

# Geschäftsführer und Arbeitsrecht

**Sehr instruktiv!**

BAG: Beschluss vom 26.10.2012 - 10  
AZB 60/12

1. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass das Mitglied eines Vertretungsorgans einer juristischen Person keinen Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen führt, solange es dessen Mitglied ist. Nach der Abberufung als Organmitglied sind die Arbeitsgerichte für die Entscheidung über Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis des ehemaligen Organmitglieds zuständig. (Orientierungssatz des Gerichts)

2. Macht ein **abberufenes Organmitglied** im Rahmen einer Kündigungsschutzklage den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses geltend, so liegt ein sog. **sic-non-Fall** vor. Die bloße Rechtsansicht der Klagepartei genügt dann, um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu eröffnen. Nach der Beendigung der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen berufen, über die Frage, ob das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis tatsächlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und durch eine ausgesprochene ordentliche Kündigung beendet wurde, zu entscheiden. (Orientierungssatz des Gerichts)

# Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG.

# Während der Organstellung

Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten jedoch in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitsachen nicht berufen.

# Während der Organstellung

Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. **Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen** (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 11 mwN; 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 12 mwN, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11 mwN, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44). An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, wenn zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33) und der Geschäftsführer geltend macht, er sei wegen seiner eingeschränkten Kompetenz in Wirklichkeit Arbeitnehmer gewesen (BAG 14. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - Rn. 16, BAGE 118, 278).

# Während der Organstellung

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 107, 165). Für Ansprüche der Klagepartei aus dem der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrag sind deshalb die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres zuständig (vgl. BAG 20. Mai 1998 - 5 AZB 3/98 - zu II 1 der Gründe, NZA 1998, 1247).

# Nach der Organstellung

Dabei ändert sich der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters nicht allein dadurch, dass der Organvertreter abberufen wird. Durch den Abberufungsakt wird das Anstellungsverhältnis nicht zum Arbeitsverhältnis (BAG 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - zu II 1 b aa der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 36 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37; 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - zu II 3 b bb der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 28).

# Nach der Organstellung

Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein (BAG 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 13 mwN, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11 mwN, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis - wieder - in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 c der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33).

# Nach der Organstellung

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird (vgl. bspw. BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23, AP BGB § 626 Nr. 211; 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294). Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt (vgl. BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 12, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, aaO). Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 13; 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 14, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46).

# Arbeitnehmerstatus

## Nationales Recht

Während die hM und der BGH in ständiger Rechtsprechung (Staudinger/Richardi Vorbem § 611 Rz 236 mwN; BGH 9. 2. 78, DB 78, 878; 25. 1. 81, ZIP 81, 367) die Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers grundsätzlich verneinen, steht das **BAG** auf dem Standpunkt, dass beim GmbH-Geschäftsführer **jedenfalls die Möglichkeit besteht**, dass dieser als Arbeitnehmer einzustufen sei (BAG 15. 4. 82, ZIP 83, 607; 13. 5. 92, ZIP 92, 1496; 6. 5. 99 – 5 AZB 22/98, NZA 99, 839; 26. 5. 99 – 5 AZR 664/98, NZA 99, 987).

Letztlich ist auf den nach der konkreten Vertragsgestaltung gegebenen Grad der für den Arbeitnehmerstatus maßgeblichen persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers abzustellen, für die auch beim Geschäftsführer als wichtigstes Element eine **Weisungsabhängigkeit** hinsichtlich der Konkretisierung der Arbeitspflicht zu fordern ist (BAG 26. 5. 99 – 5 AZR 664/98, NZA 99, 987). Diese Differenzierung stimmt nicht vollständig mit der europarechtlichen Abgrenzung des ArbNBegriffs überein, der zudem je nach Rechtsquelle differiert (vgl. EuGH 11. 11. 10 – C-232/09 Danosa, NZA 11, 143; Fischer NJW 11, 2329).

## BAG, Urteil vom 26. 5. 1999 - 5 AZR 664/98

Das Anstellungsverhältnis einer (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin kann im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein.

Ob das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, hängt nicht vom Umfang der Vertretungsbefugnis der (stellvertretenden) Geschäftsführerin im Innenverhältnis nach § 37 Absatz I GmbHG ab, sondern richtet sich nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung vom freien Dienstverhältnis.

# Zur Verbrauchereigenschaft

BAG, Urteil vom 19. 5. 2010 - 5 AZR 253/09 (LAG Hessen Urteil 11. 9. 2008 14/6 Sa 665/08)

NZA 2010, 939

Weder der Abschluss des Anstellungsvertrags noch die Geschäftsführung einer GmbH stellt eine gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit dar. Die Geschäftsführung einer GmbH ist keine selbstständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit. Maßgeblich für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbstständig ist neben der weitgehenden Freiheit von Weisungen, dass die Tätigkeit im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Verantwortungsbereich ausgeübt wird, so dass das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit unmittelbar selbst getragen wird.

Der Geschäftsführer einer GmbH übt aber seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft aus. Überdies unterliegt er im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter. Wenn demgemäß die Geschäftsführung einer GmbH keine selbstständige Tätigkeit i. S. des § 13 BGB darstellt, so gilt dies erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrags, jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Geschäftsführer nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht über die Gesellschaft ausüben kann.

## Europäisches Recht

EuGH (2. Kammer), Urteil vom 11. 11. 2010 - C-232/09 **Dita Danosa**/LKB Lizzings SIA, NZA 2011,  
143

Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt, als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG anzusehen ist.

# EU-einheitliche Auslegung

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne dieser Richtlinie nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich ausgelegt werden; er ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen.

# Wesentliches Merkmal

Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

# Kriterien

Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ist es ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist. Sofern eine Person die vorstehend angeführten Voraussetzungen erfüllt, ist die Art der Rechtsbeziehung zwischen ihr und der anderen Partei des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung für die Anwendung der Richtlinie 92/85/EWG.

Auch die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht schließt nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG einzustufen ist, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Richtlinie verschleiert.

# Sachverhalt

Wie sich aus den vor dem EuGH abgegebenen Erklärungen ergibt, hat Frau Danosa im vorliegenden Fall unstreitig Leistungen gegenüber LKB regelmäßig und gegen Entgelt erbracht und dabei die Aufgaben ausgeführt, die ihr in ihrer Eigenschaft als einzige Geschäftsführerin nach der Satzung dieser Gesellschaft und der Geschäftsordnung der Unternehmensleitung zugewiesen waren. Entgegen dem Vorbringen dieser Gesellschaft kommt es insoweit nicht darauf an, dass die Kl. des Ausgangsverfahrens selbst mit der Erstellung dieser Geschäftsordnung betraut war. Die abgegebenen Erklärungen gehen dagegen in der Frage auseinander, ob zwischen Frau Danosa und LKB das Unterordnungsverhältnis oder gar der Grad an Unterordnung, wie nach der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des Unionsrechts im Allgemeinen und im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG im Besonderen erforderlich, bestand.

# Argumente der Gegner: Vertrauen

LKB sowie die lettische und die griechische Regierung machen geltend, das nach der Rechtsprechung des EuGH erforderliche Unterordnungsverhältnis sei im Fall von Mitgliedern der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft nicht gegeben. LKB und die lettische Regierung bringen vor, ein Mitglied der Unternehmensleitung wie die Kl. des Ausgangsverfahrens erfülle seine Verpflichtungen im Allgemeinen auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrags eigenständig und ohne Weisungen zu empfangen. **Sie betonen, dass die Beziehung zwischen den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft und/oder gegebenenfalls dem Aufsichtsrat auf der einen Seite und den Mitgliedern der Unternehmensleitung auf der anderen Seite auf Vertrauen aufbauen müsse, so dass es möglich sein müsse, das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu beenden, wenn dieses Vertrauen nicht mehr bestehe.**

# Würdigung des Gerichts

Die Frage, ob ein Unterordnungsverhältnis im Sinne der oben angeführten Definition des Arbeitnehmerbegriffs vorliegt, ist in jedem Einzelfall nach Maßgabe aller Gesichtspunkte und aller Umstände zu beantworten, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen.

Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft kann nicht als solche ausschließen, dass sich die Kl. des Ausgangsverfahrens in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der betreffenden Gesellschaft befand. Zu prüfen sind nämlich die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.

# Ergebnis

Wie der Generalanwalt in den Nrn. 77–84 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, zeigt die Prüfung dieser Kriterien im Fall des Ausgangsverfahrens vor allem, dass Frau Danosa zur einzigen Geschäftsführerin von LKB für die bestimmte Dauer von drei Jahren bestellt war, dass sie damit betraut war, das Gesellschaftsvermögen zu verwalten sowie die Gesellschaft zu leiten und zu vertreten, und dass sie in diese integriert war. Auf Nachfrage des EuGH in der mündlichen Verhandlung hat sich nicht feststellen lassen, von wem oder von welchem Organ sie bestellt wurde. Ferner musste Frau Danosa, selbst wenn sie über einen Ermessensspielraum bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben verfügte, gegenüber dem Aufsichtsrat Rechenschaft über ihre Geschäftsführung ablegen und mit diesem zusammenarbeiten. Schließlich geht aus den dem EuGH vorliegenden Akten hervor, dass nach lettischem Recht ein Mitglied der Unternehmensleitung durch Gesellschafterbeschluss von seinem Amt abberufen werden kann, gegebenenfalls nachdem der Aufsichtsrat das Ruhen des Amtes beschlossen hat. Der Abberufungsbeschluss gegenüber Frau Danosa wurde somit von einem Organ erlassen, das von ihr jedenfalls nicht kontrolliert wurde und das jederzeit gegen ihren Willen entscheiden konnte. Zwar ist nicht auszuschließen, dass die Mitglieder eines Leitungsorgans einer Gesellschaft, wie es das Kollegium der Geschäftsführer ist, in Anbetracht ihrer spezifischen Aufgaben und des Rahmens sowie der Art und Weise der Ausübung dieser Aufgaben nicht unter den Arbeitnehmerbegriff fallen, wie er oben definiert ist, doch erfüllt ein Mitglied der Unternehmensleitung, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, dem ersten Anschein nach die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH zu gelten.

# Antwort auf die Frage

Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass für die Zwecke der Richtlinie 92/85/EWG die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, zu bejahen ist, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, die Tatsachenprüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob dies in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit der Fall ist.

# Erste Konsequenzen in der nationalen Rechtsprechung des BGH!

BGH, Urt. v. 23. 4. 2012 – II ZR 163/10 (OLG Köln), NJW 2012, 2346

Auf den Geschäftsführer einer GmbH, dessen Bestellung und Anstellung infolge einer Befristung abläuft und der sich erneut um das Amt des Geschäftsführers bewirbt, sind gem. § 6 Absatz III AGG die Vorschriften des Abschnitts 2 des AGG und § 22 AGG entsprechend anwendbar.

Entscheidet ein Gremium über die Bestellung und Anstellung eines Bewerbers als Geschäftsführer, reicht es für die Vermutungswirkung des § 22 AGG aus, dass der Vorsitzende des Gremiums die Gründe, aus denen die Entscheidung getroffen worden ist, unwidersprochen öffentlich wiedergibt und sich daraus Indizien ergeben, die eine Benachteiligung i. S. des § 7 Absatz I AGG vermuten lassen.

Macht der Kläger einen Anspruch auf Ersatz seines Erwerbsschadens nach § 15 Absatz I AGG geltend, obliegt ihm grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Benachteiligung für die Ablehnung seiner Bewerbung ursächlich geworden ist. Ihm kommt aber eine Beweiserleichterung zugute, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für eine Einstellung bei regelgerechtem Vorgehen besteht.

# Zur Arbeitnehmereigenschaft

Das AGG ist schon nach § 6 Absatz III AGG auf den Kläger anwendbar. Danach gelten die Vorschriften des zweiten Abschnitts des Gesetzes für Geschäftsführer entsprechend, soweit es unter anderem die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit betrifft. Damit kann offen bleiben, ob ein Fremdgeschäftsführer, der nicht an der GmbH beteiligt ist – wie hier der Kl. –, im Wege der Auslegung des § 6 Absatz I AGG als Beschäftigter, insbesondere als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift, angesehen werden kann (vgl. EuGH, ABIEU Nr. C 13 v. 15. 1. 2011 NZA 2011, 143).

# Sozialversicherung

BEBE-SpVSozVersTr Besprechungsergebnis/Beitragseinzug vom 23.11.2000

3. Versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH

# Abgrenzung

Die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) beschäftigte Person zugleich Gesellschafter der GmbH ist. Mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH können durchaus in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH stehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt bei Mitarbeitenden Gesellschaftern - und das gilt auch für Gesellschafter-Geschäftsführer - ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH allerdings nur dann vor, wenn die Gesellschafter

- funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilhaben,
- für ihre Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhalten und
- keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft kraft ihres Anteils am Stammkapital geltend machen können.

# Stammkapital

Sofern ein Gesellschafter-Geschäftsführer über mindestens 50 v. H. des Stammkapitals verfügt oder aufgrund besonderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die Beschlüsse der anderen Gesellschafter verhindern kann (Sperrminorität), hat er grundsätzlich einen entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der GmbH. Er kann insbesondere Beschlüsse verhindern, die sein Dienstverhältnis benachteiligen würden, so dass in diesen Fällen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis von vornherein ausscheidet. In allen anderen Fällen ist jeweils individuell zu prüfen, ob ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Für diese Prüfung hatten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung in der Besprechung über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 6./7. November 1986 eine Entscheidungshilfe und eine Rechtsprechungsübersicht herausgegeben (vgl. Punkt 1 der Niederschrift<sup>1</sup>). Die Entscheidungshilfe sowie die Rechtsprechungsübersicht sind aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen weiteren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts überarbeitet worden und liegen in aktueller Fassung als Anlage bei.

# Hinweispflicht

Nach Auffassung der Besprechungsteilnehmer sollten die Einzugsstellen in ihren Beitragsbescheiden darauf hinweisen, dass sich ihre versicherungsrechtliche Entscheidung nur auf die im Zeitpunkt der Beurteilung maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse in der GmbH bezieht und eine Änderung in diesen Verhältnissen (z.B. Änderung der Kapitalbeteiligung) zu einer anderen versicherungsrechtlichen Beurteilung führen kann. Die GmbH sollte daher in den Bescheiden aufgefordert werden, der Einzugsstelle jede Änderung in den Gesellschaftsverhältnissen umgehend mitzuteilen, damit die Einzugsstelle erforderlichenfalls die versicherungsrechtliche Beurteilung überprüfen kann.

