

## Der Arbeitnehmer-Geschäftsführer: Arbeitsverhältnis trotz Organstellung?

Rechtsanwalt Dr. Rolf Stagat, FAArbR/FAHuG, Konstanz

Nicht selten wird ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt, ohne dass ein Aufhebungsvertrag bzgl. des Arbeitsverhältnisses oder ein schriftlicher Geschäftsführer-Dienstvertrag abgeschlossen wird. Der Autor geht der Frage nach, ob und ggf. welchen materiell-rechtlichen Einfluss die Organstellung auf das Arbeitsverhältnis des beförderten Arbeitnehmers hat.

### Gliederung

- I. Einleitung
- II. Begriff des Arbeitnehmer - Geschäftsführers
- III. Gestaltungsvarianten beim Aufstieg eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer
  1. Formwirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags
  2. Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags ohne Aufhebung des Arbeitsverhältnisses
  3. Weder Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags
- IV. Materiellrechtliche Folgen der Organbestellung des Arbeitnehmers für die formal unveränderte Vertragsgrundlage
  1. Variante 1: Arbeitsverhältnis als alleinige vertragliche Grundlage
  2. Variante 2: Konkludenter Dienstvertrag neben dem Arbeitsverhältnis
  3. Variante 3: Konkludenter Dienstvertrag und konkludente Aufhebung des Arbeitsverhältnisses
  4. Variante 4: Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein Dienstverhältnis
- V. Zusammenfassung

### I. Einleitung

Steigt ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer auf, verlässt er die gesetzliche Ebene des Arbeitsrechts. Waren für sein Rechtsverhältnis zum Anstellungsunternehmen bisher die arbeitsrechtlichen Schutzgesetze wie das Kündigungsschutzgesetz, das Bundesurlaubsgesetz, das Teilzeit- und Befristungsgesetz etc. maßgeblich, so gelten mit der Bestellung zum Organ die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes. Nicht selten wird der aufsteigende Arbeitnehmer lediglich durch Gesellschafterbeschluss zum Organ bestellt - ohne Abschluss eines Aufhebungs- oder Änderungsvertrags bzgl. des Arbeitsverhältnisses und ohne Unterzeichnung eines Geschäftsführer-Dienstvertrags. Kündigt die Gesellschaft später das Anstellungsverhältnis, kommt es regelmäßig zum Streit darüber, ob die Rechtsgrundlage der Organstellung des Geschäftsführers ein Arbeits- oder ein Dienstvertrag ist. Der Beitrag geht der Frage nach, ob und ggf. welchen Einfluss die Organstellung auf das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmer-Geschäftsführers hat.

### II. Begriff des Arbeitnehmer - Geschäftsführers

Der Begriff des Arbeitnehmer-Geschäftsführers ist weder gesetzlich definiert noch durch die Rechtsprechung konturiert. In der Literatur findet man ihn mit Anführungszeichen versehen<sup>1)</sup>. Inhaltlich werden ihm verschiedene Bedeutungen gegeben. So wird der Begriff des Arbeitnehmer-Geschäftsführers als Synonym für den Fremdgeschäftsführer gebraucht, der materiellrechtlich als Arbeitnehmer eingestuft wird<sup>2)</sup>. Andere sprechen vom Arbeitnehmer-Geschäftsführer im Zusammenhang mit Missbrauchstatbeständen, bei denen Strukturen mit vielen kleinen GmbHs "geschmiedet" werden, die ihren Geschäftsführern keinerlei selbstständige Handlungsmöglichkeiten belassen und lediglich der Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen dienen<sup>3)</sup>. Erneute Verwendung fand der Begriff des Arbeitnehmer-Geschäftsführers anlässlich einer Entscheidung des BAG vom 25. 10. 2007<sup>4)</sup>. In dem Urteil ging es um einen Geschäftsführer einer Tochter-GmbH, bei deren Muttergesellschaft er in einem Arbeitsverhältnis stand. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für die Muttergesellschaft nahm er auch Aufgaben für die Tochter-GmbH wahr und wurde schließlich zu deren Geschäftsführer bestellt, ohne dass es zum Abschluss eines Dienstvertrags kam. Durch Teilbetriebsübergang ging das bei der Muttergesellschaft bestehende Arbeitsverhältnis nach § 613 a BGB auf die Tochter-GmbH über. Das BAG führt aus, das Arbeitsverhältnis zur Konzernmutter habe ohne weiteres schuldrechtliche Grundlage der bei der beklagten GmbH bestehenden Organstellung sein können. Auch nach Übergang des zur Konzernmutter bestehenden Arbeitsverhältnisses durch Teilbetriebsübergang nach § 613a BGB sei das Arbeitsverhältnis einzige schuldrechtliche Grundlage der Organstellung des Klägers geblieben. Ob und ggf. welche Auswirkungen die Bestellung zum Organ auf das

Arbeitsverhältnis hat, erörterte das BAG jedoch nicht.

