
S 7 Ar 167/96

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	1
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 7 Ar 167/96
Datum	13.02.1998

2. Instanz

Aktenzeichen	L 1 AL 24/00
Datum	13.06.2002

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 13.02.1998 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Bescheid vom 16.10.1998 aufgehoben wird. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin für das Klage-, Berufungs- und Revisionsverfahren. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Klägerin der Beklagten das Arbeitslosengeld nebst Beiträgen zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung erstatten muss, das der frühere Arbeitnehmer der Klägerin – Herr ... (G.) – in der Zeit vom 02.10.1995 bis 30.09.1996 bezogen hat.

Der am 29.09.1934 geborene G. war seit August 1960 bei verschiedenen dem T ...-Konzern zugehörigen Unternehmen im Personalwesen beschäftigt. Im Mai 1977 schloss er einen Dienstvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der T ... AG (...). G. wurde mit dem Abschluss des Dienstvertrages, der bis zum 31.07.1980 befristet war, zum Mitglied der Geschäftsführung der T ... Aufzüge GmbH (...), einer Tochtergesellschaft der ..., bestellt sowie zum Mitglied des

"Geschäftsbereichsvorstandes T ... Aufzüge" der ... ernannt. Der Geschäftsbereichsvorstand stellte ein unter der Vorstandsebene angesiedeltes Leitungsgremium dar. Dem Vorstand der ... gehörte G., der die Dienstbezeichnung Direktor führte, nicht an.

Unter Bezugnahme auf den Anstellungsvertrag von Mai 1977 wurde die mit G. getroffene Vereinbarung im Oktober 1979 und im Dezember 1984 jeweils um fünf Jahre verlängert. Im November 1989 wurde abermals eine Verlängerung, diesmal befristet bis zum 31.07.1995, vereinbart. Im September 1994 schlossen die ... und G. u.a. folgende Vereinbarung:

1. Ihre Bestellung zum Mitglied des Vorstandes des Geschäftsbereichs T ... Aufzüge und zum Mitglied der Geschäftsführung der T ... Aufzüge GmbH wird um zwei Monate bis zum Ende des Geschäftsjahres 1994/95, dem 30.09.1995, verlängert.
2. Am 30.09.1995 scheiden Sie aus dem Unternehmen aus und beantragen unter der Voraussetzung einer einjährigen Arbeitslosigkeit ab dem 01.10.1996 die Sozialversicherungsrente bei der BfA.
3. Mit Beginn der Rentenzahlung durch die BfA ab 01.10.1996 erhalten Sie im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung Ruhegeld nach den Richtlinien des Essener Verbandes ...
4. Da Sie am 15.08.1995 auf eine 35-jährige Unternehmenstätigkeit zurückblicken können, erhalten Sie entsprechend unseren Richtlinien ein Jubiläumsgeschenk in Höhe von zwei Monatsgehältern brutto, zahlbar mit der Entgeltzahlung August 1995.
5. Die Tantieme für das Geschäftsjahr 1994/95 wird im Januar 1996 gezahlt.

Anlass für diese Vereinbarung war, dass der Aufsichtsrat der ...-GmbH mit Wirkung ab 01.10.1995 anstelle des G. das bisherige Mitglied des Vorstandes des Geschäftsbereichs T ..., Herrn Dr. L ... (Dr. L.), zum Mitglied der Geschäftsführung der ...-GmbH bestellt hatte.

Vom 02.10.1995 bis 30.09.1996 bezog G. Arbeitslosengeld. Seit dem 01.10.1996 erhält er Altersrente.

Nach Anhörung stellte die Beklagte mit Bescheid vom 22.10.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 26.11.1996 die Erstattungspflicht der ...-AG nach [§ 128 AFG](#) dem Grunde nach fest. Mit Bescheid vom 05.12.1996 verlangte sie sodann die Erstattung des an G. für die Zeit vom 02.10.1995 bis 30.09.1996 gezahlten Arbeitslosengeldes zuzüglich der Beiträge zur Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung in Höhe von insgesamt 58.510,50 DM.

