Beklagten zu deren Nachteil erwirkt hätte oder es sich ihm aufdrängen musste, dieser habe seine Vertretungsmacht zum Nachteil der Beklagten überschritten. 35

(aa) Für ein bewusstes gemeinsames Handeln des Klägers und des Vorstands zum Nachteil der Beklagten fehlt es an Anhaltspunkten. Dass Letzterer von den Vereinbarungen mit dem Kläger irgendeinen eigenen Vorteil hatte, hat die Beklagte nicht behauptet. Es ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen er sonst bewusst Abreden zum Nachteil der Beklagten hätte treffen sollen. 36

(bb) Es ist weder dargelegt noch objektiv ersichtlich, dass die erfolgten Zahlungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den vom Kläger in den Monaten September bis Dezember 2008 für die Beklagte bzw. die B GmbH erbrachten Arbeitsleistungen gestanden hätten. Unerheblich ist, ob der Kläger, wie er behauptet hat, schon vor September 2008 überobligationsmäßige Tätigkeiten für die B GmbH erbrachte. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, waren die doppelten Gehaltszahlungen schon deshalb nicht offensichtlich unberechtigt, weil der Kläger in der fraglichen Zeit tatsächlich für beide Gesellschaften tätig war. 37

(cc) Die Ruhensvereinbarung mit der Beklagten war nicht deshalb offensichtlich einseitig zu deren Nachteil, weil sie erst ab Januar 2009 gelten sollte, 38

obwohl der Kläger seine Geschäftsführertätigkeit für die B GmbH bereits am 1. September 2008 aufnahm. Zwar hätte der Kläger nicht zur selben Zeit für die Beklagte und die B GmbH tätig werden und dementsprechend doppeltes Gehalt beziehen können, wenn die Parteien das Ruhen des Arbeitsverhältnisses bereits ab September 2008 vereinbart hätten. Für den Beginn ab Januar 2009 gab es nach dem Vorbringen des Klägers jedoch sachliche Gründe. Es sei erforderlich gewesen, dass er näher erläuterte Tätigkeiten noch bis Ende 2008 für die Beklagte erledigte. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob andere (*ehemalige*) Geschäftsführer der B GmbH ihre Dienstverträge so geschlossen oder die Vereinbarungen mit ihren früheren Arbeitgebern so getroffen hatten, dass kein paralleler Gehaltsbezug eintreten konnte.

bb) Der Kläger hat seine Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Belange der Beklagten aus § 241 Abs. 2 BGB nicht dadurch verletzt, dass er im kollusiven Zusammenwirken mit dem Vorstand oder weil er hätte erkennen müssen, dass dieser seine Vertretungsmacht missbrauche, für die Zeit nach einer Beendigung seiner Geschäftsführertätigkeit Vereinbarungen getroffen hätte, die einseitig zum Nachteil der Beklagten ausfielen. Auch insoweit kann unterstellt werden, dass die Beklagte als Gesellschafterin der B GmbH durch deren Zahlungsverpflichtungen ebenfalls belastet wurde. 39

(1) Für ein vorsätzliches gemeinsames Handeln des Klägers und des ehemaligen Vorstands der Beklagten bzw. Aufsichtsratsvorsitzenden der B GmbH fehlt es erneut an Anhaltspunkten. Auch aus den nachträglich eingetretenen Umständen lässt sich nicht auf eine mögliche Schädigungsabsicht schließen. So hat nicht etwa der Kläger selbst die Beendigung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer veranlasst. Vielmehr hat die B GmbH ihn als solchen abberufen und dadurch das Entstehen des Abfindungsanspruchs und das Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ausgelöst. Dass dem Kläger Vertragsverletzungen vorzuwerfen gewesen wären, die seine Abberufung erforderlich gemacht hätten, hat die Beklagte nicht behauptet. Ebenso wenig hat sie vorgetragen oder ist objektiv ersichtlich, dass Herr S auf die im März 2010 be- 40

schlossene Abberufung des Klägers Einfluss gehabt hätte. Vorsitzender des Aufsichtsrats der B GmbH war er nur bis Anfang Oktober 2009.