Stellungnahmen in der Literatur, die sich mit der Entscheidung des BAG vom 25. 10. 2007 befassen, verwenden den Begriff des Arbeitnehmer-Geschäftsführers in Anführungszeichen<sup>1)</sup>. Dieser stilistische Vorbehalt ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Verfasser die Vereinbarkeit von Geschäftsführeramt und Arbeitnehmerstellung bis auf den Fall der sog. Drittanstellung verneinen<sup>5)</sup>. Ob das der Organstellung eines Geschäftsführers zugrunde liegende Rechtsverhältnis außer im Sonderfall der Drittanstellung als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann, bleibt danach offen. Mit dem Begriff "Arbeitnehmer-Geschäftsführer" soll im Folgenden der Geschäftsführer bezeichnet werden, der bisher Arbeitnehmer der Anstellungs-GmbH war und bei dessen Bestellung zum Organ sich an der bisherigen Vertragsgrundlage formal nichts verändert hat, also weder ein formwirksamer Aufhebungsvertrag noch ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen wurde.

### **III. Gestaltungsvarianten beim Aufstieg eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer**

Bei der vertraglichen Umsetzung des Aufstiegs eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer sind in der Praxis folgende Gestaltungsvarianten anzutreffen:

#### **1. Formwirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags**

Der "schulmäßige" Wechsel eines Arbeitnehmers in das Amt des Geschäftsführers verlangt in einem ersten Schritt die rechtssichere Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen schriftlichen Aufhebungsvertrag, bei dem die GmbH durch Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl vertreten wird. Der zweite Schritt ist ein schriftlicher Dienstvertrag zwischen dem neuen Geschäftsführer und der hierbei durch die Gesellschafterversammlung vertretenen GmbH. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH unterliegt nach § 46 Nr. 5 GmbHG nicht nur die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern der Bestimmung der Gesellschafter, sondern in analoger Anwendung dieser Vorschrift auch der Abschluss und die Beendigung des Dienstvertrags<sup>6)</sup>. Beim Abschluss des Dienstvertrags ist deshalb die Gesellschafterversammlung zu beteiligen, sei es durch Beschlussfassung und gleichzeitige Bevollmächtigung eines Dritten<sup>7)</sup>, sei es durch Unterzeichnung des Dienstvertrags durch sämtliche Gesellschafter<sup>8)</sup>. Bei dieser Vorgehensweise wird das Arbeitsverhältnis - unter Berücksichtigung von § 623 BGB - formwirksam beendet und das Zustandekommen und der Inhalt des Dienstvertrags nachweislich dokumentiert.

#### **2. Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags ohne Aufhebung des Arbeitsverhältnisses**

Nicht so eindeutig ist die Situation, wenn die Parteien zwar einen schriftlichen Dienstvertrag schließen, aber keine Regelung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffen. Nachdem das BAG seine frühere Rechtsprechung zum ruhenden Arbeitsverhältnis aufgegeben hatte, galt ein bisher bestehendes Arbeitsverhältnis im Zweifel als aufgehoben, wenn ein Arbeitnehmer zum Organ bestellt und im Hinblick darauf ein Organ-Dienstvertrag mit höheren Bezügen abgeschlossen wurde<sup>9)</sup>. Diese Vermutungsregel ließ sich nicht mehr aufrechterhalten, nachdem seit 1. 5. 2000 die Beendigung von Arbeitsverhältnissen gem. § 623 BGB der Schriftform bedarf<sup>10)</sup>. Die ungeliebte Rechtsfigur des ruhenden Arbeitsverhältnisses lebte wieder auf.

Klärung brachte eine Entscheidung des BAG vom 19. 7. 2007<sup>11)</sup>. Schließe ein Arbeitnehmer mit dem Unternehmen, in dem er beschäftigt ist, einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag, sei zu vermuten, dass das bis dahin bestehende Arbeitsverhältnis einvernehmlich beendet wird. Einem Arbeitnehmer müsse klar sein, dass mit dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags und der Bestellung zum Geschäftsführer sein Arbeitsverhältnis endet<sup>11)</sup>. An diesem Ergebnis ändere auch § 623 BGB nichts. Nach der sog. Andeutungslehre des BGH<sup>12)</sup> dürften außerhalb der Urkunde liegende Umstände berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur andeutungsweisen Ausdruck gefunden habe. Schließe ein Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen schriftlichen Dienstvertrag, der Grundlage der Bestellung zum Geschäftsführer ist, so finde der Wille der Vertragsparteien, das zuvor begründete Arbeitsverhältnis zu beenden, in dem schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag hinreichend deutlich Anklang<sup>11)</sup>.

