

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 27. April 2021
- 2 AZR 540/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:270421.U.2AZR540.20.0

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 5. März 2020
- 33 Ca 7766/19 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 9. Juli 2020
- 7 Sa 444/20 -

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Kleinbetrieb - Geschäftsführer als Arbeitnehmer
iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 540/20
7 Sa 444/20
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. April 2021

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Söller und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 9. Juli 2020 - 7 Sa 444/20 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war seit Dezember 2016 bei der Beklagten beschäftigt. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich mit Schreiben vom 21. Juni 2019 zum 31. Juli 2019. Zum Kündigungszeitpunkt beschäftigte sie 8,5 Arbeitnehmer. 2
- Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt. Diese sei sozial nicht gerechtfertigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die beiden Fremdgeschäftsführer der Beklagten seien als Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Die Kündigung sei auch sitten- und treuwidrig. 3
- Der Kläger hat beantragt 4
festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 21. Juni 2019 erklärte Kündigung, zugegangen am 27. Juni 2019, unwirksam ist und das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet hat.
- Die Vorinstanzen haben dem Klageabweisungsantrag der Beklagten entsprochen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Kündigungsschutzantrag weiter. 5

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Der Kündigungsschutzantrag ist unbegründet. 6
- I. Der Klageantrag ist als Antrag iSv. § 4 Satz 1 KSchG zu verstehen. Bei dem auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung bezogenen Zusatz handelt es sich, mangels näherer Begründung des Klägers hierzu, um ein überflüssiges unselbständiges Anhängsel ohne eigene prozessrechtliche Bedeutung iSv. § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 19/18 - Rn. 10; 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - zu B II 2 der Gründe). 7
- II. Die Kündigung der Beklagten vom 21. Juni 2019 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst. 8
1. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die Kündigung nicht der sozialen Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG bedurfte. Die Beklagte beschäftigt nicht mehr als 10 Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG. Bei ihr sind nach den nicht mit der Revision angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nur 8,5 Arbeitnehmer beschäftigt. Die beiden Fremdgeschäftsführer der Beklagten bleiben bei der Berechnung der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer unberücksichtigt. 9
- a) Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts folgt das nicht bereits aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. 10
- aa) § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält eine (negative) Fiktion. Danach gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die organschaftliche Stellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht (vgl. BAG 11. Juni 2020 11

- 2 AZR 374/19 - Rn. 16). Die Fiktionswirkung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kommt auch und gerade dann zum Tragen, wenn das der Organstellung zugrunde liegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre (*BAG 21. September 2017 - 2 AZR 865/16 - Rn. 18*).

bb) Der Gesetzeswortlaut beschränkt die Geltung der in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG normierten negativen Fiktion ausdrücklich auf den Ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 bis 14 KSchG). Sie ist daher auf die in dessen Viertem Abschnitt befindliche Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht anzuwenden (*aA KR/Bader 12. Aufl. § 23 KSchG Rn. 58; ErfK/Kiel 21. Aufl. KSchG § 23 Rn. 10; LSSW/Löwisch 11. Aufl. § 23 Rn. 27; APS/Moll 6. Aufl. KSchG § 23 Rn. 45*).

cc) Eine wortsinnübersteigende Anwendung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG scheidet aus.

(1) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts liegt kein Wertungswiderspruch darin, einem Fremdgeschäftsführer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG den Kündigungsschutz zu versagen, ihn aber bei der Berechnung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG miteinzubeziehen. Dies ist - wie die Normierung einer Wartezeit in § 1 Abs. 1 KSchG - Ausdruck des gesetzgeberischen Regelungskonzepts, das zwischen dem persönlichen und dem betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterscheidet. Auch Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat, erhalten keinen Kündigungsschutz und sind dennoch bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitzuzählen (*vgl. LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 23 Rn. 26; Däubler/Deinert/Zwanziger/Deinert/Callsen KSchR 11. Aufl. § 23 KSchG Rn. 18*).

(2) Für eine analoge Anwendung der negativen Fiktionswirkung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke (*vgl. BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 295/17 - Rn. 23, BAGE 163, 160*). Der Gesetzgeber hat

den Kündigungsschutz für Organvertreter in § 14 Abs. 1 KSchG geregelt und in § 23 KSchG den betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes bestimmt. Bei Letzterem hat er an den in Rechtsprechung und Lehre entwickelten allgemeinen Begriff des Arbeitnehmers angeknüpft (vgl. *Däubler/Deinert/Zwanziger/Deinert/Callsen KSchR 11. Aufl. § 23 KSchG Rn. 18; LSSW/Löwisch 11. Aufl. § 23 Rn. 27*).

