
Datum: 02.05.2006
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 9. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 Sa 1461/05
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2006:0502.9SA1461.05.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Aachen, 2 Ca 4820/04

Schlagworte: Insolvenzgeld, Anspruchsübergang, Schadensersatz, Insolvenzverwalter, Kündigung mit verkürzter Kündigungsfrist

Normen: § 187 SGB III, § 113 S. 3 InsO, §§ 9,10 KSchG

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Nach § 187 SGB III übergegangene Ansprüche auf Arbeitsentgelt fallen zurück, wenn der Anspruch des Arbeitnehmers auf Insolvenzgeld abgelehnt wird.
2. Der Schadensersatzanspruch nach § 113 S. 3 InsO wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses kann jedenfalls dann nicht in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG bemessen werden, wenn wie z.B. bei Organmitgliedern nach § 14 Abs.1 Ziff. 1 KSchG kein Kündigungsschutz bestand.
3. Bestand kein Kündigungsschutz, ist die Schadensersatzpflicht auf den reinen „Verfrühungsschaden“ zu reduzieren. Es konnte dahin gestellt bleiben, ob dieser bei Geschäftsführern einer GmbH entsprechend der Regelung für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft auf die Dauer von 2 Jahren zu beschränken ist (§ 87 Abs. 3 AktG).

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 29. Juli 2005 – 2 Ca 4820/04 – dahin abgeändert, dass der Beklagte über die unter Ziff. 2 – 5 titulierten Verpflichtungen hinaus verurteilt wird

a) eine Forderung des Klägers in Höhe von 4.627,34 € netto (Rang 0, lfd. Nr. 74) zur Insolvenztabelle festzustellen,

b) eine Forderung des Klägers in Höhe von 4.627,34 € netto (Rang 0, lfd. Nr. 75) zur Insolvenztabelle festzustellen,

c) eine Forderung des Klägers in Höhe von 43.011,36 € netto (Rang 0, lfd. Nr. 97) zur Insolvenztabelle festzustellen.

1. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu

33 % und der Beklagte zu 67 %.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger zu 48 % und der Beklagte zu 52 %.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten darüber, ob Vergütungsansprüche des Klägers für die Monate August und September 2004 und ein vom Kläger geltend gemachter Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses zur Insolvenztabelle festzustellen sind.

2

Der Kläger, geboren am 28. April 1959, war bei der G (im Weiteren: Insolvenzschuldnerin) seit dem 11. September 1989 als Arbeitnehmer beschäftigt. Unternehmensgegenstand der Insolvenzschuldnerin ist die Schulung, Ausbildung und vorübergehende Beschäftigung von arbeitslosen Jugendlichen und schwer vermittelbaren Arbeitslosen. Sie sollen durch Bildungs- und Betreuungsmaßnahmen für die Übernahme in ein ordentliches Arbeitsverhältnis qualifiziert werden. Dabei erfolgt ein Einsatz in den Arbeitsbereichen Altholzverwertung, Palettenreparatur und –umbau, Kistenrecycling und –umbau, Plastik- und Styropor-Sortierung, Sammeln, Sortieren und Verarbeiten von Papier, Verpackungsmaterialien und Druckereiabfällen, Sammeln und Verwerten von Altbekleidung, Entsorgen und Wiederverwerten von Müll und Haushaltsgegenständen sowie in den kaufmännischen Bereichen Einkauf und Vermarkten der Materialien. Der Kläger war mitverantwortlich für die Bereiche Schulung und Qualifizierung.