Dagegen hat sich die ...-AG mit der am 23.12.1996 erhobenen Klage gewandt, der das Sozialgericht durch Urteil vom 13.02.1998 stattgegeben hat. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 16.03.1998 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 16.04.1998 Berufung eingelegt.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte den Bescheid vom 05.12.1996 im Hinblick auf die unterbliebene Anhörung zum Umfang der Erstattungspflicht durch den Bescheid vom 16.10.1998 ersetzt, mit dem wiederum eine Erstattungsforderung in Höhe von 58.510,50 DM geltend gemacht worden ist.

Der Senat hat mit Urteil vom 12.02.1999 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, den Bescheid vom 16.10.1998 aufgehoben und die Revision zugelassen. Er hat zur Begründung ausgeführt, die Beklagte habe G. Arbeitslosengeld zu Recht bewilligt. G. sei als leitender Angestellter und damit als Arbeitnehmer bei der ...-AG beschäftigt gewesen. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld habe auch nicht wegen des Eintritts einer Sperrzeit geruht. Die Erstattungspflicht entfalle jedoch deshalb, weil [§ 128 AFG](#) seinem Sinn und Zweck nach unter Beachtung des Grundrechts der Klägerin aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) keine Anwendung finde. Es sei geboten, die Erstattungspflicht nur dann eintreten zu lassen, wenn die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers falle. Eine derartige Verantwortlichkeit sei nicht erkennbar, weil das Beschäftigungsverhältnis nicht aufgrund aktiven Tuns der ...-AG beendet worden sei, sondern mit Ablauf einer zu einem früheren Zeitpunkt vereinbarten Befristung geendet habe. Die mehrfach aufeinanderfolgende Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem leitenden Angestellten sei nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls dann wirksam, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund dafür vorhanden sei. Den sachlichen Grund für die wiederholte Befristung sehe der Senat in der gemäß §§ 1 Abs. 1, 31 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz anzuwendenden Vorschrift des [§ 84 Abs. 1 AktG](#), der für die Bestellung der Mitglieder der Geschäftsführung eine Befristung auf höchstens fünf Jahre vorsehe. Da die Aufgaben des G. als leitender Angestellter der ...-AG im Wesentlichen darin bestanden hätten, die (befristete) Organstellung bei dem Tochterunternehmen wahrzunehmen, sehe der Senat in der gesellschaftsrechtlichen Regelung einen sachlichen Grund für die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses. Durch die Vereinbarung von September 1994 sei das Beschäftigungsverhältnis lediglich um zwei Monate verlängert worden, weil ein Nachfolger in den Tätigkeitsbereich des G. habe eingearbeitet werden müssen. Darin liege ein hinreichender sachlicher Grund für die Vereinbarung einer Auslauffrist. Das Unterlassen einer weitergehenden Verlängerung des Dienstvertrages könne eine besondere Verantwortlichkeit der ...-AG nicht begründen, denn es fehle an einer gesetzlich vorgeprägten Handlungs- und Garantspflicht des Arbeitgebers für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Dem Regelungszusammenhang des [§ 128 AFG](#) sei zu entnehmen, dass allein die Beendigung und mithin die Verkürzung eines ansonsten fortdauernden Beschäftigungsverhältnisses die besondere Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und in deren Folge die Erstattungspflicht hervorrufen solle.

Im Revisionsverfahren hat die Beklagte klargestellt, dass der Bescheid vom 16.10.1998 nicht nur den Abrechnungsbescheid vom 05.12.1996, sondern auch den Bescheid vom 22.10.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom

26.11.1996 ersetzt hat. Die Klägerin hat den Rechtsstreit daraufhin hinsichtlich der ersetzten Bescheide für erledigt erklärt und ihre Anfechtungsklage auf den Bescheid vom 16.10.1998 beschränkt.