# Regelfall bei Fremdgeschäftsführern

Im Übrigen weisen die Besprechungsteilnehmer darauf hin, dass bei Geschäftsführern, die nicht am Stammkapital der GmbH beteiligt sind (so genannte Fremdgeschäftsführer), nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts **grundsätzlich ein abhängiges und damit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt** (vgl. Urteile vom 22.8.1973 - 12 RK 24/72 -, USK 73122, und vom 24.6.1982 - 12 RK 45/80 -, USK 82160). In seinem Urteil vom 22. August 1973 (a.a.O.) hat sich das Bundessozialgericht ausführlich mit der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fremdgeschäftsführern auseinandergesetzt und ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt. Insbesondere hat es dargelegt, dass allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit nicht auf eine selbständige Tätigkeit geschlossen werden kann, da der Fremdgeschäftsführer ansonsten in einer nicht von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert ist und auch nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterbeschlüsse handeln darf, so dass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die Gesellschafter unterliegt (vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG). Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machen. Die Weisungsgebundenheit des Fremdgeschäftsführers verfeinert sich dabei - wie bei Diensten höherer Art üblich - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. auch Urteile des Bundessozialgerichts vom 29.3.1962 - 3 RK 74/57 -, BSG Bd. 16 S. 289, und vom 29.8.1963 - 3 RK 86/59 -, BSG Bd. 20 S. 6). Dem steht nicht entgegen, dass Fremdgeschäftsführer - gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern - Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehmen, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 13.12.1960 - 3 RK 2/56 -, BSG Bd. 13 S. 196); im Übrigen fehlt ihm das die selbständige Tätigkeit kennzeichnende Unternehmerrisiko. In seinem Urteil vom 24. Juni 1982 (a.a.O.) zu einem Gesellschafter-Geschäftsführer hat das Bundessozialgericht in seiner Entscheidungsbegründung hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fremdgeschäftsführern noch einmal bestätigt, dass diese grundsätzlich abhängig beschäftigt sind.

# Ausnahme

Nur ausnahmsweise können bei Geschäftsführern, die am Stammkapital der GmbH nicht beteiligt sind, die Verhältnisse so liegen, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen ist. So können in Fällen einer Familien-GmbH oder in Gesellschaften, in denen familienhafte Bindungen zu Mehrheitsgesellschaftern bestehen, die Verhältnisse durchaus dafür sprechen, dass für einen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, wie dies auch von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bestätigt wurde. Bei der Mitarbeit in einer Familien-GmbH kann hiernach die Geschäftsführertätigkeit mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch einen für ein Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet sein. Die familiäre Verbundenheit kann hierbei ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 8.12.1987 - 7 RAr 25/86 -, USK 87170). Insoweit kann es an der für eine Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit fehlen, so dass der Geschäftsführer nicht für ein fremdes, sondern im „eigenen“ Unternehmen weisungsfrei und somit selbständig tätig wird (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.2.1993 - 7 RAr 48/92 -, USK 9347).

„Verschiedene Verträge“

# 1. Vom Arbeitnehmer zum Geschäftsführer (und zurück?)

Rechtsprechung BAG  
BAG, Urteil vom 19. 7. 2007 - 6 AZR 774/06

### **Bisheriger Grundsatz:**

Durch den Geschäftsführerdienstvertrag werden die vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage entfällt. Mit dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags und der damit einhergehenden Bestellung zum Geschäftsführer werden für den Beschäftigten bereits von Gesetzes wegen zahlreiche neue Rechte und Pflichten aus dem GmbHG begründet. Einem Arbeitnehmer muss deshalb klar sein, dass mit dem Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrags und der Bestellung zum Geschäftsführer sein Arbeitsverhältnis endet.

1. Eine wirksame Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses durch den Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags setzt die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform (§ 623 BGB) voraus, **indem zumindest der Geschäftsführer-Dienstvertrag schriftlich geschlossen wird.**

2. **Heben die Parteien ihr Arbeitsverhältnis nicht wirksam auf, so bleibt für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nach Beendigung der Stellung als Geschäftsführer der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben. Dies gilt dann auch für Ansprüche aus der Zeit der Geschäftsführertätigkeit.**

# BAG, Beschl. v. 15. 3. 2011 – 10 AZB 32/10 NZA 2011, 874

1. Für eine Klage eines Geschäftsführers einer GmbH gegen die Kündigung seines Anstellungsvertrags ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen nicht gegeben.
2. Eine wirksame Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses durch den Abschluss eines Geschäftsführer–Dienstvertrags setzt die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform (§ 623 BGB) voraus, **indem zumindest der Geschäftsführer–Dienstvertrag schriftlich geschlossen wird.**
3. **Heben die Parteien ihr Arbeitsverhältnis nicht ausdrücklich schriftlich auf und schließen sie lediglich einen mündlichen Geschäftsführer–Dienstvertrag, so bleibt bei einem Streit über die Beendigung des weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnisses der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen gegeben.**

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung: Zu 1: Fortführung der bisherigen Rspr., BAG, NZA 1999, NZA Jahr 1999 Seite 839 = NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 3069 = AP ArbGG 1979 § 5 Nr. AP ARBGG1979 § 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33; BAGE 107, BAGE Band 107 Seite 165 = NZA 2003, NZA Jahr 2003 Seite 1108 = NJW 2003, NJW Jahr 2003 Seite 3290; zu 2: Fortführung der bisherigen Rspr., BAGE 123, BAGE Band 123 Seite 294 = NZA 2007, NZA Jahr 2007 Seite 1095 = NJW 2007, NJW Jahr 2007 Seite 3228; BAG, NZA 2009, NZA Jahr 2009 Seite 669 = NJW 2009, NJW Jahr 2009 Seite 2078 = AP ArbGG 1979 § 5 Nr. AP ARBGG1979 § 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43.

## Wieder BAG: Beschluss vom 26.10.2012 - 10 AZB 60/12

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird (vgl. bspw. BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23, AP BGB § 626 Nr. 211; 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294). Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt (vgl. BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 12, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, aaO). Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 13; 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 14, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46).

# Küttner 19. Aufl. 2012

Wenn der ArbN mit seinem ArbGeb einen schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag abschließt, wird nach Auffassung des BAG vermutet, dass das bis dahin bestehende Arbeitsverhältnis mit Beginn des Geschäftsführerdienstverhältnisses einvernehmlich beendet wird, soweit nicht klar und eindeutig etwas anderes vertraglich vereinbart worden ist (BAG 19. 7. 07 – 6 AZR 774/06, NZA 07, 1095; BAG 3. 2. 09 – 5 AZB 100/08, NZA 09, 669). Keine konkludente Vertragsauflösung kommt dagegen in Betracht, wenn entweder Vertragspartner von (früherem) Arbeitsvertrag und (späteren) Geschäftsführeranstellungsvertrag auseinanderfallen (= Geschäftsführertätigkeit in anderem Konzernunternehmen) oder der Geschäftsführerbestellung ein mündlicher Vertrag zugrunde liegt (LAG Brem 2. 3. 06 – 3 Ta 9/06, NZA-RR 06, 321; LAG Nds 7. 3. 07 – 17 Ta 618/06, NZA-RR 07, 522). Allerdings spricht auch im letztgenannten Fall viel dafür, dass sich mit der Bestellung zum Geschäftsführer die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses in ein freies Dienstverhältnis wandelt (dazu Stagat DB 10, 2801; vgl auch Rz 18). **Für die Praxis ist im Hinblick auf die verbleibende Rechtsunsicherheit dringend zu empfehlen, im Zusammenhang mit der Bestellung zum Geschäftsführer eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung darüber zu treffen, ob das ursprüngliche Arbeitsverhältnis beendet sein soll.**

# Abberufung

Dabei ändert sich der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters nicht allein dadurch, dass der Organvertreter abberufen wird. Durch den Abberufungsakt wird das Anstellungsverhältnis nicht zum Arbeitsverhältnis (BAG Beschluss 26.10.2012).

# Weiterarbeit nach der Abberufung

BGH, Urteil vom 11. 10. 2010 - II ZR 266/08, NZG 2011, 112

Der Geschäftsführer einer GmbH hat nach Widerruf seiner Bestellung bei fortbestehendem Anstellungsverhältnis grundsätzlich keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in einer seiner früheren Tätigkeit vergleichbaren leitenden Funktion. Etwas anderes kann gelten, wenn sich dem Anstellungsvertrag eine dahingehende Vereinbarung entnehmen lässt.