(3) Entgegen der Auffassung des Klägers ist es für die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ohne Bedeutung, ob Fremdgeschäftsführer nach § 7 Abs. 1 SGB IV als Beschäftigte angesehen werden und der Versicherungspflicht unterliegen (vgl. *BSG 8. Juli 2020 - B 12 R 2/19 R - Rn. 14*). Die Begriffe „Beschäftigungsverhältnis“ und „Arbeitsverhältnis“ sind nicht identisch (vgl. *BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - zu III 2 b der Gründe*). 16

b) Das Berufungsurteil stellt sich dennoch als richtig iSv. § 561 ZPO dar. Der für das Überschreiten des Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG darlegungs- und beweiselastete Kläger (vgl. *BAG 2. März 2017 - 2 AZR 427/16 - Rn. 12 mwN*) hat nicht dargelegt, dass es sich bei den Fremdgeschäftsführern um Arbeitnehmer iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG handelt. 17

aa) Der Kläger hat schon keinen Vortrag zum Beschäftigungsumfang der Fremdgeschäftsführer gehalten. Die von ihm geäußerte Rechtsauffassung, beide Geschäftsführer seien nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG bei der Anzahl der Beschäftigten zu berücksichtigen, musste das Landesarbeitsgericht nicht als Tatsachenvortrag dahingehend verstehen, beide Geschäftsführer seien jeweils in Vollzeit für die Beklagte tätig. 18

bb) Der Kläger hat auch nicht behauptet, die Geschäftsführer würden aufgrund eines Arbeitsvertrags iSv. § 611a Abs. 1 BGB bei der Beklagten beschäftigt. 19

(1) Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer steht der Gesellschaft 20

ein unternehmerisches Weisungsrecht zu. Eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lässt, kommt allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht (*BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 374/19 - Rn. 25 mwN*). Dies würde voraussetzen, dass die Gesellschaft eine - über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende - Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann (*BAG 21. Januar 2019 - 9 AZB 23/18 - Rn. 24, BAGE 165, 61*).

(2) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ein solcher Ausnahmefall sei vorliegend nicht gegeben, hält sich im Rahmen des den Tatsachengerichten zustehenden Beurteilungsspielraums. Es hat seiner Entscheidung - ohne dass dies von der Revision angegriffen wird - zugrunde gelegt, dass der Kläger solche Umstände zum Vertragsverhältnis der Fremdgeschäftsführer nicht vorgetragen hat. 21

cc) Entgegen der Auffassung der Revision sind für die Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Grundsätze zum Arbeitnehmerbegriff (*vgl. zuletzt EuGH 17. März 2021 - C-585/19 - [Academia de Studii Economice din București] Rn. 58 f.*) nicht heranzuziehen, unbeschadet der Frage, ob der Kläger hierfür den erforderlichen Tatsachenvortrag gehalten hat. 22

(1) Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn eine unionsrechtliche Regelung angewandt oder nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss. Er beeinflusst nationales Recht nur dort, wo unionsrechtliche Vorgaben für die Regelungsmaterie existieren (*BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 15; ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 611a Rn. 20*). 23

(2) Das ist bei den §§ 1, 23 KSchG nicht der Fall. Das allgemeine Kündigungsschutzrecht ist nicht unionsrechtlich determiniert (*vgl. LSSW/Löwisch 11. Aufl. § 23 Rn. 5; EuArbRK/Schubert 3. Aufl. GRC Art. 30 Rn. 4; vgl. auch EuGH 16. Januar 2008 - C-361/07 - [Polier]*). Damit verbleibt es beim nationalen 24

Arbeitnehmerbegriff wie er sich aus § 611a Abs. 1 BGB ergibt, denn dieser gilt einschränkungslos, sofern das Unionsrecht nicht betroffen ist (vgl. *Sagan ZESAR 2020*, 3, 9). Die Ansicht des Klägers, § 17 Abs. 1 KSchG einerseits und § 23 Abs. 1 KSchG andererseits betreffen „sehr wesensähnliche Materien“, so dass ein einheitliches Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs geboten sei, übergeht den Umstand, dass die eine Norm unionsrechtlich determiniert ist, die andere aber nicht. Wie der am 1. April 2017 in Kraft getretene § 611a BGB zeigt, hat sich der deutsche Gesetzgeber im Rahmen seiner Normsetzungsbefugnis von einem Arbeitnehmerbegriff leiten lassen, der nicht mit dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff übereinstimmt.

dd) Eine generelle Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH - unabhängig davon, ob ihr Beschäftigungsverhältnis (ausnahmsweise) die Kriterien eines Arbeitsverhältnisses erfüllt - ist entgegen der Ansicht der Revision verfassungsrechtlich nicht geboten. 25

(1) Die Kleinbetriebsklausel des Kündigungsschutzgesetzes als solche ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. *zum Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B der Gründe, BVerfGE 97, 169; vgl. für die heute geltende Grenze von mehr als zehn Arbeitnehmern LKB/Bayreuther KSchG 16. Aufl. § 23 Rn. 8; LSSW/Löwisch 11. Aufl. § 23 Rn. 6; Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 130 Rn. 16; aA KR/Bader 12. Aufl. § 23 KSchG Rn. 19 ff.*). Das Gesetz trifft typisierend die Gruppe der schutzwürdigen Kleinbetriebsinhaber (immer noch) mit hinreichender Genauigkeit, ohne dass erkennbar wäre, dass der Gesetzgeber die Verhältnisse mit der von ihm vorgenommenen Grenzziehung gröblich verkannt hätte (vgl. *BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B II 4 b aa der Gründe, aaO*). 26