3

- Durch Beschluss vom 29. Mai 1991 bestellte der alleinige Gesellschafter der Insolvenzsuldnerin, der Sozialwerk A , den Kläger und einen weiteren Arbeitnehmer, Herrn Z , mit Wirkung ab dem 1. Juli 1991 zu Geschäftsführern der Insolvenzsuldnerin. Mit beiden Geschäftsführern wurden inhaltsgleiche Dienstverträge für die Zeit ab dem 1. Juli 1991 abgeschlossen. Danach bestand zwischen der Insolvenzsuldnerin und jedem Geschäftsführer ein unbefristetes Dienstverhältnis, das ohne Kündigung mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres des Geschäftsführers enden sollte. Die Insolvenzsuldnerin sollte nur berechtigt sein, das Dienstverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen. Jeder Geschäftsführer war berechtigt, den Dienstvertrag mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres zu kündigen. Die Vergütung bestand aus einem festen Gehalt und einer Tantieme, die von dem wirtschaftlichen Ergebnis des zurückliegenden Geschäftsjahres abhängig war und von dem Gesellschafter festgesetzt wurde. 4
- Als Geschäftsführer war der Kläger zuständig für die Verwaltung, insbesondere auch die Buchhaltung einschließlich Anlagebuchhaltung und die Bilanzerstellung, sowie für die Technik, den Vertrieb und die Forschung. Sein monatlicher Bruttoverdienst betrug zuletzt EUR 7.561,22. 5
- Im Jahr 2003 beteiligte sich die Insolvenzsuldnerin an Ausschreibungen der D . Sie erhielt den Zuschlag für die Glasentsorgung in den Landkreisen D und A , die Entsorgung von Glas und Leichtverpackungen in der Stadt A sowie die Entsorgung von Leichtverpackungen im Landkreis H , der Stadt D und den Gemeinden L und H . Mitbewerber war die S in K bzw. mit ihr verbundene Gesellschaften. 6
- Die Parteien streiten darüber, ob die Geschäftsführer bei der Ausschreibung Angebote für die Insolvenzsuldnerin mit wirtschaftlich völlig unvertretbaren Bedingungen abgegeben haben und deshalb die spätere Insolvenz verschuldet haben – so der Beklagte –, oder ob es der S durch "Störmanöver" und "Sabotageakte" zunächst gelungen ist, von dem Sozialwerk A sämtliche Geschäftsanteile an der Insolvenzsuldnerin zu erhalten, um sodann den Verein zu veranlassen, am 3. März 2004 den Kläger und Herrn Z als Geschäftsführer abzuberufen und einen Mitarbeiter des Mitbewerbers, Herrn M , als neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer zu bestellen, der am 22. März 2004 eine für die Insolvenzsuldnerin nachteilige Aufhebung der Entsorgungsverträge vereinbart habe, die danach zu lukrativen Bedingungen von Gesellschaften aus der S Gruppe übernommen worden seien – so der Kläger -. 7
- Nach der Abberufung als Geschäftsführer prüfte der Kläger nach eigenen Angaben Verträge auf die Einhaltung von Gemeinnützigkeitsbedingungen, erstellte Listen über die Anlagegüter, kontrollierte Rechnungen, ordnete Buchhaltungsunterlagen, stellte sonstige Unterlagen zusammen, die er dem neuen Geschäftsführer auch zur Vorbereitung auf Gespräche mit dem Wirtschaftsprüfer, dem Steuerberater und einer Bank erläuterte, führte Gespräche mit der Auftraggeberin über eine Verbesserung der Vertragsbedingungen, nahm an sonstigen Gesprächen mit Vertragspartnern der Insolvenzsuldnerin teil, gab dem neuen Geschäftsführer Auskunft darüber, welche Mitarbeiter bei einer Personalreduzierung entlassen werden sollten (vgl. wegen der Einzelheiten: Bl. 271 – 280 d. A.). 8
- Der Kläger wurde von der Insolvenzsuldnerin von der Arbeit freigestellt an Arbeitstagen im März 2004, April 2004 und Mai 2004 sowie ab dem 5. Juli 2004 bis zum 30. September 2004, wobei die Freistellung teilweise auf den Urlaubsanspruch angerechnet wurde. An einem Arbeitstag im September 2004 nahm der Kläger an einem Gerichtstermin in einem von der Insolvenzsuldnerin geführten Rechtsstreit teil, nachdem er sich zuvor an zwei Arbeitstagen 9