Der Senat hat sich in früheren Entscheidungen bereits damit befasst, ob der aus seiner Organstellung Abberufene gehalten sein kann, eine andere angemessene Beschäftigung unterhalb der Organstellung bei der Gesellschaft auszuüben. Die hiervon zu unterscheidende Frage, ob der abberufene Geschäftsführer aus dem fortbestehenden Anstellungsverhältnis einen Anspruch auf Tätigkeit und Beschäftigung in der Gesellschaft hat, konnte der Senat in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1952 offenlassen. Teilweise wird ein solcher Anspruch in der Literatur bejaht, dem im Rahmen einer Interessenabwägung von der Gesellschaft entgegengehalten werden könne, die Gesellschaft habe im Einzelfall ein schützenswertes Interesse an einer Nichtbeschäftigung.

**Einen Anspruch des Geschäftsführers auf Beschäftigung in einer seiner früheren Tätigkeit vergleichbaren leitenden Funktion lehnt der Senat indes grundsätzlich ab.**

Ausgangspunkt dafür ist die Auslegung des Anstellungsvertrags. Dieser kann zwar im Fall der Abberufung des Geschäftsführers aus der Organstellung einen Anspruch auf Beschäftigung in einer ähnlichen Position als leitender Angestellter vorsehen. Der Anstellungsvertrag hat aber regelmäßig nur die Beschäftigung als Geschäftsführer zum Inhalt. Eine Tätigkeit unterhalb der Organebene ist typischerweise nicht vereinbart. Sie stellt ein aliud zu der Geschäftsführertätigkeit dar und kann deshalb aus dem Anstellungsvertrag nicht hergeleitet werden.

Dies entspricht auch der typischen Interessenlage der Beteiligten. Der abberufene Geschäftsführer hat kein existenzielles Interesse an einer Weiterbeschäftigung, weil er auf Grund des fortbestehenden Anstellungsvertrags i.V. mit § 615 BGB grundsätzlich einen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts hat. Er hat nur insoweit ein Interesse an einer Weiterbeschäftigung, als die Nichtbeschäftigung von ihm als Ansehensverlust oder Minderung der Lebensfreude empfunden wird. Die Gesellschaft dagegen hat ein Interesse daran, im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit die Leitungspositionen in ihrem Unternehmen mit Personen ihres Vertrauens zu besetzen. Zwischen dem abberufenen Geschäftsführer und der Gesellschaft besteht aber im Regelfall kein uneingeschränktes Vertrauensverhältnis mehr. Bei einer Abwägung dieser Interessen überwiegt regelmäßig das Interesse der Gesellschaft.

Geschäftsführer arbeitet nach der Abberufung „einfach“ weiter wie vor seiner Zeit als Geschäftsführer?

# BAG ( 10. Senat ), Beschluss vom 23.08.2011 - 10 AZB 51/10

... Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – wieder – in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (BAG 6. 5. 1999 – BAG 06.05.1999 Aktenzeichen 5 AZB 22/98 – [II 3 c der Gründe], AP ArbGG 1979 § 5 Nr. AP ARBGG1979 § 46).

# Geschäftsführer aufgrund arbeitsvertraglicher Verpflichtung

Drittanstellung

In Konzernen ist es üblich, dass der Geschäftsführer einer Konzerngesellschaft Arbeitnehmer einer anderen Konzerngesellschaft ist. Der Geschäftsführer-Dienstvertrag muss nicht notwendigerweise mit der Gesellschaft geschlossen werden, zu der die Organschaft besteht oder begründet werden soll. Es ist vielmehr zulässig und allgemein anerkannt, dass die Organschaft auf einem schuldrechtlichen Vertrag beruht, der mit einem Dritten geschlossen ist (BAG 20.10.1995 – 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200; MAH-ArbR/Grobys § 77 Rn 21). Das Anstellungsverhältnis mit einem Dritten lässt aber die Rechtswirkungen des Bestellverhältnisses unberührt. Die aus dem Bestellverhältnis heraus resultierenden gesetzlichen und satzungsmäßigen Rechte und Pflichten treten daher ohne Rücksicht auf den Inhalt des Anstellungsvertrages ein. Die Organbeziehung hat daher Vorrang vor den vertraglichen Regelungen mit der anstellenden Gesellschaft (Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn 27).

# Drittanstellungsvertragsvarianten

Instruktiv Kelber in Grobys | Panzer, StichwortKommentar Arbeitsrecht 1. Auflage, 4.  
Edition 2012, Nr. 90 Geschäftsführer Rn 21-26

# 1. Variante

In der ersten Fallvariante wird eine bei einer Konzernmutter mittels Arbeitsvertrages angestellte Führungskraft zum Geschäftsführer einer Konzerntochter-GmbH bestellt, ohne dass sich an dem Arbeitsvertrag etwas darüber Hinausgehendes ändert. Tätigkeiten erbringt er sowohl als Arbeitnehmer für die Konzernmutter als auch als Geschäftsführer für die Tochter. Es kommt insb. nicht auf den jeweiligen Umfang der Tätigkeiten für die jeweiligen Gesellschaften an. Die unveränderte Vergütung erfolgt ausschließlich von der Konzernmutter. Hier ist der Arbeitsvertrag allein die Grundlage für die Geschäftsführerbestellung des Arbeitnehmers, durch die weisungsabhängige Tätigkeit auf Grundlage des Arbeitsvertrages bei der Konzernmutter ist die Führungskraft abhängig beschäftigt und das Vertragsverhältnis (weiterhin) als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Wird dieser Vertrag gekündigt, so hat der Arbeitnehmer Kündigungsschutz und die Arbeitsgerichte sind zuständig (BAG 20.10.1995 – 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200; OLG Schleswig 2.1.2003 – 5 U 44/02, GmbHR 2003, 1130). Insb. sperrt die Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 KSchG hier nicht den materiellen Kündigungsschutz, da es im Rahmen des § 14 Abs. 1 KSchG darauf ankommt, dass der Gekündigte zum Organ der kündigenden Gesellschaft berufen ist (BAG 15.4.1982 – 2 AZR 1101/79, NJW 1983, 2405; APS/Biebl § 14 KSchG Rn 9).

## 2. Variante

Stellt in dieser Fallvariante die Führungskraft die Tätigkeit für die Konzernmutter ein und ist ausschließlich für die Konzerntochter als Geschäftsführer tätig, so wird die Rechtslage schwierig. Ändern die Vertragsparteien den Inhalt des Vertrages nicht oder ändern sie den Inhalt des Vertrages nur in Bezug auf einige materielle Arbeitsbedingungen, wie Zahlung einer höheren Vergütung durch die Arbeitgeberin (Konzernmutter), reicht dies für die Statusänderung des Vertrages wohl nicht aus. Wird keine klare Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien getroffen, dass sich der Inhalt des Vertrages auf der Leistungsseite auf die Geschäftsführertätigkeit zukünftig beschränkt, sondern „entwickelt“ sich die Sachlage lediglich in diese Richtung, dann wird man erhebliche Schwierigkeiten haben, einen Statuswechsel vom Arbeitnehmer zum Dienstnehmer zu begründen. Denn der Beschäftigungsanspruch der Führungskraft aus dem Arbeitsverhältnis (arbeitsvertragliche Beschäftigung bei der Konzernmutter) kann ohne klare vertragliche Absprache weiterhin und jederzeit geltend gemacht werden. Heben die Parteien den „alten“ Arbeitsvertrag in diesem Zusammenhang aber auf und begründen einen neuen Vertrag, nach dessen Inhalt nur noch eine Geschäftsführertätigkeit in Tochterunternehmen geschuldet ist, oder verändern die Vertragsparteien unter Beibehaltung des Vertrages jedenfalls den Inhalt klar in diesem Sinne, wird es zum Statuswechsel kommen (MAH-ArbR/Grobys § 77 Rn 26).