(2) Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, aufgrund derer der Kläger notwendig davon hätte ausgehen müssen, dass Herr S ihm unter Überschreitung seiner Vertretungsmacht einseitig Vorteile zu ihren Lasten gewähre. 41

(a) Im Ausgangspunkt durfte der Kläger annehmen, die getroffenen Vereinbarungen seien nicht nur für ihn günstig, sondern lägen auch im Interesse der Beklagten und der B GmbH, da diese ihnen anderenfalls nicht hätten zustimmen brauchen. 42

(b) Dass Herr S seine Vertretungsmacht missbraucht haben musste, ergab sich weder aus dem Inhalt der Ruhensvereinbarung als solcher noch aus einer Zusammenschau mit der Abfindungsregelung im Geschäftsführer-Dienstvertrag. 43

(aa) Die Abreden der Parteien über das Ruhen des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses während der Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der B GmbH und über ein Wiederaufleben des Vertrags nach deren Ende waren nicht unüblich. Sie trugen dem Interesse des Klägers Rechnung, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nach einer Beendigung der Geschäftsführertätigkeit wieder aufnehmen zu können. Der Geschäftsführer-Dienstvertrag war - unabhängig von der Möglichkeit einer noch früheren Beendigung - auf fünf Jahre befristet. Der Kläger war zudem von Seiten der B GmbH nur bei einer vorzeitigen Abberufung als Geschäftsführer durch den Abfindungsanspruch abgesichert, nicht aber, falls sein Vertrag aus anderen Gründen enden würde. Die Vereinbarung über das Ruhen des Arbeitsverhältnisses lief auch nicht offenkundig den Interessen der Beklagten zuwider. Dass Herr S ihr zustimmte, ließ den Schluss zu, es liege auch in ihrem Interesse, den Kläger als Geschäftsführer für die B GmbH zu gewinnen. Umgekehrt war klargestellt, dass sie den Kläger ab Beginn des Jahres 2009 bis zur Beendigung seiner Geschäftsführertätigkeit nicht würde beschäftigen oder vergüten müssen. 44

(bb) Die Abfindung war ausschließlich für den Fall geschuldet, dass die B GmbH den Kläger vorzeitig als Geschäftsführer abberiefe. Da vereinbart war, dass der zugrunde liegende Vertrag mit dem Wirksamwerden der Abberufung automatisch enden würde, diente sie der Kompensation für dem Kläger dadurch entgehende Bezüge. Sie entsprach damit ebenfalls einem wirtschaftlich angemessenen Interessenausgleich. Zwar war für den Fall, dass der Kläger aus anderweitiger Tätigkeit - etwa aus der Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten - Einkünfte erzielte, keine Anrechnungsklausel vorgesehen. Auch darin lag aber kein offensichtlicher Missbrauch der Vertretungsmacht durch Herrn S. Das Fehlen einer Anrechnungsklausel konnte - wie auch das Landesarbeitsgericht angenommen hat - ebenso gut darauf beruhen, dass bei Vertragsschluss niemand eine vorzeitige Abberufung des Klägers ernsthaft in Betracht gezogen hatte und damit verbundene Konsequenzen deshalb nicht ausreichend bedacht worden waren. 45

(c) Sonstige Umstände, aufgrund derer der Kläger hätte erkennen müssen, dass es Herrn S unter Missbrauch seiner Vertretungsmacht um eine den Interessen der Beklagten zuwiderlaufende Begünstigung seiner - des Klägers - Person ging, sind weder vorgetragen noch objektiv ersichtlich. Auf die möglicherweise anderslautenden Vereinbarungen mit weiteren Geschäftsführern der B GmbH kann in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht abgestellt werden, weil die Beklagte nicht behauptet hat, dass diese dem Kläger bekannt waren. 46

3. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt und daher nach § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam. Der Kläger hat keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die ordentliche Kündigung nach der Ruhensvereinbarung nicht ohnehin ausgeschlossen war und ob der Betriebsrat zuvor ordnungsgemäß beteiligt wurde. 47

II. Der Zahlungsantrag ist zulässig und begründet. Er betrifft - bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht - Verpflichtungen für die Vergangenheit und die Zukunft. 48