- auf die Verhandlung vorbereitet hatte. Die Insolvenzschuldnerin hatte ihn gebeten, zu dem Termin als Zeuge zu erscheinen, und ihn ersucht, zur Vorbereitung in ihren Geschäftsräumen in Unterlagen Einsicht zu nehmen. Der Zeitaufwand für Vorbereitung und Terminwahrnehmung stelle Arbeitszeit im Rahmen seines Anstellungsvertrages dar.
- Entsprechend einer Ankündigung vom 30. Juli 2004 hielt die Insolvenzschuldnerin das Gehalt des Klägers für Juli 2004 bis auf den pfändungsfreien Betrag mit der Begründung ein, ihr stünden Schadensersatzansprüche gegen den Kläger aufgrund der gravierend ungünstigen Vertragsabschlüsse mit der D zu. Für August und September 2004 zahlte sie keine Vergütung. 10
- Am 6. August 2004 wurde der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin beim zuständigen Amtsgericht Aachen gestellt. 11
- Mit Schreiben vom 30. September 2004 kündigte die Insolvenzschuldnerin das Dienstverhältnis des Klägers fristlos, hilfsweise ordentlich. 12
- Am 15. Dezember 2004 beantragte der Kläger bei der zuständigen Bundesagentur für Arbeit die Gewährung von Insolvenzgeld für die Monate August und September 2004. 13
- Am 1. Januar 2005 eröffnete das Amtsgericht Aachen das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. 14
- Mit Schreiben vom 5. Januar 2005 kündigte der Insolvenzverwalter das Dienstverhältnis hilfsweise fristgerecht zum 30. April 2005. 15
- Der Kläger hat mit der vor dem Arbeitsgericht Aachen erhobenen Klage zuletzt erstinstanzlich die Unwirksamkeit der Kündigung der Insolvenzschuldnerin vom 30. September 2004 geltend gemacht und Feststellung begehrt, dass das Vertragsverhältnis erst durch die Kündigung des Insolvenzverwalters vom 5. Januar 2005 zum 30. April 2005 beendet worden sei. Zudem hat er begehrt, den Beklagten zu verurteilen, zur Insolvenztabelle neben Vergütungsansprüchen für die Monate Juli 2004 bis September 2004 auch Ansprüche auf Auslagenersatz und Abführung eines Versicherungsbeitrags sowie einen Schadensersatzanspruch wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses und des dadurch eingetretenen Verlustes des Arbeitsplatzes nach den Maßstäben der §§ 9, 10 KSchG in Höhe von EUR 90.734,64 (12 x EUR 7.561,22) festzustellen. Der Beklagte hatte zuvor diese Zahlungsansprüche, die der Kläger zur Insolvenztabelle angemeldet hatte, bestritten. Schließlich hat der Kläger die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses begehrt. 16
- Die Beklagte hat vor dem Arbeitsgericht Aachen Widerklage erhoben auf Feststellung, dass der Kläger als Gesamtschuldner mit dem Mitgeschäftsführer Z verpflichtet ist, sämtlichen Schaden zu ersetzen, der durch die fehlerhafte Kalkulation und spätere Abwicklung der Entsorgungsverträge mit der D der Insolvenzschuldnerin entstanden ist und künftig entstehen wird. Die Widerklage hat das Arbeitsgericht Aachen durch Beschluss vom 29. Juli 2005 abgetrennt. 17
- Danach hat das Arbeitsgericht Aachen durch Urteil vom 29. Juli 2005 der Klage stattgeben bis auf die vom Kläger für die Monate August und September 2004 geltend gemachten Vergütungsansprüche und den Schadensersatzanspruch wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses. Zur Begründung der teilweisen Klageabweisung hat es ausgeführt, zwar sei das Dienstverhältnis erst durch die Kündigung des Beklagten vom 5. Januar 2005 zum 30. April 2005 beendet worden. Auch seien die Vergütungsansprüche für die Monate 18

August und September 2004 zugunsten des Klägers entstanden. Jedoch seien sie nach § 187 SGB III mit der Stellung des Antrags auf Insolvenzgeld am 15. Dezember 2004 auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses stehe dem Kläger nicht zu, da zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin auch nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer kein Arbeitsverhältnis bestanden habe, sondern der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag weiterhin gegolten habe. Soweit der nach § 113 S. 3 InsO zu ersetzende Schaden wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses im Verlust des Arbeitsplatzes bestehe, könne die Abfindungsregelung nach §§ 9,10 KSchG nicht entsprechend angewandt werden, da kein ordentlich unkündbares Arbeitsverhältnis vorgelegen habe.

Das Urteil ist dem Kläger am 10. Oktober 2005 zugestellt worden. Er hat hiergegen am 7. November 2005 Berufung einlegen und diese am 12. Dezember 2005 (Montag) begründen lassen. 19

Der Kläger trägt vor, die Vergütungsansprüche für die Monate August und September 2004 stünden ihm zu, da die Bundesagentur für Arbeit ausweislich eines inzwischen bestandskräftigen Bescheides vom 14. Dezember 2004 Insolvenzgeld für die Monate Oktober 2004 bis einschließlich Dezember 2004 gewährt habe. 20

Auch stehe ihm der Schadensersatzanspruch wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses und des damit verbundenen Verlustes des Arbeitsplatzes in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG in Höhe von EUR 90.734,64 zu. Nach seiner Abberufung als Geschäftsführer habe Einigkeit zwischen ihm der Insolvenzsuldnerin darüber bestanden, dass das Dienstverhältnis unter geänderten Bedingungen fortgesetzt werde. So habe der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der S, Herr N, schon nach der Übertragung der Geschäftsanteile ihm und dem Geschäftsführer Z erklärt, sie sollten weiterhin als Angestellte bei der Insolvenzsuldnerin tätig sein. Am 9. März 2004 habe Herr N auch gegenüber einem Vertreter der D erklärt, Herr Z werde weiterhin als Angestellter arbeiten. Er trägt vor, seit dem 8. März 2004 habe er die Arbeiten nach den Weisungen des neuen Geschäftsführers verrichtet. Dieser habe auch darüber entschieden, wann und wie lange er von der Arbeit freigestellt worden sei und wann ihm Urlaub gewährt worden sei. Hilfsweise begründet er den Schadensersatzanspruch mit dem Verdienstaussfall, den er in der Zeit vom 1. Januar 2005 bis zum 30. April 2006 erlitten hat. Da er bei der Insolvenzsuldnerin zuletzt monatlich eine Vergütung in Höhe von EUR 4.887,48 netto bezogen habe und das Arbeitslosengeld EUR 1.303,20 pro Monat betragen habe, errechne sich ein Verdienstaussfall in Höhe von EUR 57.348,48 netto (16 x EUR 3.584,28). 21