# 3. Variante

Wird der Geschäftsführer der Konzerntochter, ohne jemals für die Konzernmutter selbst gearbeitet zu haben, von Anfang an mit einem Vertrag angestellt, ausschließlich um in der/den Tochtergesellschaft/en Geschäftsführertätigkeiten zu erbringen, ändert dieser Vertragsinhalt die Rechtslage entscheidend. Solange die Organfunktion die einzige vom Geschäftsführer geschuldete und ausgeübte Tätigkeit ist, kann der Umstand, dass eine Drittanstellung vorliegt, den Status des Vertragsverhältnisses nicht beeinflussen. Es liegt also regelmäßig ein freier Dienstvertrag vor (MAH-ArbR/Grobys § 77 Rn 21; Reufels in: VertragsgestaltungArbR § 2 Rn 25).

# GmbH & Co. KG

Für die in der Praxis bedeutende GmbH & Co. KG hat das BAG (BAG 20.8.2003 – 5 AZB 79/02, NZA 2003, 1108) eine umstrittene Frage geklärt. Der bei der KG angestellte Beschäftigte, der bei der Komplementär-GmbH zum Geschäftsführer berufen ist, steht in einem Drittanstellungsverhältnis. Ungeachtet der Möglichkeit, dass dieses Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis aufgrund starker Weisungsabhängigkeit gedeutet werden kann, steht dem durch die KG gekündigten Beschäftigten der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG aber nach einer Kündigung seines Anstellungsvertrages nicht offen, weil er durch die Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH derart „im Arbeitgeberlager“ stehe, dass eine Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht vorliegen könne. Der Beschäftigte ist durch die Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch „gesetzlicher Vertreter der KG“. Es ist aber nach wie vor umstritten, ob sich diese Entscheidung auch auf die Bereichsausnahme des § 14 Abs. 1 KSchG übertragen lässt, mit der Folge, dass der von der KG gekündigte Geschäftsführer der Komplementär-GmbH keinen Kündigungsschutz für sich beanspruchen kann (zum Streitstand ASP/Biebl § 14 KSchG Rn 10; s. näher Rn 97 ).

# „Doppelter Geschäftsführer“

Ein Drittanstellungsverhältnis kann schließlich auch vorliegen, wenn aufgrund eines Geschäftsführer-Dienstvertrages ein Geschäftsführer zur Übernahme einer weiteren Geschäftsführung einer anderen GmbH verpflichtet wird. Da sich bei einer solchen Fallkonstellation regelmäßig das Anstellungsverhältnis zu der Vertragsgesellschaft nicht als Arbeitsverhältnis deuten lässt, ergeben sich durch die weitere Verpflichtung, auf der gleichen Grundlage auch noch die Organschaft anderer Gesellschaften zu übernehmen, keine arbeitsrechtlichen Berührungspunkte.

# Anwendbares Arbeitsrecht

Instruktiv Kania in Küttner,  
Personalbuch, 19. Auflage 2012,  
Geschäftsführer Rn. 21-33

# Maß der wirtschaftlichen Abhängigkeit

Nicht anwendbar sind arbeitsrechtliche Gesetze, soweit diese ausdrücklich Organmitglieder juristischer Personen von ihrem Geltungsbereich ausnehmen (§§ 5 Abs 2 Nr. 1 BetrVG; 14 Abs 1 Ziff 1 KSchG; 5 Abs 1 Satz 3 ArbGG). Im Übrigen ist auch mit der Verneinung des ArbNStatus eines Geschäftsführers noch keine Aussage darüber getroffen, ob nicht einzelne arbeitsrechtliche Normen und Grundsätze für den Geschäftsführer entsprechend herangezogen werden können. Letztlich entscheidend für die entsprechende Anwendung ist, ob ein Geschäftsführer auch bei Fehlen der für die Einordnung als Arbeitsverhältnis maßgeblichen persönlichen Abhängigkeit in einem mit einem Arbeitnehmer vergleichbaren Maß wirtschaftlich abhängig ist. Entsprechend herangezogen werden können dann die arbeitsrechtlichen Normen und Grundsätze, welche dem Ausgleich dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit dienen (Lutter/Hommelhoff GmbHG § 6 Anhang Rz 3; Fleck in FS Hilger/Stumpf, S 197, 226; Henssler RdA 92, 289, 295). Soweit deutsches Arbeitsrecht der Umsetzung von EU-Recht dient, kann sich zusätzlich eine unmittelbare Normanwendung im Wege europarechtskonformer Auslegung ergeben (Fischer NJW 11, 2329).

# EU-Recht beachten!

**Neue Entwicklungen** zeichnen sich durch die Entscheidung des EuGH vom 11.11.2010 ab (EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 „Danosa“; hierzu Oberthür NZA 2011, 253 ff; Baeck/Winzer NZG 2011, 101; Hirte NJW 2011, 656, 658). Der EuGH hält die Abberufung einer schwangeren Geschäftsführerin für eine schwangerschaftsbedingte Diskriminierung. Konsequenterweise weitergedacht könnte dies über eine „richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs“ zukünftig zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Anwendbarkeit von Arbeitnehmerschutzvorschriften führen. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten.

# Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Ausgangspunkt bei der Gestaltung von Geschäftsführer-Dienstverträgen ist die im Schuldrecht geltende Vertragsfreiheit. Diese wird allgemein durch die Vorschriften der §§ 305 ff BGB eingeschränkt, denn auch Geschäftsführer-Dienstverträge können als Formularverträge iSd Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu werten sein. Es besteht daher weitgehend Einigkeit, dass die **§§ 305 ff BGB auf den Geschäftsführer-Dienstvertrag Anwendung finden**. Ungeklärt war bislang allein die Frage, ob der Fremdgeschäftsführer als Unternehmer iSd § 14 BGB oder als Verbraucher iSd § 13 BGB anzusehen ist. **Gegenüber einem Unternehmer findet das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur eingeschränkt Anwendung (§ 310 Abs. 1 BGB), gegenüber einem Verbraucher gilt hingegen der erweiterte Anwendungsbereich (§ 310 Abs. 3 BGB)**. Das BAG hat diese Frage nunmehr (BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939) dahin gehend entschieden, dass zumindest der Fremdgeschäftsführer „Verbraucher“ iSd § 13 BGB ist, denn weder der Abschluss des Anstellungsvertrages noch die Geschäftsführung einer GmbH seien gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit.

# BAG NZA 2010, 939

„Der Kl. hat bei Abschluss seines Anstellungsvertrags als Verbraucher i. S. von § BGB § 13 BGB gehandelt. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Weder der Abschluss des Anstellungsvertrags noch die Geschäftsführung einer GmbH stellt eine gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit dar. **Die Geschäftsführung einer GmbH ist keine selbständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit.** Maßgeblich für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbstständig ist neben der weitgehenden Freiheit von Weisungen, dass die Tätigkeit im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Verantwortungsbereich ausgeübt wird, so dass das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit unmittelbar selbst getragen wird. Der Geschäftsführer einer GmbH übt aber seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft aus. **Überdies unterliegt er im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter.** Wenn demgemäß die Geschäftsführung einer GmbH keine selbstständige Tätigkeit i. S. des § 13 BGB darstellt, so gilt dies erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrags, jedenfalls dann, wenn – wie hier – **der Geschäftsführer nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht über die Gesellschaft ausüben kann.**

# Altersversorgung

Gem. § 17 Abs. 2 BetrVG sind dessen §§ 1–16 auf arbeitnehmerähnliche Geschäftsführer anzuwenden. Die Abgrenzung des geschützten Personenkreises ist daran zu orientieren, ob der Begünstigte von Seiten der Gesellschaft auf die Ausgestaltung der Ruhegehaltszusage maßgeblichen Einfluss nehmen konnte. Dies können idR Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer, welche lediglich über eine Minderheitsbeteiligung verfügen (BGH 28. 4. 80, BGHZ 77, 94, 100 ff), nicht.