1. Die Revision ist allerdings auch hinsichtlich dieses Streitgegenstands eingelegt und zulässig. Die Beklagte verfolgt mit ihr das Ziel, die Klage möge insgesamt abgewiesen werden. Es fehlt nicht an der erforderlichen Auseinandersetzung mit dem Berufungsurteil. Die Entscheidung über den Zahlungsantrag hängt nach der Begründung des Landesarbeitsgerichts unmittelbar von derjenigen über die Kündigungsschutzklage ab. Vergütungsansprüche des Klägers für Zeiten nach Ausspruch der fristlosen Kündigung setzen voraus, dass diese das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat. Mit einem erfolgreichen Angriff auf die Entscheidung über das Feststellungsbegehren des Klägers fallen sie weg. 49
2. Der Zahlungsantrag ist auch insoweit zulässig, wie er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht auf zukünftige Leistung gerichtet war. 50
- a) Nach § 259 ZPO kann Klage auf künftige Leistung erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. § 259 ZPO lässt die Verurteilung auch zu solchen künftigen Leistungen zu, die von einer im Urteil anzugebenden Gegenleistung abhängig sind. Zukünftige Vergütungsansprüche von Arbeitnehmern rechnen zu den künftigen Leistungen iSv. § 259 ZPO (*BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 904/07 - Rn. 42; 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - zu I 1 der Gründe*). Da künftige Vergütungsansprüche entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird, die geschuldete Arbeitsleistung ausbleibt oder Vergütung nicht mehr fortzuzahlen ist (*zB bei längerer Krankheit oder unbezahltem Urlaub*), sind die für den Vergütungsanspruch maßgeblichen Bedingungen in den Antrag aufzunehmen. Unerwartetes kann unberücksichtigt bleiben (*BAG 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - Rn. 28; 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - aaO*). 51
- b) Diesem Erfordernis, die maßgeblichen Bedingungen der künftigen Vergütungsansprüche in den Antrag aufzunehmen, ist der Kläger im Berufungsverfahren nachgekommen. Das Landesarbeitsgericht hat dem im Tenor seines Urteils Rechnung getragen. 52

- c) Soweit das Landesarbeitsgericht die Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung durch die Beklagte als berechtigt angesehen hat, hält dies einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Beklagte hatte die Zahlung weiterer Vergütung - wegen des ihrer Ansicht nach spätestens durch die fristlose Kündigung beendeten Arbeitsverhältnisses - grundsätzlich abgelehnt und Zahlungen lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erbracht. 53
3. Der Kläger hat für die Zeit ab April 2010 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzrechtsstreits einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung aus § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB. 54
- a) Aufgrund der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 12. März 2010 bestand das Arbeitsverhältnis der Parteien im Anspruchszeitraum fort. Zu welchem Zeitpunkt die ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis hätte auflösen können, kann dahinstehen, da auch sie unwirksam ist. 55
- b) Ab dem Wiederaufleben der gegenseitigen Hauptleistungspflichten am 17. März 2010 - und somit allemal ab dem 1. April 2010 - befand sich die Beklagte iSd. §§ 293 ff. BGB mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug. Da in einer fristlosen Kündigung zugleich die Erklärung des Arbeitgebers liegt, die Leistung des Arbeitnehmers nicht mehr annehmen zu wollen, bedurfte es keines Angebots des Klägers, um den Annahmeverzug zu begründen, §§ 295, 296 Satz 1 BGB (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 12, BAGE 141, 340; 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu I der Gründe mwN, BAGE 108, 27). 56
- c) Der Anspruch des Klägers ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Vereinbarung der Parteien über das Wiederaufleben ihres Arbeitsverhältnisses iSv. § 138 BGB sittenwidrig wäre, wie die Beklagte geltend gemacht hat. 57
- aa) Die Vereinbarung über das Wiederaufleben eines Arbeitsverhältnisses kann für sich genommen nicht sittenwidrig sein. Durch sie wird lediglich das Ruhen der Hauptleistungspflichten beendet und damit der übliche, auf Austausch von Arbeit und Vergütung gerichtete Rechtszustand wieder hergestellt. 58