Damit besteht seit der Entscheidung des BAG vom 19. 7. 2007 Klarheit darüber, dass der Abschluss eines schriftlichen Dienstvertrags ausreicht, um das bisherige Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien trotz des Schriftformerfordernisses gem. § 623 BGB wirksam zu beenden.

#### **3. Weder Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags**

Erstaunlich häufig treffen GmbH und neu bestellter Geschäftsführer weder eine schriftliche Vereinbarung über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses noch schließen sie einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag ab. Die einzige rechtliche Gestaltung, die die Parteien vornehmen, ist die Bestellung des bisherigen Arbeitnehmers zum Geschäftsführer, also ein rein korporativer Akt. Die vertragliche Beziehung zwischen GmbH und neuem Geschäftsführer bleibt - formal - unverändert. Die Frage, welche vertragliche Grundlage die neue Funktion des bisherigen Arbeitnehmers als Organ der

Gesellschaft haben soll, wird zwischen den Parteien nicht erörtert. In dieser Konstellation bleibt das bisherige Arbeitsverhältnis die einzige vertragliche Grundlage der Tätigkeit des Geschäftsführers. Ob diese Grundlage materiell weiterhin als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, ist damit noch nicht beantwortet. Bleibt der Geschäftsführer weiterhin Arbeitnehmer? Oder verändert sich das seiner Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis? Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

#### **IV. Materielle rechtliche Folgen der Organbestellung des Arbeitnehmers für die formal unveränderte Vertragsgrundlage**

Als Folge der Bestellung des Arbeitnehmers zum Organ bei formal unveränderter Rechtsgrundlage kommen prinzipiell vier unterschiedliche Ergebnisse in Betracht. Wenn sich die Organstellung auf das Anstellungsverhältnis nicht auswirken sollte, bliebe das Arbeitsverhältnis die alleinige Rechtsgrundlage der Organstellung und der Geschäftsführer weiterhin Arbeitnehmer (Variante 1). Die Parteien könnten neben das fortbestehende Arbeitsverhältnis zusätzlich einen Dienstvertrag treten lassen (Variante 2), den konkludent geschlossenen Dienstvertrag unter gleichzeitiger Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zur alleinigen Rechtsgrundlage werden lassen (Variante 3) oder das bestehende Arbeitsverhältnis inhaltlich in einen Dienstvertrag umwandeln (Variante 4).

##### **1. Variante 1: Arbeitsverhältnis als alleinige vertragliche Grundlage**

Der GmbH-Geschäftsführer ist als Organ umfassend zur Vertretung der Gesellschaft berufen<sup>13)</sup>. Damit ist die Aufgabe der wirtschaftlichen Leitung verbunden<sup>14)</sup>. Als den Gesellschaftern verantwortlicher Verwalter fremden Vermögens trägt der Geschäftsführer die Führungsverantwortung. Auch die Zuweisung eines bestimmten Ressorts befreit ihn nicht von der Verantwortung für die Leitung der Gesellschaft insgesamt<sup>15)</sup>. Nicht nur die Haftung, sondern auch die Aufgaben- und Verantwortungsbereiche des Geschäftsführers sind erheblich weiter gefasst als beim Arbeitnehmer. So hat der Geschäftsführer insbes. die Arbeitgeberfunktion wahrzunehmen, er ist für den Abschluss der Arbeitsverträge und für ihre Kündigung zuständig, er steht im "Arbeitgeber-Lager"<sup>16)</sup>. Der BGH ist deshalb in st. Rspr. der Auffassung, dass sich der Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Geschäftsführers nicht mit der Arbeitnehmerstellung in Einklang bringen lässt und der Geschäftsführer deshalb nicht Arbeitnehmer sein kann<sup>17)</sup>. Die Annahme, der Arbeitsvertrag des zum Geschäftsführer bestellten Arbeitnehmers bleibe weiterhin als solches die alleinige Grundlage seiner Bestellung, lässt sich deshalb nicht mit der Rechtsprechung des BGH vereinbaren.