# Arbeitszeit

Während gem § 1 Abs 2 Nr 2 AZO die „im Handelsregister eingetragenen Vertreter“ ausdrücklich von der Anwendung des Gesetzes ausgenommen waren, fehlt eine solche Bestimmung in § 18 ArbZG. Gleichwohl kommt eine (entsprechende) Anwendung des ArbZG auf Geschäftsführer nicht in Betracht, **zumal das Gesetz selbst leitende Angestellte ausdrücklich aus seinem Anwendungsbereich ausnimmt (vgl § 18 Abs 1 Nr 1 ArbZG).**

# Beschäftigungsanspruch

Ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht für Geschäftsführer grds nicht; er verträgt sich nicht mit der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Bestellung gem. § 38 Abs. 1 GmbHG. Dem Geschäftsführer bleibt nur der Anspruch auf **Annahmeverzugslohn** gem. § 615 BGB sowie das Recht zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrags. Ein Anspruch auf Schadenersatz gem. § 628 Abs. 2 BGB besteht nicht (BGH 28. 10. 02 – II ZR 146/02, GmbHR 03, 100). Ein weitergehender Anspruch auf Beschäftigung in anderer leitender Position setzt eine entsprechende vertragliche Regelung voraus (BGH 11. 10. 10 – II ZR 266/08, BB 10, 2577). Daraus folgt umgekehrt, dass ein abberufener Geschäftsführer grundsätzlich auch nicht verpflichtet ist, zur Aufrechterhaltung seines Vergütungsanspruchs Positionen unterhalb der Geschäftsführerebene anzunehmen (vgl. Kothe-Heggemann/Schelp GmbHR 11, 75).

# Betriebliche Übung

Ansprüche aus betrieblicher Übung bestehen im Regelfall nicht, da das gesellschaftsrechtliche Treueverhältnis zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer nicht mit der arbeitsrechtlichen Treuebeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vergleichbar ist (Nebendahl NZA 92, 289, 293).

# Betriebsrisikolehre

Die Betriebsrisikolehre (§ 615 Satz 3 BGB) ist grds. für Geschäftsführer einschlägig (BGH 11. 7. 53, NJW 53, 1465). Der Besonderheit der Geschäftsführertätigkeit ist aber insofern Rechnung zu tragen, als die Betriebsrisikolehre nicht angewandt werden darf, wenn die eingetretene Betriebsstörung dem Verantwortungsbereich des Geschäftsführers zuzurechnen ist.

# Betriebsübergang und Gesamtrechtsnachfolge

Bei einem rechtsgeschäftlichen **Betriebsübergang** geht das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers **nicht** gem. § 613 a BGB auf den Betriebserwerber über, falls nicht der Geschäftsführer ausnahmsweise als Arbeitnehmer einzustufen ist. § 613 a BGB gilt nur für ArbN und ist auch nicht entsprechend auf Geschäftsführer anwendbar (BAG 13. 2. 03 – 8 AZR 654/01, NZA 03, 552). Die Stellung der vertretungsberechtigten Organmitglieder ist derart vom Vertrauen der sie bestellenden Personen anhängig, dass es nicht angeht, das gesamte Dienstverhältnis kraft Gesetzes auf einen anderen Dienstherrn übergehen zu lassen (OLG Celle 15. 6. 77, DB 77, 1840).

Anders ist es dagegen bei der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge. Hier geht grds das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers beim Rechtsvorgänger auf den Rechtsnachfolger über (BAG 21. 9. 94, NJW 95, 675 mwN für den Fall der Verschmelzung zweier GmbHs). Allerdings führt die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge regelmäßig gleichzeitig zum Erlöschen der Organstellung des bisherigen Geschäftsführers.

Dieser Umstand hat jedoch nach Auffassung des BAG (21. 2. 94, NJW 95, 675, 676; vgl auch OLG Bbg 29. 2. 96, NZA-RR 96, 406) keine Auswirkungen auf den Inhalt des Anstellungsverhältnisses; insbesondere wandle sich dies nicht automatisch in ein Arbeitsverhältnis. Konsequenz ist, dass in dem Fall, dass die in dem Anstellungsvertrag vereinbarten Tätigkeiten derart mit der Bestellung zum Geschäftsführer verknüpft sind, dass diese Tätigkeiten nach Wegfall der Organstellung nicht ausgeübt werden können, die Beschäftigungspflicht des (ehemaligen) Geschäftsführers entfällt. Dieser hat ein Recht zur außerordentlichen Kündigung. Der Rechtsnachfolger bleibt zur Vergütungszahlung gem § 615 BGB verpflichtet. Der Zahlungsanspruch gem. § 615 BGB entfällt jedoch gem. § 615 Satz 2 BGB, wenn der Rechtsnachfolger dem (ehemaligen) Geschäftsführer eine zumutbare andere leitende Tätigkeit anbietet und der Geschäftsführer dieses Angebot ausschlägt. Ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, kann eine außerordentliche Kündigung durch den Rechtsnachfolger nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn eine Vereinbarung über eine anderweitige Beschäftigung scheitert und die Verpflichtung zur Vergütungszahlung im Hinblick auf die Restlaufzeit des Vertrages langfristig bestehen bliebe.

# Gleichbehandlungsgrundsatz

Dieser ist prinzipiell anwendbar für Geschäftsführer, welche nicht oder nicht nennenswert an der GmbH beteiligt sind (BGH 14. 5. 90, GmbHR 90, 389). **Gleichbehandlung kann regelmäßig nur mit anderen Geschäftsführern verlangt werden.** Eine Gleichbehandlung mit leitenden Angestellten kann nur dann verlangt werden, wenn der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers und die Arbeitsverträge der leitenden Angestellten ausnahmsweise gleichartig gestaltet sind. Bereits der Umstand, dass Geschäftsführer in deutlich stärkerem Maße über Tantiemen am Unternehmenserfolg beteiligt sind, kann diese Vergleichbarkeit zerstören (Henssler RdA 92, 289, 300).

# Kündigungsfrist

Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers richtet sich nicht nach § 621 Nr. 3 BGB, sondern **nach § 622 Absatz 1 BGB** (BGH 26. 3. 84, BGHZ 91, 217; LAG Köln 18. 11. 98 – 2 Sa 1063/98, NZA-RR 99, 300; aA Hümmerich NJW 95, 1177 ff). Dies gilt nach Auffassung des BGH auch für den maßgeblich an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer, da auch dieser in Bezug auf die Kündigungsfrist einem ArbN vergleichbar schutzwürdig ist (BGH 26. 3. 84, BGHZ 91, 217, 220). Für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer stellt sich diese Frage im Regelfall nicht, da dessen Anstellungsvertrag grds nicht gegen seinen Willen gekündigt werden kann. Anders ist es dagegen, wenn die Kündigung einem anderen Organ – etwa einem Beirat – übertragen ist, auf das der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer keinen entscheidenden Einfluss nehmen kann; dann gilt für ihn ebenfalls § 622 Abs 1 BGB (Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh § 6 Rz 53).

Bei abhängigen Geschäftsführern verlängert sich die Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 2 BGB abhängig von der Beschäftigungsdauer (LAG Köln 18. 11. 98 – 2 Sa 1063/98, NZA-RR 99, 300). Keine Anwendung findet § 622 Abs. 2 BGB auf Gesellschafter-Geschäftsführer, welche zur Hälfte oder mehr an der Gesellschaft beteiligt sind (BGH 9. 3. 87, ZIP 87, 707, 708 zu § 2 AngKSchG).

# Sonderkündigungsschutz

Die Anwendbarkeit von Normen des Sonderkündigungsschutzes (MuSchG, SGB IX) ist grds zu verneinen (BGH 9. 2. 78, DB 78, 878; Buchner/Becker MuSchG § 1 Rz 96).

# Urlaub

Geschäftsführer haben keinen gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch (vgl § 2 BUrlG), wohl aber nach hM Anspruch auf Urlaubsabgeltung bei Vertragsende (Neumann/Fenski BUrlG § 2 Rz 34 f).