Die vorausgehende Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis ruhen zu lassen, solange der Arbeitnehmer für einen anderen Arbeit-/Dienstgeber tätig ist, widerspricht ebenso wenig den guten Sitten. Wäre stattdessen die gesamte Ruhensvereinbarung nichtig, hätte das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien im Übrigen erst recht fortbestanden.

bb) Die Vereinbarung der Parteien, ihr Arbeitsverhältnis wieder aufleben zu lassen, war auch nicht deshalb sittenwidrig, weil zugunsten des Klägers im Dienstvertrag mit der B GmbH der Anspruch auf Zahlung einer Abfindung vorgesehen war. Die beiden Abreden sind je für sich zu betrachten. Das folgt schon daraus, dass sie von verschiedenen Vertragspartnern geschlossen wurden. Zudem hat die Beklagte nicht behauptet, dass die Ruhensvereinbarung mit ihr erst getroffen worden sei, nachdem bereits festgestanden habe, welchen Inhalt der Geschäftsführer-Dienstvertrag mit der B GmbH haben würde. Nach dem Schriftwechsel zwischen dem Kläger und Herrn S vom Dezember 2008 ist nicht ausgeschlossen, dass sie, wie vom Kläger vorgetragen, bereits in einem Gespräch im Juli 2008 geschlossen wurde. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, der Inhalt der Regelungen des Dienstvertrags mit der B GmbH vom 25. August 2008 habe schon zu diesem Zeitpunkt festgestanden. Es könnten deshalb allenfalls Zweifel an der Angemessenheit der dortigen Abfindungsregelung bestehen, weil diese keine Anrechnungsklausel enthielt. Dem braucht nicht weiter nachgegangen zu werden. Dem Vergütungsanspruch des Klägers aus dem wieder aufgelebten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten steht deren Anspruch auf die vereinbarte Arbeitsleistung gegenüber. Ein offensichtliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt schon aus diesem Grund nicht vor. 59

d) Der Anspruch des Klägers für die Zeit von April 2010 bis August 2012 ist nicht gemäß § 362 BGB durch Erfüllung erloschen. 60

aa) Die Erfüllung eines Zahlungsanspruchs nach dessen Titulierung setzt voraus, dass der betreffende Betrag nicht nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil gezahlt wird. Der Klageanspruch muss dazu vielmehr aus freien Stücken und ohne Vorbehalt - endgültig - erfüllt werden (vgl. BAG 21. März 2012 - 5 AZR 320/11 - Rn. 12; 61

BGH 24. Mai 1957 - VIII ZR 274/56 -; Musielak/Ball ZPO 10. Aufl. Vor § 511 Rn. 25). Ob das eine oder das andere anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (BAG 21. März 2012 - 5 AZR 320/11 - aaO; BGH 16. November 1993 - X ZR 7/92 - zu A der Gründe; 25. Mai 1976 - III ZB 4/76 - zu 3 b der Gründe).

- bb) Danach hat die Beklagte den Klageanspruch nicht, auch nicht teilweise iSv. § 362 BGB erfüllt. Soweit sie das Grundgehalt des Klägers iHv. 11.432,94 Euro brutto monatlich bis einschließlich August 2012 gezahlt hat, geschah dies nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts „zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungsurteil“. Zwar kann aus einem Beschäftigungstitel kein Zahlungsanspruch vollstreckt werden. Das Arbeitsgericht hatte die Beklagte jedoch außerdem zur Zahlung von Vergütung verurteilt. Die Beklagte hatte deshalb ersichtlich auch zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung aus diesem Titel gezahlt. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Verurteilung zu Recht auch insoweit aufrechterhalten. Sie schafft den Rechtsgrund dafür, dass der Kläger den mit der Klage geltend gemachten Betrag weiterhin behalten darf. 62
4. Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB. 63
- III. Der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Das Kündigungsschutzverfahren ist rechtskräftig abgeschlossen. 64
- IV. Als unterlegene Partei hat die Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 65

Kreft

Rinck

Rachor

Söller

Jan Eulen