Bekanntlich vertritt das BAG zu der Frage, ob ein Geschäftsführer Arbeitnehmer sein kann, eine andere Auffassung als der BGH. Zwar geht das BAG davon aus, GmbH-Geschäftsführer seien grundsätzlich Dienstnehmer und nicht Arbeitnehmer<sup>18)</sup>, das BAG hält es jedoch für möglich, dass das Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein kann<sup>19)</sup>. Die nähere Betrachtung des Sachverhalts der Entscheidung vom 26. 5. 1999 verdeutlicht, dass es hier um einen atypischen Sonderfall ging. Die nach Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft entlassene stellvertretende Geschäftsführerin [DB 2010 S. 2803] hatte Kündigungsschutzklage erhoben und die Auffassung vertreten, sie sei Arbeitnehmerin der Beklagten. Die beklagte GmbH war eine Werbeagentur mit 120 Mitarbeitern, die Klägerin neben neun (sic!) anderen Geschäftsführern zur stellvertretenden Geschäftsführerin bestellt. Diese Besonderheit des Falls hat das BAG bei der Annahme, das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers könne im Einzelfall als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein, erkennbar geleitet. Die Auffassung des BGH, das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zur GmbH sei notwendig ein freies Dienstverhältnis relativiert das BAG mit der Begründung, der BGH übersehe, dass zumindest bei einer Mehrpersonen-Geschäftsführung die Repräsentation der Gesellschaft und die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen auch dann noch möglich seien, wenn einzelne Mitglieder der Geschäftsführung wegen entsprechender Weisungsabhängigkeit materiell-rechtlich als Arbeitnehmer anzusehen sind. Geschäftsführerstatus und Arbeitnehmereigenschaft schlossen sich zumindest in einem solchen Fall nicht aus<sup>19)</sup>. Als Begründung für den Arbeitnehmerstatus eines GmbH-Geschäftsführers kann die Entscheidung des BAG vom 26. 5. 1999 daher tatsächlich nur "im Einzelfall" dienen. Im "Normalfall" des die Arbeitgeberfunktionen selbst wahrnehmenden Geschäftsführers liegt auch nach Auffassung des BAG kein Arbeitsverhältnis vor<sup>19)</sup>.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass das bisherige Arbeitsverhältnis eines Geschäftsführers, dessen Arbeitsvertrag anlässlich seiner Bestellung zum Organ formal unverändert geblieben ist, als solches nicht die - alleinige - vertragliche Grundlage seiner Organstellung sein kann.

##### **2. Variante 2: Konkludenter Dienstvertrag neben dem Arbeitsverhältnis**

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Parteien eines Geschäftsführer-Dienstvertrags ihre rechtlichen Beziehungen auf eine geeignete Rechtsgrundlage stellen wollen. Hierfür kommt nur ein Dienstvertrag in Betracht. Der Dienstvertrag eines Geschäftsführers bedarf keiner Form und kann auch konkludent abgeschlossen werden<sup>20)</sup>. Bestellt die Gesellschafterversammlung einen Arbeitnehmer zum Geschäftsführer und bezahlt ihm eine laufende Vergütung für die Übernahme der Leitungsverantwortung, kann man davon ausgehen, dass sich die Parteien stillschweigend über die

essentialia negotii eines Geschäftsführer-Dienstvertrags verständigt haben: Der Geschäftsführer leitet das Unternehmen, nimmt die mit der Organstellung verbundenen gesetzlichen Aufgaben wahr und wird hierfür durch laufende Vergütung entlohnt. Der Annahme des konkludenten Abschlusses eines Geschäftsführer-Dienstvertrags steht nichts entgegen. Fraglich ist jedoch, ob es dem Willen der Parteien entspricht, den konkludenten Dienstvertrag als zusätzliche Rechtsgrundlage neben das Arbeitsverhältnis treten zu lassen. Die Organstellung des Geschäftsführers mit einer doppelten Vertragsgrundlage zu versehen, liegt nicht im Interesse der Gesellschaft. Sie wird den Dienstvertrag nur abschließen wollen, wenn er das bisherige Arbeitsverhältnis ersetzt<sup>21)</sup>.

Von der Bestellung an vertritt der Geschäftsführer die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, er ist verpflichtet, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen, bei Veränderungen in den Personen der Gesellschafter eine aktualisierte Liste zum Handelsregister einzureichen und er haftet für Schäden aus Obliegenheitsverletzungen. Diese Pflichten und die Haftung bei Sorgfaltspflichtverletzungen treffen den Geschäftsführer von Gesetzes wegen, also unabhängig von der vertraglichen Grundlage seiner Tätigkeit<sup>22)</sup>. Sie werden auch nicht durch die für Arbeitnehmer geltenden Haftungserleichterungen<sup>23)</sup> verdrängt. Diese Haftungserleichterungen kommen dem Geschäftsführer selbst dann nicht zugute, wenn neben dem konkludenten Dienstvertrag noch ein Arbeitsverhältnis besteht.