# Zeugnis

§ 630 BGB findet auf Geschäftsführer entsprechende Anwendung (KG Bln 6. 11. 78, BB 79, 988). Die im Arbeitsrecht für ArbN entwickelten Grundsätze über die Erteilung von Zeugnissen gelten auch hier, allerdings mit den Einschränkungen, die sich aus der herausgehobenen Stellung eines Geschäftsführers ergeben.

# Außerordentliche Kündigung

Ähnlich wie bei der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers gibt es auch hier außerordentliche Kündigungsgründe „an sich“, bei deren Vorliegen aber alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen (Reufels in: VertragsgestaltungArbR § 2 Rn 392 zu einem umfangreichen Überblick über die Fallgruppen). In Betracht kommen zunächst alle Fälle, in denen **strafrechtlich relevante Vorwürfe** im Raume stehen (Handgreiflichkeiten und Bedrohung von Gesellschaftern, Verstoß gegen Vermögensbetreuungspflichten, Diebstahl, Beleidigungen etc.). Darüber hinaus sind alle groben Verletzungen gegen vertragliche Pflichten (zB Verstoß gegen Wettbewerbsverbote, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, eigenmächtiger Urlaubsantritt) oder gesetzliche Pflichten (zB Verstoß gegen Weisungen der Gesellschafter, Insolvenzverschleppung, Unterlassen des Einschreitens bei Pflichtverletzungen eines Mitgeschäftsführers, sorgfaltswidriger Abschluss von Risikogeschäften, Eingriffe in die Ressortzuständigkeit eines Mitgeschäftsführers) kündigungsrelevant (umfassend auch Lohr NZG 2001, 826). Im Vergleich zu den Fallgruppen bei Arbeitnehmern kommen auch „eigene“ Fallgruppen infrage, die beim Arbeitnehmer nicht einschlägig sein können. So kann als Fallgruppe des wichtigen Grundes zB die „unberechtigte Amtsniederlegung“ infrage kommen (OLG 4.2.2004 – 9 U 203/03, NZG 2004, 475). Das „Zerwürfnis zwischen den Geschäftsführern“ (Reufels in: VertragsgestaltungArbR § 2 Rn 392 mwN), das „Unterlassen des Einschreitens bei Pflichtverletzungen des Mitgeschäftsführers“ (BGH 20.2.1995 – II ZR 9/94, NJW-RR 1995, 669), der „sorgfaltswidrige Abschluss von Risikogeschäften“ (OLG Sachsen-Anhalt 16.11.2004 – 9 U 206/01, GmbHR 2006, 757) oder der „Eingriff in die Ressortzuständigkeit eines Mitgeschäftsführers“ (LG Berlin 10.11.2003 – 95 O 139/02, GmbHR 2004, 741) kommt in Betracht.

# Interessenabwägung

Liegt ein wichtiger Grund „an sich“ vor, müssen die Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer Interessenabwägung Berücksichtigung finden. Dabei werden vor allem die Schwere der Pflichtverletzung und die Folgen für die Gesellschaft, die Dauer der Tätigkeit des Geschäftsführers für die Gesellschaft, der bisherige Verlauf des Dienstverhältnisses, die sozialen Folgen der Kündigung für den Geschäftsführer oder die Möglichkeit der Fortführung des Dienstverhältnisses nach Abberufung zu berücksichtigen sein (Lohr NZG 2001, 826, 832; HKZ/Hansen D Rn 1031).

# Vertraglicher vereinbarter Kündigungsgrund?

Vereinbaren die Vertragsparteien Kündigungsgründe im Dienstvertrag, dass bei Vorliegen bestimmter Sachverhalte die Gesellschaft zur außerordentlichen Beendigung des Dienstvertrages berechtigt sei, ist dies nach überwiegender Auffassung grds. (im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis) zulässig, soweit die Sachverhalte die Qualität des wichtigen Grundes erreichen. Es entfällt in diesem Fall dann aber eine Interessenabwägung im Einzelfall (Reufels in: Vertragsgestaltung ArbR § 2 Rn 388; Reiserer BB 2002, 1199), wobei ggf aber eine Kündigungsfrist zu wahren sein wird (BGH 29.5.1989 – II ZR 220/88, NJW 1989, 2683).

Vorstand

# Kein Arbeitsrecht

Für das Anstellungsverhältnis verweist § 84 Abs. 3 S. 5 AktG auf die allgemeinen Vorschriften des Dienstvertragsrechts, §§ 611 ff BGB, und dessen Kündigungsvorschriften, nicht auf die des Arbeitsrechts. Das Anstellungsverhältnis ist daher als Dienstvertrag zu werten. Selbst wenn das Rechtsverhältnis von den Parteien ausnahmsweise als Arbeitsverhältnis bezeichnet oder ausgestaltet ist, wären viele arbeitsrechtliche Normen unanwendbar. So enthält § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG insoweit eine negative Fiktion, das KSchG ist weitgehend auf Vorstände nicht anwendbar (BGH 10.1.2000 – II ZR 251/98, NZA 2000, 376). Gleiches gilt aufgrund der Organstellung für die Beteiligungstatbestände des BetrVG, dessen Anwendbarkeit nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ausgeschlossen ist, oder der Personalvertretungsgesetze (BGH 10.1.2000 – II ZR 251/98, NZA 2000, 376 für einen Sparkassenvorstand).

# Arbeitnehmerschutzgesetze

Da der Anstellungsvertrag des Vorstands kein Arbeitsverhältnis ist, finden Arbeitnehmerschutzrechte weitgehend keine Anwendung (HKZ/Confurius C Rn 1542 ff). So steht z.B. § 90 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 73 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX einer Anwendung des Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte entgegen (Kossens/von der Heide/Maaß § 73 SGB IX Rn 16). Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Mutterschutzrichtlinie hat durch die „Danosa“-Entscheidung des EuGH (EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143) neue Brisanz erfahren. Hier hat der EuGH den Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie auf eine Geschäftsführerin ausgedehnt. Ob dies wegen der Weisungsfreiheit der Vorstandstätigkeit nach § 76 Abs. 1 AktG auf die Aktiengesellschaft übertragbar ist, wird bezweifelt (Oberthür NZA 2011, 253, 254; Baeck/Winzer NZG 2011, 101). Dies ist noch restriktiver zu beurteilen als für den GmbH-Geschäftsführer (Buchner/Becker § 1 MuSchG Rn 94; Hümmerich NJW 1995, 1177, 1181).

# Drittanstellung

Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass der Anstellungsvertrag des Vorstands auch mit einem Dritten, insb. mit einer anderen Konzerngesellschaft, abgeschlossen werden kann. Allerdings fehlt hier im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer für die Aktiengesellschaft bislang höchstrichterliche Rechtsprechung, so dass hier keine ausreichende Rechtssicherheit für Drittanstellungen gegeben ist (daher krit. HKZ/Confurius C Rn 1549).

# Ordentliche Kündigung durch die Gesellschaft

Die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages ist im stets befristeten Anstellungsvertrag nur bei entsprechender vertraglicher Regelung zulässig. Sie bedarf keines Kündigungsgrundes, da das KSchG nicht gilt. Der Aufsichtsrat ist nicht nur für die Abberufung als Organ, sondern auch für die Beendigung des Anstellungsvertrages zuständig. Endet der Anstellungsvertrag (zB aufgrund einer Koppelungsklausel), auch wenn kein wichtiger Grund iSv § 626 BGB vorliegt, ist § 622 BGB aufgrund der vergleichbaren Interessenlage über seinen Wortlaut hinaus auch für Vorstände anwendbar (MüKoAktG/Spindler § 84 AktG Rn 159).