Auf die Revision der Beklagten hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 15.12.1999 ([B 11 AL 33/99 R](#)) die Entscheidung des Senats vom 12.02.1999 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Dabei ist das Bundessozialgericht dem Senat in der Frage der Zulässigkeit der Befristungen gefolgt. Die ...-AG habe den für die zwischen ihr und G. getroffenen wiederholten Befristungsabreden erforderlichen verständigen, sachlich gerechtfertigten Grund damit dargelegt, dass sie mit Blick auf die Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung der ...-GmbH auf den gemäß §§ 1 Abs. 1, 31 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz anwendbaren [§ 84 Abs. 1 AktG](#) hingewiesen habe. In den von § 1 Mitbestimmungsgesetz erfassten Gesellschaften bestimme sich die Bestellung der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organe grundsätzlich nach den [§§ 84](#) und [85 AktG](#) (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Mitbestimmungsgesetz). Hinsichtlich der Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat bestimme [§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG](#) eine Höchstdauer von fünf Jahren. Ergänzend hierzu sehe [§ 84 Abs. 1 Satz 5 AktG](#) hinsichtlich des Anstellungsverhältnisses der Vorstandsmitglieder vor, dass die Regelungen über die Bestellung von Vorstandsmitgliedern sinngemäß für den Anstellungsvertrag gälten, der Anstellungsvertrag jedoch vorsehen könne, dass er für den Fall einer Verlängerung der Amtszeit bis zu deren Ablauf weiter gelte. Aus diesem gesetzlichen Zusammenhang habe der Senat zu Recht gefolgert, dass für eine Befristung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers einer mitbestimmten GmbH ein sachlicher Grund angenommen werden könne, wenn durch die Befristung die Dauer der Bestellung und des Anstellungsverhältnisses angeglichen würden. Der Senat sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass der im Verhältnis zur ...-GmbH gegebene sachliche Grund auf das Anstellungsverhältnis zur ...-AG durchschlage, da die Anstellung bei der ...-AG an die auf jeweils fünf Jahre ausgelegte Befristung der Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung der ...-GmbH geknüpft gewesen sei. Denn die Aufgaben des G. als leitender Angestellter der ...-AG hätten nach den unangegriffenen und deshalb für das Bundessozialgericht bindenden Feststellungen des Senats im Wesentlichen darin bestanden, die (befristete) Organstellung bei dem Tochterunternehmen wahrzunehmen. Die Unwirksamkeit der zwischen der ...-AG und G. wiederholt vereinbarten Befristungen lasse sich auch nicht daraus herleiten, dass der Anstellungsvertrag, der die rechtliche Grundlage für die gegenüber der ...-AG und der ...-GmbH jeweils geschuldete Arbeitsleistung gebildet habe, allein mit der ...-AG geschlossen worden sei. Bedenken gegen diese Konstruktion könnten sich allerdings daraus ergeben, dass zwar die Zulässigkeit einer sog. Drittanstellung der Geschäftsführung einer GmbH nach ganz überwiegender Auffassung zu bejahen sei, sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ([BGHZ 89, 48](#), 53) jedoch insoweit Einschränkungen aus der besonderen Stellung des Aufsichtsrats in einer mitbestimmten GmbH ergäben. Ob sich aus den Bedenken gegen die Zulässigkeit der Drittanstellung des Geschäftsführers bei einer mitbestimmten GmbH

gegebenen falls Folgerungen auf die Wirksamkeit der Befristungsabrede ergeben könnten, könne hier aber im Hinblick darauf offen bleiben, dass der Aufsichtsrat bzw. einzelne Aufsichtsratsmitglieder der GmbH gegen die Anstellungspraxis keine Einwendungen erhoben hätten. Unabhängig davon, ob die Praxis sogar mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrates erfolgt sei, könne jedenfalls die Beklagte gegenüber der ...-AG eine etwaige Unwirksamkeit nicht erstmals geltend machen, denn die in Frage stehende Bestimmung des § 31 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz solle ersichtlich nicht die Interessen der Beklagten schützen.

Das Bundessozialgericht ist dem Senat jedoch nicht gefolgt, soweit er angenommen hat, die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses infolge einer wirksamen Befristung sei generell aus dem Anwendungsbereich des [§ 128 AFG](#) auszunehmen. Denn [§ 128 AFG](#) knüpfe den Eintritt der Erstattungspflicht nicht an eine bestimmte Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch Sinn und Zweck der Erstattungsregelung unter Beachtung des Grundrechts aus [Art. 12 GG](#) geböten es nicht, die Beendigung durch Befristung entgegen dem Wortlaut und der Systematik des [§ 128 AFG](#) generell aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen. Entsprechend [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) trete die Erstattungspflicht in diesen Fällen allerdings nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlege und nachweise, dass er zum Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung zu beenden, wenn es nicht befristet gewesen wäre. Ob ein solcher Befreiungstatbestand hier in Betracht komme, müsse der Senat prüfen. Sei dies nicht der Fall, bedürfe es noch der Feststellung, ob G. in der Zeit vom 02.10.1995 bis 30.09.1996 andere Sozialleistungen hätte beanspruchen können.

Nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts haben sich die Beteiligten wie folgt geäußert:

Die Beklagte hält es nicht für dargelegt und nachgewiesen, dass die ...-AG das Arbeitsverhältnis mit G. – wäre es nicht befristet gewesen – durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung hätte beenden können. Dagegen spreche der Umstand, dass Dr. L. unmittelbar die Position des G. übernommen habe. Selbst wenn man aber von der betrieblichen Notwendigkeit der – unterstellten – Kündigung des G. ausgehe, sei nicht ersichtlich, dass G. in die dann erforderliche soziale Auswahl einbezogen worden sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 13.02.1998 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und den Bescheid vom 16.10.1998 aufzuheben.

Sie macht geltend, die – unterstellte – Kündigung habe gar keiner sozialen

Rechtfertigung bedurft, weil G. leitender Angestellter i.S.d. [§ 14 Abs. 2 KSchG](#) gewesen sei. Abgesehen davon hätten betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des G. entgegengestanden. So sei die Anstellung des G. bei der ...-AG an seine Bestellung zum Mitglied der Geschäftsführung der ...-GmbH geknüpft gewesen. Seine Aufgaben hätten im Wesentlichen darin bestanden, die (befristete) Organstellung bei dem Tochterunternehmen wahrzunehmen. Dieser Aufgabenbereich sei mit der Entscheidung des Aufsichtsrates der ...-GmbH, G. nicht erneut in die Geschäftsführung der Gesellschaft zu berufen, entfallen. Obwohl die ...-AG Mehrheitsgesellschafterin der ...-GmbH gewesen sei, habe sie die Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung ihres Tochterunternehmens nicht erzwingen können. Die ...-AG habe nämlich berücksichtigen müssen, dass die ...-GmbH den Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes unterliege und der Aufsichtsrat der mitbestimmten Tochtergesellschaft die Mitglieder der Geschäftsführung in eigener Zuständigkeit bestelle und abberufe. Die Aufsichtsratsmitglieder nähmen in eigener Verantwortung ein persönliches Mandat wahr. Weisungen der ...-AG, bestimmte Personen (wieder) in die Geschäftsführung zu berufen, hätten sich schon deshalb verboten. Dies habe erst Recht für G. gegolten, der die Stellung eines Arbeitsdirektors gehabt habe. Zu berücksichtigen sei weiter, dass die Unternehmensorganisation der T ... Industrie-Gruppe die Ziele der Dezentralisierung und einer möglichst weitgehenden Eigenständigkeit der einzelnen Geschäftsbereiche verfolgt habe, die – so die Klägerin – durch eine Einflussnahme der ...-AG auf die Personalentscheidungen der Aufsichtsräte der mitbestimmten Tochterunternehmen konterkariert worden wären. Aus denselben Gründen sei der ...-AG auch keine "soziale Auswahl" möglich gewesen. Die Abberufung anderer Mitglieder der Geschäftsführung der ...-GmbH bzw. von Mitgliedern der Geschäftsführungen der übrigen – ebenfalls mitbestimmten – Tochtergesellschaften und eine anderweitige Bestellung des G. auf der Geschäftsführungsebene sei der ...-AG genauso wenig ohne Verletzung der Rechte der Aufsichtsratsmitglieder möglich gewesen wie sie seine Wiederbestellung zum Mitglied der Geschäftsführung und zum Arbeitsdirektor der ...-GmbH erzwingen können. Davon abgesehen sei zum Zeitpunkt des Ausscheidens des G. eine der Stellung des Arbeitsdirektors vergleichbare Position nicht zu besetzen gewesen. Dies habe für die gesamte T ... Industrie-Gruppe und auch für die Hauptabteilungsleiterebene gegolten.