Wenn sich somit wesentliche Regelungsbereiche wie Aufgabenstellung und Haftung des aufgestiegenen Geschäftsführers ohnehin aus dem GmbHG ergeben, wäre ein neben dem Dienstvertrag weiter bestehendes Arbeitsverhältnis weitgehend ausgehöhlt und inhaltslos. Das Arbeitsverhältnis ist nicht die zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit passende Rechtsgrundlage. Die Interessenlage der Vertragsparteien spricht nicht dafür, die Ausübung des Geschäftsführeramts zusätzlich zum - konkludenten - Dienstvertrag noch mit einem Arbeitsverhältnis zu unterfüttern. Ihr Wille geht vielmehr dahin, dem Geschäftsführer für die Ausübung der Leitungsverantwortung die vertraglichen Leistungen weiter zu gewähren, im Übrigen aber keine Veränderungen der Vertragsgrundlage herbei zu führen. In der bloßen Bestellung zum Organ kann nicht der Wille zur Fortführung eines nicht mehr benötigten Arbeitsverhältnisses und der gleichzeitige Abschluss eines zusätzlichen Dienstvertrags gesehen werden. Die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer bei formal unveränderter vertraglicher Grundlage kann demzufolge auch nicht als konkludenter Abschluss eines Dienstvertrags ausgelegt werden, der zusätzlich neben dem fortdauernden Arbeitsverhältnis bestehen soll.

### 3. Variante 3: Konkludenter Dienstvertrag und konkludente Aufhebung des Arbeitsverhältnisses

Somit bleibt zu prüfen, ob die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer zum Abschluss eines Dienstvertrags und zur - konkludenten - Aufhebung des Arbeitsvertrags führen kann. Seit der Entscheidung des BAG vom 19. 7. 2007<sup>11)</sup> wird vermutet, dass durch den Abschluss eines schriftlichen Geschäftsführer - Dienstvertrags zugleich das bisherige Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Beginns des Geschäftsführerdienstverhältnisses aufgelöst wird. Durch den Geschäftsführer-Dienstvertrag, so das BAG ausdrücklich, werden die vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage entfällt<sup>11)</sup>. Mit der Bestellung zum Geschäftsführer werden für den Beschäftigten bereits von Gesetzes wegen zahlreiche neue Rechte und Pflichten aus dem GmbHG begründet, die sich von den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen deutlich unterscheiden. Der Geschäftsführer vertritt gem. § 35 Abs. 1 GmbHG die Gesellschaft nach außen und nimmt eine Arbeitgeberstellung ein, den Geschäftsführer trifft die Außenhaftung sowie die Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 43 GmbHG und nach § 64 Abs. 2 GmbHG die Insolvenzverschleppungshaftung. Schon diese gesellschaftsrechtlichen Regelungen stehen nach Auffassung des BAG der Annahme entgegen, das Geschäftsführer-Dienstverhältnis stehe dem zuvor bestehenden Arbeitsverhältnis gleich. Einem Arbeitnehmer müsse klar sein, dass mit dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags und der Bestellung zum Geschäftsführer sein Arbeitsverhältnis endet. Ohne besondere Umstände sei kein Grund dafür ersichtlich, dass der alte Vertrag fortgelten soll<sup>11)</sup>. Das BAG hat die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht an § 623 BGB scheitern lassen. Unter Hinweis auf die sog. Andeutungslehre lässt es genügen, dass die Parteien [DB 2010 S. 2804] einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag abschließen. Dieser Vertragsurkunde könne der Wille der Parteien entnommen werden, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu beenden. Der von § 623 BGB bezweckten Warnung des Arbeitnehmers werde damit genügt<sup>11)</sup>. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses muss im Dienstvertrag des Geschäftsführers also nicht ausdrücklich geregelt werden, vielmehr genügt nach der Andeutungslehre die schriftliche Regelung der Dienstpflichten des Geschäftsführers, um das Arbeitsverhältnis wirksam zu beenden<sup>24)</sup>.