Für mitbestimmte Gesellschaften nach den §§ 29, 31 MitbestG ist die Entscheidung des Aufsichtsratsplenums bzgl. der Kündigung erst dann wirksam durchführbar, wenn zuvor über den Widerruf der Bestellung nach § 31 MitbestG entschieden wurde. Die Kündigung selbst unterliegt zwar nicht dem Verfahren nach § 31 Abs. 5 MitbestG, jedoch ist vor dem Verfahren zur Kündigung nach § 29 MitbestG ein Verfahren gem. § 31 MitbestG zum Widerruf der Bestellung notwendig (MüKoAktG/Gach § 31 MitbestG Rn 25).

# Außerordentliche Kündigung

Die Kündigung eines Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund ist gem. § 626 BGB stets möglich und unabdingbar (BGH 3.7.2000 – II ZR 282/98, NJW 2000, 2983). Trotz des Verweises in § 84 Abs. 3 S. 5 AktG besteht keine Identität mit dem Begriff des wichtigen Grundes zur Abberufung nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG (HKZ/Breezmann D Rn 1159). Der wichtige Grund nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG genügt nicht stets den Anforderungen des § 626 BGB, wohingegen ein die Kündigung des Anstellungsvertrages rechtfertigender wichtiger Grund stets auch einen wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung darstellt (BGH 3.7.2000 – II ZR 282/98, NJW 1989, 2983).

# Abmahnung?

Unter Berücksichtigung der besonderen Stellung des Vorstandsmitglieds ist eine Abmahnung aufgrund der Arbeitgeberfunktion des Vorstands im Innenverhältnis idR entbehrlich, da dieser auch ohne Hinweis auf die Einhaltung seiner Pflichten durch den Aufsichtsrat den Anforderungen an einen ordentlichen Geschäftsmann zu entsprechen hat (BGH 14.2.2000 , NZA 2000, 543; Oltmanns in: NK-AktienR AktG § 84 Rn 35). Satzung oder Anstellungsvertrag kann allerdings eine vorherige Anhörung oder Abmahnung vorsehen.

# Abfindung

Die satzungs- oder vertragsmäßige Vereinbarung von Abfindungen ist zwar zulässig, die Kopplung mit einer wirksamen außerordentlichen Kündigung kann jedoch als unzumutbare Erschwerung der Vertragsbeendigung nach § 134 BGB nichtig sein (BGH 3.7.2000 – II ZR 282/98, NJW 2000, 2983).

# Umdeutung

Eine unzulässige außerordentliche Kündigung kann in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn diese vertraglich zulässig ist. Dies setzt einen Aufsichtsratsbeschluss mit dem ggf durch Auslegung zu gewinnenden Inhalt voraus, hilfsweise zum nächst zulässigen Termin ordentlich kündigen zu wollen.

# § 4 KSchG

Die Wahrung der Klagefrist

# 1. Die Erhebung der Klage bei einem ordentlichen Gericht (KR-Friedrich, 10. Aufl. 2013, § 4 KSchG Rn. 186 f.)

**Die Frist wird auch durch Klageeinreichung beim ordentlichen Gericht (AG, LG) gewahrt, wenn die Klage an das ArbG - auch erst nach Fristablauf - verwiesen wird (§ 48 ArbGG iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG).** Es ist zwar richtig, dass die Rechtswegvorschriften uneingeschränkt gelten (§§ 2, 48 ArbGG idF v. 26.6.1990 BGBl. I S. 1206) und damit die Abgrenzung zwischen den ordentlichen und den Arbeitsgerichten keine Frage der sachlichen Zuständigkeit mehr ist, sondern eine Frage des Rechtswegs (vgl. nur Zöller/Lückemann Vorbem. zu §§ 17-17b GVG Rn 10 mwN). Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben aber erhalten (§ 17b Abs. 1 S. 2 GVG), und zwar sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht (GK-ArbGG/Bader § 48 Rn 74a). Soweit durch die Klageerhebung eine Frist gewahrt wird, gilt die Wirkung der Rechtshängigkeit fort (Zöller/Lückemann § 17b GVG Rn 3), die im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit in §§ 261 Abs. 3, 262, 167 ZPO durch die Verweisung in § 46 Abs. 2 ArbGG geregelt ist (Grunsky § 46 Rn 46). Die Verweisung erhält insbes. die für die Klage vor dem Gericht, an das verwiesen wurde, etwa vorgeschriebene Wahrung der Klagefrist, wenn die Klage bei dem zunächst angerufenen Gericht rechtzeitig erhoben worden war (BGH 13.3.2006 - II ZB 26/04, BGHZ 166, 329 = NJW-RR 2006, 1113 mwN; Eyermann/Rennert VwGO, 12. Aufl., §§ 17 - 17b GVG Rn 42; BVerwG 20.1.1993 DVBl. 1993, 563 f.; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer SGG, 8. Aufl., § 87 Rn 6). Das gilt auch, soweit das materielle Recht (zB § 209 BGB) an die Rechtshängigkeit anknüpft (Zöller/Lückemann § 17b GVG Rn 3; Kissel/Mayer GVG, 4. Aufl., § 17 Rn 43). Das gilt dann auch für die Erhebung der Kündigungsschutzklage vor dem ordentlichen Gericht; sie wahrt die Dreiwochenfrist (Bader/Bram-Kriebel § 4 Rn 51; LAG SA 23.2.1995 LAGE § 4 KSchG Nr. 26; LAG Köln 10.7.1998 LAGE § 4 KSchG Nr. 41; aA Lüke JuS 1996, 970: Eine Verweisung nach § 17a Abs. 2, 3 GVG reicht nur aus, wenn sie vor Fristablauf erfolgt).

Entsprechendes gilt für die formlose Abgabe der Kündigungsschutzklage an das ArbG durch das Gericht des unzulässigen Rechtsweges, wenn die Klage dort fristgerecht eingereicht war und vom ArbG »demnächst« (§ 167 ZPO) zugestellt wird (LAG SA 23.2.1995 LAGE § 4 KSchG Nr. 26a; krit. Opolony AR-Blattei SD 1020.3 Kündigungsschutz III Rn 121 f.; aA ArbG Hanau 30.5.1996 RzK I 10c Nr. 34, 75, das von Fristversäumung ausgeht, aber die rechtzeitig beim Amtsgericht angebrachte, indes erst nach Ablauf der Dreiwochenfrist beim ArbG aufgrund »Weiterleitung« eingegangene Klage nachträglich zugelassen hat, weil der Kläger mit einer rechtzeitigen Weitergabe habe rechnen können, dem folgend Hess. LAG 1.10.1996 LAGE § 5 KSchG Nr. 82, konsequent, weil bei unterstellter Fristversäumung lediglich Verschulden daran zu prüfen ist, dazu KR-Friedrich § 5 Rdn 23 aE, aus den in Rdn 182 genannten Gründen. Bedenken äußert Bader NZA 1997, 905, 906 Fn 20, der eine förmliche Verweisung erwirkt wissen will).

## 2. Die Erhebung der Klage bei einem sonstigen Gericht

Wird die Kündigungsschutzklage innerhalb der Dreiwochenfrist beim Sozialgericht oder beim VG eingereicht, so wird die Frist gewahrt, wenn die Klage auf Antrag - auch erst nach Fristablauf - an das ArbGG verwiesen wird (§ 173 VwGO iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG; § 202 SGG iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG).

Die Frist wird durch Anbringung einer Kündigungsschutzklage bei einem kirchlichen Gericht - zB nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Ev. Kirche in Deutschland - MVG.EKD - oder einer kirchlichen Schlichtungsstelle für individualrechtliche Streitigkeiten - zB für das Diakonische Werk in Kurhessen Waldeck e.V. (DW.KW) lt. Ordnung für die Schlichtungsstelle v. 22.9.1966 - nicht gewahrt (KDZ-Zwanziger Rn 35 unter Hinweis auf LAG Hamm 24.1.1994 - 7 Sa 1941/93, EzA-SD 8/1994, 11 = KirchE 32, 10).