Der Kläger beantragt, 22

das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 29. Juli 2005 - 2 Ca 4820/04 – teilweise abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, 23

1. eine Forderung des Klägers in Höhe von EUR 4.627,34 netto (Rang 0, lfd. Nr. 74) zur 24
Insolvenztabelle festzustellen,

2. eine Forderung des Klägers in Höhe von EUR 4.627,34 netto (Rang 0, lfd. Nr. 75) zur 25
Insolvenztabelle festzustellen,

3. eine Forderung des Klägers in Höhe von EUR 90.734,64 netto (Rang 0, lfd. Nr. 97) zur 26
Insolvenztabelle festzustellen.

Der Beklagte beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	28
Er trägt vor, er mache vor dem Arbeitsgericht Aachen mit der abgetrennten Widerklage zwischenzeitlich einen Mindestschaden in Höhe von EUR 3.696.463,02 gegen den Kläger und den Mitgeschäftsführer Z geltend. Da er nach einem Obsiegen mit der Widerklage gegen zur Insolvenztabelle festgestellte Zahlungsansprüche des Klägers noch aufrechnen könne, sei es prozessökonomisch, den Streit über die Widerklageansprüche aus dem vorliegenden Verfahren herauszuhalten.	29
Zutreffend habe das Arbeitsgericht Aachen entschieden, dass die Ansprüche des Klägers auf Vergütung für die Monate August und September 2004 auf die Bundesagentur für Arbeit am 15. Dezember 2004 übergegangen seien.	30
Ein Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses und des damit verbundenen Verlustes des Arbeitsplatzes in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG stehe dem Kläger nicht zu. Auch nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer sei das Geschäftsführer-Dienstverhältnis fortgeführt worden. Er bestreitet, dass Herr N dem Kläger, Herrn Z und auch einem Vertreter der D erklärt hat, der Kläger und Herr Z würden weiter als Angestellte beschäftigt. Zudem sei Herr N nicht befugt gewesen, für die Insolvenzschuldnerin eine derartige Erklärung abzugeben. Dazu sei nur der neue Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin berechtigt gewesen. Die vom Kläger für die Zeit ab dem 8. März 2004 angegebenen Arbeiten seien im Zusammenhang mit der Übergabe seines bisherigen Geschäftsbereichs an den neuen Geschäftsführer erfolgt. Diese Übergabe habe längere Zeit beansprucht, da der Kläger langjährig die Geschäftsführung ausgeübt habe und zudem nach den Fehlleistungen des Klägers und des Herrn Z ein ganz erheblicher Gesprächs- und Klärungsbedarf bestanden habe. Der Kläger habe nicht substantiiert dargetan, welche konkreten Weisungen ihm dabei hinsichtlich Arbeitsausführung, Arbeitsort und Arbeitszeit erteilt worden seien. Mit der Wahrnehmung des Gerichtstermins habe der Kläger lediglich seine gesetzliche Zeugenpflicht erfüllt. Eine Abfindung für geleistete Dienste oder für besondere Treue und Leistungen könne auch nach anderen Vorschriften als den §§ 9, 10 KSchG nicht in Betracht kommen, da der Kläger die Gemeinschuldnerin geschädigt habe. Zu der Begründung des Schadensersatzanspruchs mit dem entstandenen Verdienstaufschlag hat der Beklagte ausgeführt, er bestreite diesen Vortrag des Klägers.	31
Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf den Akteninhalt verwiesen.	32
<u>Entscheidungsgründe:</u>	33
I. Die Berufung ist zulässig.	34
Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 b ArbGG statthaft und wurde innerhalb der in § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen eingelegt und begründet.	35
II. Die Berufung ist auch im erkannten Umfang begründet.	36
1. Der Kläger hat einen Anspruch auf Feststellung der Vergütungsansprüche für August und September 2004 zur Insolvenztabelle.	37
a. Die Anträge auf Feststellung der Vergütungsansprüche zur Insolvenztabelle sind zulässig.	38
	39