Zur weiteren Sachverhaltsdarstellung und bezüglich des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Prozessakte und die Leistungsakte der Beklagten Bezug genommen. Der Inhalt dieser Akten ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage gegen den Bescheid vom 16.10.1998, der den Bescheid vom 22.10.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 26.11.1996 sowie den Bescheid vom 05.12.1996 ersetzt hat und gemäß [§§ 153 Abs. 1, 96 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist, ist begründet. Die geltend gemachte Erstattungsforderung steht der Beklagten nicht zu.

Nach [§ 170 Abs. 5 SGG](#) hat der Senat bei einer Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Bundessozialgerichts in dem in diesem Verfahren ergangenen Urteil vom 15.12.1999 zugrunde zu legen. Danach sind zwar die Voraussetzungen der Erstattungspflicht der Klägerin nach [§ 128 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) ungeachtet des Umstandes erfüllt, dass die zwischen der ...-AG und G. getroffenen Befristungsabreden wirksam waren und das Beschäftigungsverhältnis daher nicht aufgrund aktiven Tuns der ...-AG beendet worden ist, sondern mit Ablauf der zuletzt vereinbarten Befristung geendet hat. Entsprechend [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) tritt die Erstattungspflicht – so die weitere rechtliche Vorgabe des Bundessozialgerichts – aber nicht ein, wenn die Klägerin darlegt und nachweist, dass die ...-AG zum Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung zu beenden, wenn es nicht befristet gewesen wäre.

Die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes sind nach den Feststellungen des Senats hier erfüllt.

Allerdings ist die Klägerin nicht schon deshalb von der Erstattungspflicht befreit, weil G. leitender Angestellter i.S.d. [§ 14 Abs. 2 KSchG](#) war und seine – unterstellte – Kündigung deshalb arbeitsrechtlich keiner sozialen Rechtfertigung bedurfte. Abgesehen davon, dass das Bundessozialgericht dem Senat in diesem Verfahren die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer – unterstellten – Kündigung des G. aufgegeben hat, vertritt der Senat die Auffassung, dass der hier in Frage stehende Befreiungstatbestand des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) auch auf die Kündigung leitender Angestellter Anwendung findet, die den gesetzlichen Kündigungsschutz grundsätzlich nicht in Anspruch nehmen können (vgl. auch Brand in Niesel, SGB III, 2. Aufl., § 147a Rdn. 39). G. war – wie das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 15.12.1999 bestätigt hat – sozialrechtlich als abhängig Beschäftigter anzusehen und hat rechtmäßig Arbeitslosengeld erhalten. Die Frage der Erstattungspflicht des Arbeitgebers ist deshalb nach den (sozialrechtlichen) Kriterien zu beantworten, die im Rahmen des [§ 128 AFG](#) auch für alle anderen Arbeitnehmer gelten.

Die ...-AG wäre aber berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis mit G. durch sozial gerechtfertigte Kündigung zu beenden, wenn es nicht befristet gewesen wäre. Seiner Weiterbeschäftigung standen nämlich dringende betriebliche Erfordernisse entgegen, die sich aus der Verknüpfung der Beschäftigung bei der ...-AG mit der Wahrnehmung der (befristeten) Organstellung bei der ...-GmbH, auf die sich die Aufgaben des G. beschränkten, ergeben. Wenn darin – wie das Bundessozialgericht in diesem Verfahren bestätigt hat – ein verständiger, sachlicher Grund für die Befristung des Anstellungsvertrages mit der ...-AG lag, so stellte der Umstand, dass G. nicht erneut in die Geschäftsführung der ...-GmbH berufen wurde, eine unternehmerische Entscheidung des Aufsichtsrats der ...-GmbH dar, die auf das Beschäftigungsverhältnis des G. mit der ...-AG durchschlug und zum Wegfall des Arbeitsplatzes des G. führte. Der ...-AG kann nicht vorgehalten werden, als Mehrheitsgesellschafterin der ...-GmbH die erneute Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung ihres Tochterunternehmens nicht erzwingen zu haben. Weder das Arbeitsgericht in einem Kündigungsschutzverfahren noch die Beklagte oder der Senat in diesem Verfahren dürfen die Zweckmäßigkeit der