Zugleich wird vertreten, ein schriftlicher Dienstvertrag des aufgestiegenen Geschäftsführers sei notwendige Voraussetzung für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, da anderenfalls die Schriftform nicht gewahrt werde<sup>21)</sup>. Vor dem Hintergrund der Einführung des § 623 BGB werde man eine Ersetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Dienstvertrag nur annehmen können, wenn der Dienstvertrag schriftlich geschlossen wurde. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Andeutungslehre etwa auf die Vornahme der Anmeldung der Bestellung zum Handelsregister oder die Beschlussfassung in rechtsgeschäftlicher Vertretung der Gesellschafter durch den Geschäftsführer persönlich wird in der Literatur abgelehnt<sup>25)</sup>. Somit muss davon ausgegangen werden, dass das Arbeitsverhältnis eines zum Geschäftsführer aufgestiegenen Arbeitnehmers durch die selbst vorgenommene Handelsregisteranmeldung nicht beendet wird. Die bloße Bestellung des Arbeitnehmers zum Geschäftsführer ohne Abschluss eines schriftlichen Dienstvertrags lässt also nach wohl h. M. das



Arbeitsverhältnis in seinem Bestand unberührt. Die Annahme des Abschlusses eines konkludenten Dienstvertrags als Folge der Organstellung führt somit nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ein konkludenter Dienstvertrag neben dem fortbestehenden Arbeitsverhältnis entspricht jedoch nicht der objektiven Interessenlage der Parteien, siehe Variante 2.

Als weiteres Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Bestellung des Arbeitnehmers zum Geschäftsführer nicht zum konkludenten Abschluss eines Dienstvertrags unter gleichzeitiger Aufhebung des Arbeitsverhältnisses führt.

#### 4. Variante 4: Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein Dienstverhältnis

Kommt das bisherige Arbeitsverhältnis des Geschäftsführers nicht als alleinige Vertragsgrundlage seiner Organstellung in Betracht, entspricht es auch nicht dem beiderseitigen Parteiwillen, den Dienstvertrag als zusätzliche vertragliche Grundlage neben das Arbeitsverhältnis treten zu lassen und scheitert die konkludente Aufhebung des Arbeitsverhältnisses an § 623 BGB, so bleibt die Frage, ob sich das Arbeitsverhältnis des zum Organ bestellten Arbeitnehmers durch seine Bestellung in ein Dienstverhältnis umwandelt. Einer inhaltlichen Umwandlung des Arbeitsverhältnisses wird jedoch die Formvorschrift des § 623 BGB entgegen gehalten. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Arbeitsvertrag durch die "Umwandlung" in ein freies Dienstverhältnis aufgelöst werde, weshalb auch in diesem Fall die Form des § 623 BGB eingehalten werden müsse<sup>26)</sup>. Die Richtigkeit dieser Auffassung erscheint zweifelhaft. Zunächst ist fraglich, ob das Schriftformerfordernis des § 623 BGB auf die Beförderung eines Arbeitnehmers überhaupt anwendbar ist. § 623 BGB enthält eine Formvorschrift für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Stellt die Einigung der Parteien über die Übernahme des Geschäftsführeramts jedoch eine inhaltliche Umgestaltung des bisherigen Arbeitsverhältnisses dar, wird es dadurch nicht beendet. Die bloße rechtliche Umwandlung eines Arbeitsverhältnisses in ein Dienstverhältnis wird von dem Formerfordernis des § 623 BGB nicht erfasst<sup>27)</sup>. Gleichwohl vertritt die herrschende Meinung unter Hinweis auf Entscheidungen des LAG Berlin und des BAG die Auffassung, die Umwandlung eines Arbeitsverhältnisses in ein freies Dienstverhältnis bedürfe der Form des § 623 BGB<sup>28)</sup>. Allerdings lag weder der Entscheidung des LAG Berlin vom 5. 3. 2003<sup>29)</sup> noch dem Urteil des BAG vom 25. 1. 2007<sup>30)</sup> ein Fall der Beförderung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer zugrunde.

In der Entscheidung des LAG Berlin vom 5. 3. 2003 ging es um eine Kündigungsschutz- und Leistungsklage auf Zahlung von Vergütung. Der Arbeitgeber wandte ein, er habe sich das Gehalt des Klägers nicht mehr leisten können, weswegen man ein freies Mitarbeiterverhältnis mit einer geringeren monatlichen Vergütung vereinbart habe, sodass kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe. Das LAG Berlin entschied, dass selbst bei mündlichem Einvernehmen über die Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in einen freien Dienstvertrag die mündlich getroffene Abrede gem. § 623 BGB rechtsunwirksam sei, denn die vom Arbeitgeber behauptete Vereinbarung hätte zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt<sup>29)</sup>. Der entschiedene Sachverhalt betraf also nicht den Fall der Beförderung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer, sondern den Übergang vom Arbeitsverhältnis zum Vertrag eines freien Mitarbeiters.