- aa. Sie sind hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Betrag und Rang der Forderung sind angegeben. Das Feststellungsinteresse des Klägers folgt aus § 179 InsO. Eine zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung, die bestritten geblieben ist, kann vom Gläubiger durch Feststellungsklage gerichtlich verfolgt werden.
- bb. Die besondere Sachurteilsvoraussetzung nach § 181 InsO liegt vor. Angemeldete und gerichtlich verfolgte Ansprüche sind deckungsgleich nach Grund, Betrag und Rang. 40
- cc. Die Wirkung der Forderungsfeststellung tritt bereits mit der Rechtskraft der Entscheidung ein und nicht erst mit der Berichtigung der Tabelle. Die Berichtigung hat lediglich beurkundenden, also deklaratorischen Charakter. Es obliegt der obsiegenden Partei nach § 183 Abs. 2 InsO, die Berichtigung unter Vorlage der erwirkten Entscheidung beim Insolvenzgericht zu beantragen. Dabei trifft den Verwalter eine Mitwirkungspflicht (vgl. Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 183 Rdn. 5). 41
- b. Die zulässigen Feststellungsanträge sind auch begründet. 42
- aa. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Vergütungsansprüche des Klägers für die Monate August und September 2004, in denen dem Kläger zeitweise Erholungsurlaub gewährt worden ist und er ansonsten unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freigestellt war, entstanden sind. Für die Vorbereitung und Wahrnehmung des Gerichtstermins vor dem Oberlandesgericht Köln, die während der Freistellung erfolgte, hat die Insolvenzschuldnerin dem Kläger mit Schreiben vom 7. September 2004 zusätzlich zugesagt, sie werde den Zeitaufwand als Arbeitszeit vergüten. 43
- bb. Der Kläger ist auch Inhaber der Forderung. Zwar gehen nach § 187 SGB III die Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die den Anspruch auf Insolvenzgeld begründen, abweichend von § 115 SGB X bereits mit der Stellung des Antrages auf Insolvenzgeld auf die Bundesagentur für Arbeit über. Diese Regelung soll die Bundesagentur in die Lage versetzen, notwendig werdende Schritte zur Klärung der tatsächlichen Lage und zur zweckgerechten Verfolgung der offenen Vergütungsforderung zu ergreifen. Es handelt sich um einen zunächst vorläufigen Rechtsübergang, der sich verfestigt, wenn bindend und rechtskräftig Insolvenzgeld zuerkannt ist. Wird der Anspruch auf Insolvenzgeld abgelehnt, so fällt der Anspruch zurück (vgl. LAG Düsseldorf ZIP 1999, S. 1716, 1717; LAG Hamm NZA-RR 2001, S. 161, 162; Niesel, SGB III, 3. Aufl., § 187 Rdn. 2). Die Ablehnung ist auflösende Bedingung für den Forderungsübergang (vgl. Schmidt in PK-SGB III, 2. Aufl., § 187 Rdn. 6). 44
- Die Bundesagentur hat durch bestandskräftigen Bescheid vom 14. Dezember 2004 den 3-monatigen Insolvenzgeldzeitraum (§ 183 Abs. 1 SGB III) auf die Monate Oktober bis einschließlich Dezember 2004 festgelegt und dem Kläger nur für diesen Zeitraum Insolvenzgeld gewährt. Damit ist zugleich bestandskräftig die Gewährung von Insolvenzgeld für die Monate August und September 2004 abgelehnt worden. 45
- cc. Die Vergütungsansprüche sind als gewöhnliche Insolvenzforderung (§ 38 InsO) auch mit dem vom Kläger bezeichneten Rang in den haftungsrechtlichen Ausgleich einzustellen. 46
2. Der Kläger hat einen Anspruch auf Feststellung eines Schadensersatzanspruchs wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses zur Insolvenztabelle, der bemessen wird nach der Höhe des Verdienstausfalls von EUR 43.011,36 netto, den er in der Zeit vom 1. Mai 2005 bis zum 30. April 2006 erlitten hat. 47