unternehmerischen Entscheidung prüfen, es sei denn, sie erscheint offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich (vgl. im Einzelnen Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl., § 131 Rdn. 4, mit Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts). Davon abgesehen muss hier berücksichtigt werden, dass die ...-GmbH den Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes unterliegt und ihr Aufsichtsrat die Mitglieder der Geschäftsführung in eigener Zuständigkeit und Verantwortung bestellt und abberuft. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass sich eine Einflussnahme der ...-AG auf die Mitglieder des Aufsichtsrates der ...-GmbH im Falle des G. schon deshalb verbot, weil dieser die Stellung eines Arbeitsdirektors hatte, der in ganz besonderem Maße auch das Vertrauen der Arbeitnehmerseite benötigt. Andere zumutbare Einsatzmöglichkeiten bestanden für G. – wie die Klägerin eingehend und nachvollziehbar dargelegt hat – weder bei der ...-AG noch in den verschiedenen Geschäftsbereichen der T ... Industrie-Gruppe. Bei den Mitgliedern der Geschäftsbereichsvorstände der ...-AG handelte es sich innerhalb der T ... Industrie-Gruppe um herausgehobene Positionen, die nur in begrenzter Zahl zur Verfügung standen. Dabei war ein Wechsel zwischen den verschiedenen Ressorts (Technik, Vertrieb, Personal etc.) angesichts der grundsätzlich unterschiedlichen, auf langjähriger Berufserfahrung beruhender persönlicher Vorbildung nicht möglich. Außerdem hätte die ...-AG die Bestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung eines Unternehmens eines anderen Geschäftsbereichs ebensowenig erzwingen können, wie sie die Wiederbestellung des G. zum Mitglied der Geschäftsführung und zum Arbeitsdirektor der ...-GmbH erzwingen konnte. Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen musste die ...-AG angesichts des Umstandes, dass G. zum fraglichen Zeitpunkt bereits das 61. Lebensjahr vollendet hatte und zuletzt ein Bruttogehalt von 29.801,50 DM erzielte, nicht mehr erwägen. In Betracht gekommen wäre damit allenfalls ein Wechsel von G. in das Personalressort eines anderen Geschäftsbereichs. Eine entsprechende Position stand aber – wie die Vertreter der Klägerin im Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 11.04.2002 versichert haben – nicht zur Verfügung. Entsprechendes gilt nach der überzeugenden Darstellung der Klägerin für die Hauptabteilungsleiterebene, d.h. die Hierarchieebene unterhalb der Geschäftsbereichsvorstände. Auch hier gab es keine freien Stellen, auf die G. hätte eingesetzt werden können. Davon abgesehen bestand zwischen diesen beiden Ebenen ein deutlicher Unterschied hinsichtlich Status und Bezügen. So verfügten die Mitglieder der Geschäftsbereichsvorstände im Gegensatz zu den Hauptabteilungsleitern über Fahrer, die ihnen persönlich zugeordnet waren. Schließlich handelt es sich bei den Hauptabteilungsleitern um herausgehobene Stabsfunktionen, die ein hohes Maß an Spezialkenntnissen voraussetzen, über die G. als Arbeitsdirektor nicht in ausreichendem Maße verfügte. Eine Position im Vorstand der ...-AG, dem G. nicht angehörte, konnte er nicht beanspruchen. Der ...-AG war schließlich keine soziale Auswahl möglich. Abgesehen davon, dass auch die übrigen Mitglieder der Geschäftsführung befristete Anstellungsverträge hatten, wäre auch insoweit wiederum die Mitwirkung der Aufsichtsräte der Tochterunternehmen notwendig gewesen, die die ...-AG aber aus den dargelegten Gründen nicht erzwingen konnte.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Der Senat hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (erneut) zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)). Welche Anforderungen bei entsprechender Anwendung des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) an die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer nur fingierten Kündigung eines leitenden Angestellten zu stellen sind, ist durch die in diesem Verfahren bereits ergangene Entscheidung des Bundessozialgerichts noch nicht geklärt worden.

Erstellt am: 14.08.2003

Zuletzt verändert am: 14.08.2003