(2) Eine erweiternde Auslegung des auf „Arbeitnehmer“ abstellenden Gesetzeswortlauts des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ist verfassungsrechtlich - auch unter Berücksichtigung der sich aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ergebenden Grundrechtspositionen des Klägers - nicht geboten. 27

(a) Bei privatrechtlichen Regelungen, die der Vertragsfreiheit Grenzen setzen, geht es um den Ausgleich widerstreitender Interessen, die regelmäßig grundrechtlich verankert sind. Dem Gesetzgeber, der diese Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringen will, ist ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kann daher in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (*vgl. BVerfG 29. Juni 2016 - 1 BvR 1015/15 - Rn. 64, BVerfGE 142, 268; 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842/11 ua. - Rn. 70, BVerfGE 134, 204; 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 a der Gründe, BVerfGE 97, 169*). 28

(b) Mit der Festlegung der maßgeblichen Betriebsgröße durch die Zahl der dort vollbeschäftigten „Arbeitnehmer“ hat der Gesetzgeber eine typisierende Regelung getroffen, die den dafür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt. Jede abstrakte gesetzliche Regelung muss generalisieren. Der Gesetzgeber ist daher insbesondere bei Massenerscheinungen gezwungen, aber auch berechtigt, bei seinen Entscheidungen von dem Gesamtbild auszugehen, das sich aus den vorliegenden Erfahrungen ergibt (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B II 4 a aa der Gründe, BVerfGE 97, 169*). Es ist dabei auch unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Arbeitnehmer nicht geboten, den Arbeitnehmerbegriff der Kleinbetriebsklausel auf Fremdgeschäftsführer auszuweiten. Die Besonderheiten eines Kleinbetriebs mit wenigen Arbeitnehmern (*vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b bb der Gründe, aaO*) werden durch ihre Beschäftigung nicht in Frage gestellt. Die von (Fremd-)Geschäftsführern geleisteten Dienste sind nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar (*BAG 21. Januar 2019 - 9 AZB 23/18 - Rn. 39, BAGE 165, 61*). Anders als beispielsweise Leiharbeitnehmer, die - je nach den Umständen des Falls - bei der Beschäftigtenzahl des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitgezählt werden, da sie zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind (*vgl. BAG 24. Januar 2013*). 29

- 2 AZR 140/12 - Rn. 23, BAGE 144, 222), repräsentieren (Fremd-)Geschäftsführer die juristische Person unmittelbar als Arbeitgeber (*APS/Preis 6. Aufl. Grundlagen F. Rn. 54*).

ee) Es sind keine Umstände vorgetragen oder objektiv ersichtlich, die die Annahme rechtfertigten, dass sich im konkreten Fall die Zusammenarbeit der beschäftigten Arbeitnehmer - selbst unter Berücksichtigung der beiden Fremdgeschäftsführer - wesentlich von der in einem typischen Kleinbetrieb unterscheidet, dass sich also etwa die Persönlichkeit und der Leistungsbeitrag eines jeden einzelnen Beschäftigten nicht in einer solchen Weise unmittelbar auf das Betriebsklima und die Funktionsfähigkeit des Betriebs auswirkt, wie dies für einen Kleinbetrieb typischerweise anzunehmen ist (*vgl. zu mehreren Kleinbetrieben in einem Unternehmen BAG 2. März 2017 - 2 AZR 427/16 - Rn. 28*). Auch für eine missbräuchliche, allein auf die Verhinderung des Entstehens allgemeinen Kündigungsschutzes gerichtete willkürliche Ernennung von Beschäftigten zu Fremdgeschäftsführern bestehen keine Anhaltspunkte. 30

2. Es ist weder vorgetragen noch objektiv ersichtlich, dass die Beklagte vor der streitbefangenen Kündigung eine Auswahlentscheidung unter mehreren zu kündigenden Arbeitnehmern getroffen hat und bei dieser gegenüber dem Kläger das aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip gebotene Maß an sozialer Rücksichtnahme oder ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (*vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b cc der Gründe, BVerfGE 97, 169*) unberücksichtigt geblieben wäre, so dass die Kündigung deshalb wegen Verstoßes gegen die zivilrechtlichen Generalklauseln nichtig wäre. 31

3. Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Kündigung sei auch aus anderen Gründen nicht treu- oder sittenwidrig iSv. §§ 242, 138 Abs. 1 BGB, sind revisionsrechtlich erhebliche Fehler weder ersichtlich noch werden sie vom Kläger geltend gemacht. 32

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

33

Koch

Rachor

Schlünder

Söller

Nielebock