- a. Der Antrag auf Feststellung des Schadensersatzanspruchs zur Insolvenztabelle ist zulässig. 49
- aa. Der Antrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Auch hier sind Betrag und Rang der Forderung angegeben. Der Insolvenzverwalter hat auch diesen Anspruch, den der Kläger zur Insolvenztabelle angemeldet hatte, bestritten. 49
- bb. Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen nach § 181 InsO liegen ebenfalls vor. Angemeldeter und gerichtlich verfolgter Anspruch sind deckungsgleich nach Grund, Betrag und Rang. 50
- Grund der Forderung im Sinne des § 181 InsO ist der für die Entstehung der Forderung wesentliche Sachverhalt. Die Ergänzung oder Berichtigung der in der Anmeldung gemachten tatsächlichen Angaben im Feststellungsprozess ist analog § 264 Nr. 1 ZPO zulässig (vgl. MünchKomm/InsO-Schumacher, § 181 Rdn. 6). 51
- Der Kläger hat zur Insolvenztabelle angemeldet den auch im vorliegenden Verfahren verfolgten Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses. Dabei hat er ausweislich des erstinstanzlichen Schriftsatzes vom 17. Mai 2005 zur Schadensberechnung von vornherein die Ansicht vertreten, ihm sei zu ersetzen der Verdienstaufschlag bis zum Ende einer fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist und zusätzlich der Verlust des Arbeitsplatzes nach Abfindungsgrundsätzen. Den Verdienstaufschlagschaden hat er allerdings zunächst nicht gerichtlich verfolgt. Wenn er nunmehr im Berufungsverfahren geltend macht, für den Fall, dass der Schaden nicht nach Abfindungsgrundsätzen ermittelt werde, sei jedenfalls hilfsweise der Schadensersatz anhand des bislang eingetretenen Verdienstaufschlags zu berechnen, handelt es sich um eine nach § 181 InsO zulässige Ergänzung der Schadensberechnung, die nicht auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt gestützt wird und mit der er nicht über den zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungsbetrag hinausgeht (vgl. dazu: Uhlenbruck, a.a.O., § 181 Rdn. 6; FK-InsO/Kießner, 3. Aufl., § 181 Rdn. 6). 52
- b. Der zulässige Feststellungsantrag ist nur im erkannten Umfang begründet. 53
- aa. Nach § 113 S. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung ein Dienstverhältnis, bei dem der Insolvenzschuldner der Dienstberechtigte ist, kündigen. Dabei beträgt nach § 113 S. 2 InsO die Kündigungsfrist drei Monate, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Kündigt der Insolvenzverwalter, so kann der Dienstnehmer wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadensersatz verlangen. 54
- Diese gesetzliche Regelung gilt nicht nur für Arbeitsverhältnisse, sondern für alle Dienstverhältnisse, insbesondere auch für Dienstverhältnisse mit Organmitgliedern juristischer Personen (vgl. HWK-Annuß, Arbeitsrechtskommentar, § 113 Rdn. 2). Dabei ordnet § 113 S. 1 InsO an, dass das Dienstverhältnis ungeachtet eines vereinbarten Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts ordentlich gekündigt werden kann, während sich die einzuhaltende Kündigungsfrist aus § 113 S. 2 InsO ergibt. 55
- bb. Umstritten ist, wie der nach § 113 S. 3 InsO zu ersetzende Schaden zu bemessen ist, wenn ein ordentlich unkündbares Arbeitsverhältnis nach § 113 S. 1, 2 InsO gekündigt wird. 56
- 57

Es wird die Ansicht vertreten, der Schaden bestehe im Verlust des Arbeitsplatzes, dessen Wert analog §§ 9, 10 KSchG zu bemessen sei (vgl. ErfK/Müller-Glöge, 5. Aufl., § 113 InsO Rdn. 32).

In diesem Zusammenhang wird auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 628 Abs. 2 BGB verwiesen. Danach ist der Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB zeitlich begrenzt ist. Er ist nach dem Zweck der Norm grundsätzlich auf den dem kündigenden Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven Kündigung entstehenden Vergütungsausfall zu beschränken, zu dem allerdings eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10 KSchG hinzutreten kann. Die Zuerkennung eines "Endlosschadens" wird dabei mit der Begründung abgelehnt, sie entspreche weder dem Wortlaut der Norm noch ihrer Entstehungsgeschichte. Die Beschränkung berücksichtige, dass jede Partei eines Arbeitsvertrages mit einer ordentlichen Kündigung der anderen immer rechnen müsse. Daraus folge, dass der zum Schadensersatz wegen Auflösungsverschuldens Verpflichtete so zu behandeln sei, als wenn er seinerseits gekündigt habe, sobald dies nach der Kündigung des anderen statthaft gewesen sei. Neben den "Verfrühungsschaden" trete ein Ausgleich für den Verlust, den der Arbeitnehmer dadurch erleide, dass er auf den durch die Kündigungsschutzbestimmungen vermittelten Kündigungsschutz verzichte. Bei der Bemessung dieses Ausgleichs sei auf die Abfindungsregelung der §§ 9, 10 KSchG abzustellen (vgl. BAG, Urteil vom 26. Juli 2001 – 8 AZR 739/00 –, Urteil vom 20. November 2003 – 8 AZR 608/02- und Urteil vom 22. April 2002 – 8 AZR 269/03 -). Die genannten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts betrafen allerdings Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag zu einer ordentlichen Kündigung berechtigt war. Ausdrücklich offengelassen hat das Bundesarbeitsgericht, ob bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern nicht davon abweichend eine Entschädigung bis zum vereinbarten Vertragsende – sei es auch erst die Vollendung des 65. Lebensjahres – erfolgen muss (vgl. BAG, Urteil vom 26. Juli 2001 – 8 AZR 739/00 -).