Entsprechendes gilt für die Entscheidung des BAG vom 25. 1. 2007<sup>30)</sup>. Der Kläger hatte sein Arbeitsverhältnis gekündigt und machte mit seiner Klage die Zahlung restlicher Arbeitsvergütung geltend. Dagegen wandte die Beklagte ein, ein Arbeitsverhältnis liege nicht vor. Sie habe seit Jahren keinen Zugang mehr zum Büro des Klägers gehabt und demzufolge ihr Weisungsrecht nie ausgeübt<sup>31)</sup>. Deshalb habe kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden. Das BAG stellte klar, dass die Nichtausübung des Weisungsrechts der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen steht. Durch bloße Nichtausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber wandle sich das Arbeitsverhältnis nicht in einen Dienstvertrag um. Wollten die Parteien eines Arbeitsverhältnisses ihre Rechtsbeziehungen künftig als freies Dienstverhältnis fortsetzen, so müssten sie dies hinreichend klar unter Beachtung von § 623 BGB vereinbaren<sup>31)</sup>. Da dies vorliegend nicht erfolgt sei, habe weiterhin ein Arbeitsverhältnis bestanden. Auch dieser Fall befasste sich somit nicht mit dem Aufstieg eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer.

§ 623 BGB bezweckt den Schutz des Arbeitnehmers durch Warnung vor unbedachter Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unüberlegte Eigenkündigung<sup>32)</sup>. Dieser Schutzzweck ist nicht berührt, wenn der Arbeitsvertrag lediglich umgewandelt, jedoch nicht in die Vergütung eingegriffen wird. Der Eintritt in das Amt des Geschäftsführers erfolgt nicht durch vertragliche Änderung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf gesellschaftsrechtlicher Ebene durch Beschluss der Gesellschafterversammlung und Annahme des Amts durch den Geschäftsführer<sup>33)</sup>. Er unterliegt - unabhängig von seinen vertraglichen Beziehungen zur Gesellschaft - aufgrund seiner Organstellung den Bestimmungen des GmbHG. Diese Veränderung der rechtlichen Beziehung zur Gesellschaft setzt die Mitwirkung des Arbeitnehmers voraus. Die Gesellschaft kann ihm das Amt des Geschäftsführers nicht aufzwingen. Ge[DB 2010 S. 2805]schäftsführer wird nur, wer die Bestellung annimmt<sup>34)</sup>. Ein Arbeitnehmer, der das Amt des Geschäftsführers annimmt, muss deshalb nicht schriftlich gewarnt werden. Die Gesellschaft greift nicht in seine Vergütung ein und entzieht ihm nicht seine Erwerbsgrundlage. Der Beweisfunktion hinsichtlich der geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit wird durch die Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister sowie regelmäßig durch den vorausgehenden schriftlichen Gesellschafterbeschluss genügt. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Geschäftsführers durch Kündigung oder Auflösungsvertrag findet in einem solchen Fall nicht statt. Der Aufgabenbereich wird erweitert, der arbeitsrechtliche Schutz verringert. Das ist jedoch

nicht gleich zu setzen mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern es kommt zu einer Inhaltsänderung. Im Urteil des BAG vom 19. 7. 2007<sup>11)</sup> wird dies wie folgt bestätigt:

"Mit dem Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrags und der damit einhergehenden Bestellung zum Geschäftsführer werden für den Beschäftigten bereits von Gesetzes wegen zahlreiche neue Rechte und Pflichten aus dem GmbHG begründet, die sich von den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen deutlich unterscheiden. . . . Schon diese gesellschaftsrechtlichen Regelungen stehen der Annahme entgegen, das Geschäftsführer-Dienstverhältnis stehe dem zuvor bestehenden Arbeitsverhältnis gleich. Auch wenn die Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft wegen fortbestehender weit reichender Weisungsgebundenheit arbeitsvertraglicher Natur sein sollten ( . . . ), hätte das der Geschäftsführerbestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis ungeachtet der vertraglichen Vereinbarungen schon aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers einen neuen Inhalt."