Die Gegenansicht lehnt die Bemessung des Schadensersatzanspruchs analog §§ 9,10 KSchG ab mit der Begründung, der Gesetzgeber habe nach dem Wortlaut der Vorschrift den Schadensersatz nicht für Fälle des "Verlustes des Arbeitsplatzes" als solchen vorgesehen, sondern auf Fälle "wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses" beschränkt (vgl. Berscheid in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 113 Rdn. 113 m.w.N.).

cc. Eine Bemessung des Schadensersatzanspruchs in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG muss allerdings ausscheiden, wenn wie z. B. bei Organmitgliedern nach § 14 Abs. 1 Ziff. 1 KSchG kein Kündigungsschutz bestand und der Dienstnehmer daher auch nicht den Verlust eines durch Kündigungsschutzbestimmungen vermittelten Bestandsschutzes hinzunehmen hatte. Die Kammer ist der Ansicht, dass in diesen Fällen die Schadensersatzpflicht auf den reinen "Verfrühungsschaden" zu reduzieren ist. Ob dieser bei Geschäftsführern einer GmbH entsprechend der Regelung für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft auf die Dauer von 2 Jahren zu beschränken ist (§ 87 Abs. 3 AktG), braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden.

dd. Danach steht dem Kläger kein unter entsprechender Anwendung von §§ 9,10 KSchG zu bemessender Schadensersatzanspruch zu.

Der Kläger war auch nach seiner Abberufung als Geschäftsführer weiterhin ausschließlich aufgrund des im Jahr 1991 abgeschlossenen Geschäftsführer-Dienstvertrages für die Insolvenzschuldnerin tätig.

Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass der im Jahr 1991 abgeschlossene Geschäftsführer-Anstellungsvertrag kein Arbeitsvertrag, sondern ein Dienstvertrag war. Mit dem Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages war das bis dahin bestehende Arbeitsverhältnis aufgehoben worden. Denn es war ein völlig neuer Dienstvertrag abgeschlossen worden, der andere Konditionen für den Kläger vorsah. In solchen Fällen entspricht es dem Willen der Parteien, dass neben dem Geschäftsführer-Dienstvertrag mit der GmbH nicht noch das Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen soll (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 24. November 2005 – 2 AZR 614/04 -). Abweichendes ergibt sich weder aus dem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom 11. Juli 1991 noch aus dem sonstigen Vorbringen der Parteien.

Mit der nach § 38 Abs. 1 GmbHG wirksamen Abberufung des Klägers aus der Organstellung war nicht zugleich eine Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages verbunden. In dem Geschäftsführer-Dienstvertrag war nicht vereinbart, dass mit der Abberufung als Geschäftsführer zugleich das Dienstverhältnis als fristlos oder ordentlich gekündigt gelten sollte. Eine derartige Kündigung ist auch nicht bei der Abberufung erklärt worden. 64

Eine Beendigung der Organstellung durch Widerruf, Zeitablauf oder Amtsniederlegung führt auch nicht automatisch zum Übergang des begründeten freien Dienstverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis. Vielmehr besteht dieses Dienstverhältnis bis zu seinem Ablauf, seiner vertraglichen Aufhebung oder seiner Kündigung fort (vgl. BAG, Beschluss vom 28. September 1995 – 5 AZB 4/95 – und Urteil vom 24. November 2005 – 2 AZR 614/04 -). Die vertragliche Aufhebung des Dienstverhältnisses und die Weiterbeschäftigung des abberufenen Geschäftsführers als Arbeitnehmer bedarf regelmäßig einer besonderen Vereinbarung (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 24. November 2005 – 2 AZR 614/04 -). 65

An einer solchen Vereinbarung fehlt es im vorliegenden Fall. Der Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin hat weder bei der Abberufung des Klägers noch danach mit dem Kläger vereinbart, dass sein Geschäftsführer-Dienstverhältnis beendet sei und er als Angestellter mit einem anderen Aufgabengebiet weiterbeschäftigt werde. Dabei ist davon auszugehen, dass eine einvernehmliche Weiterbeschäftigung als Angestellter ohne Geschäftsführerverantwortung mit einer deutlichen Verringerung der Bezüge verbunden gewesen wäre, zumal sich die Insolvenzschuldnerin bereits damals in einer angespannten finanziellen Situation befand. 66

Auf eine einvernehmliche Umwandlung des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis lassen auch weder die schriftlichen Erklärungen über Freistellung, Urlaub und Wahrnehmung eines Gerichtstermins noch die tatsächliche Beschäftigung des Klägers schließen. Die widerrufliche Freistellung vom 23. März 2004 erfolgte vielmehr ausdrücklich unter Hinweis auf die Fortzahlung der "vertragsmäßigen Vergütung", womit die nach dem Geschäftsführer-Dienstvertrag gemeint war. Dass der Urlaub mit dem neuen Geschäftsführer abgestimmt werden musste, steht im Einklang mit § 5 S. 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrages. Aus dem Hinweis vom 7. September 2004 auf einen Verhandlungstermin in einem vor dem Oberlandesgericht Köln anhängigen Rechtsstreit kann ebenfalls nicht hergeleitet werden, das Dienstverhältnis sei in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt worden. Der Ausdruck "Angestelltenvertrag" in diesem schriftlichen Hinweis ist schon deshalb nicht aussagekräftig, weil aus der Bezeichnung des Dienstvertrages als "Anstellungsvertrag" dieser Begriff abgeleitet worden sein kann. Im Übrigen zeigt insbesondere der letzte Satz des Hinweisschreibens, dass es dem Verfasser nicht um die Ausübung eines Direktionsrechts ging, sondern um die Übermittlung einer im Interesse der Insolvenzschuldnerin liegenden Bitte an den Kläger. 67

Bei der tatsächlichen Beschäftigung des Klägers nach seiner Abberufung ging es jedenfalls ganz überwiegend darum, die Geschäftsführung dem neuen Geschäftsführer zu übergeben. Dazu gehörten insbesondere folgende Tätigkeiten: Unterlagen ordnen und zusammenstellen, Bestände ermitteln, Auskünfte über das Personal erteilen und sonstige Angelegenheiten aus der Geschäftsführung erläutern sowie Gespräche mit Auftraggebern und Kunden fortführen oder an ihnen teilnehmen. Der Beklagte hat begründet, dass diese Übergabe längere Zeit benötigte. Nach der langjährigen Geschäftsführung durch den Kläger und den Mitgeschäftsführer Zweerings sowie angesichts der schwierigen Lage, in der sich die Insolvenzschuldnerin bereits damals befunden habe, habe ein erheblicher Gesprächs- und Klärungsbedarf bestanden. Zudem sprechen die erheblichen Freistellungszeiträume bereits ab April 2004 dafür, dass es nicht um die regelmäßige Erbringung von Arbeitsleistungen in einem dem Kläger dauerhaft zugewiesenen neuen Aufgabengebiet ging, sondern nur um eine vom jeweiligen Abstimmungsbedarf abhängige Übergabe der Geschäftsführeraufgaben.

ee. Vielmehr steht dem Kläger ausschließlich ein nach dem Verdienstaufschlag zu bemessender Schadensersatzanspruch zu, wobei der Ausfallzeitraum mit dem Monat Mai 2005 beginnt und gemäß dem Antrag des Klägers mit dem Monat April 2006 endet.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass es sich bei den Vergütungsansprüchen des Klägers für den Zeitraum Januar 2005 bis April 2005 um Masseansprüche handelte, die zudem Gegenstand eines gesonderten Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht Aachen waren. Ein Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags als gewöhnliche Insolvenzforderung steht insoweit nicht in Rede. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auch klargestellt, dass die Einbeziehung dieses Zeitraums bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs versehentlich erfolgt ist.

Die Beklagte hat das Vorbringen des Klägers zu der Höhe des monatlichen Verdienstaufschlags im Zeitraum Mai 2005 bis April 2006 nicht substantiiert bestritten, so dass es nach § 138 ZPO als zugestanden gilt.

ff. Der Schadensersatzanspruch ist als gewöhnliche Insolvenzforderung (§ 38 InsO) auch mit dem vom Kläger bezeichneten Rang in den haftungsrechtlichen Ausgleich einzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Revision war zuzulassen wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits hinsichtlich der Bemessung des Schadensersatzanspruchs nach § 113 S. 3 InsO bei einem ordentlich unkündbaren Dienstverhältnis.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von

REVISION

eingelegt werden.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

schriftlich beim

82

Bundesarbeitsgericht	
Hugo-Preuß-Platz 1	83
99084 Erfurt	84
Fax: (0361) 2636 - 2000	85
eingelegt werden.	86
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	87
Die Revisionsschrift muss von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	88
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	89
(Schwartz) (Ueberholz) (Etheber-Schavier)	90