Erst recht gilt dies, wenn der Geschäftsführer nicht fortbestehenden Weisungen unterliegt. Dass die Inhaltsänderung mit dem Verlust des arbeitsrechtlichen Status verbunden ist, ändert am Ergebnis nichts. Das BAG bezeichnet die Unkenntnis über diese Auswirkung als unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum<sup>11)</sup>. Es verweist i. ü. auf die Situation des Arbeitnehmers, dem Aufgaben eines leitenden Angestellten i. S. von § 14 Abs. 2 KSchG übertragen werden. Der Aufstieg zum leitenden Angestellten führt zu einer Verschlechterung des Bestandsschutzes, für den leitenden Angestellten verliert das Kündigungsschutzgesetz seine Funktion als "Bestandsschutzgesetz" und wird zum bloßen "Abfindungsgesetz"<sup>11)</sup>. Diese Rechtsfolge kann der Arbeitnehmer nicht mit dem Hinweis auf ein ruhendes Arbeitsverhältnis ausschließen. Das gleiche hat zu gelten, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur die Aufgaben eines leitenden Angestellten, sondern des Geschäftsführers übertragen werden.

## V. Zusammenfassung

Bestellt eine GmbH einen ihrer Arbeitnehmer zum Geschäftsführer, ohne das Arbeitsverhältnis durch schriftlichen Aufhebungsvertrag zu beenden oder einen Geschäftsführer-Dienstvertrag abzuschließen, bleibt das bisherige Arbeitsverhältnis die einzige vertragliche Grundlage der Organstellung. Der neue Geschäftsführer ist aber nicht weiterhin Arbeitnehmer. Die rechtliche Stellung eines Geschäftsführers, der keinen tätigkeitsbezogenen und arbeitsbegleitenden Weisungen der Gesellschafter unterliegt, lässt sich weder nach Auffassung des BGH noch des BAG mit dem Arbeitnehmerstatus vereinbaren. Es entspricht weder der Interessenlage noch den Willenserklärungen der Parteien, neben den konkludenten Dienstvertrag des Geschäftsführers ein zusätzliches ruhendes Arbeitsverhältnis treten zu lassen. Sowohl der Schutzzweck von § 623 BGB als auch die Interessenlage von Gesellschaft und Geschäftsführer sprechen vielmehr dafür, in dem Eintritt des Arbeitnehmer-Geschäftsführers in die Organstellung eine inhaltliche Umwandlung des bisherigen Arbeitsverhältnisses in ein Geschäftsführer-Dienstverhältnis zu sehen. Die Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein Geschäftsführer-Dienstverhältnis berücksichtigt in ausreichendem Maß das Schutzinteresse des bisherigen Arbeitnehmers, dient der Rechtsklarheit und ist deshalb dem gekünstelten Rechtsinstitut des ruhenden Arbeitsverhältnisses vorzuziehen.

## Informationen zu den Autoren

*Dr. Rolf Stagat* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht bei Schrade und Partner Rechtsanwälte, Konstanz.

## Fußnoten:

- 1) *Bauer/Arnold*, DB 2008 S. 350.
- 2) *Strelau*, Wettbewerbsverbote für den GmbH-Geschäftsführer und Befreiungsmöglichkeiten, 1. Aufl. 1999, S. 48.
- 3) *Schrader/Schubert*, BB 2007 S. 1617.
- 4) BAG vom 25. 10. 2007 - 6 AZR 1045/06, DB 2008 S. 355.
- 5) *Bauer/Arnold*, DB 2008 S. 350 (351).
- 6) *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 46 Rdn. 70.
- 7) Das kann auch ein weiterer Geschäftsführer sein, vgl. *Karsten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 71.
- 8) Die Unterzeichnung des Dienstvertrags durch sämtliche Gesellschafter erfüllt zugleich die Anforderungen an einen Gesellschafterbeschluss, sodass eine förmliche Beschlussfassung entbehrlich ist.
- 9) Zur Entwicklung der Rechtsprechung s. *Bauer*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 8. Aufl. 2007, III Rdn 71 ff.; *Zirnbauer*, in: FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 553.
- 10) *Dollmann*, BB 2003 S. 1838.
- 11) BAG vom 19. 7. 2007 - 6 AZR 774/06, DB 2007 S. 2093.
- 12) BGH vom 9. 4. 1981 - IVa ZR 6/80, BGHZ 80 S. 246 = DB 1981 S. 2379 = DNotZ 1982 S. 323; vom 23. 2. 1987 - II ZR 183/86, DB 1987 S. 1135 = NJW 1987 S. 2437; BAG vom 13. 7. 2006 - 8 AZR 382/05, DB 2006 S. 2750; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 133 Rdn. 19.
- 13) *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 9. Aufl. 2009, Rdn. 2.
- 14) *Hoffmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2009, Rdn. 3035.
- 15) *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 Rdn. 35.
- 16) BAG vom 20. 8. 2003 - 5 AZB 79/02, DB 2003 S. 2183.
- 17) BGH vom 8. 1. 2007 - II ZR 267/05, DB 2007 S. 1072; *Goette*, DStR 1998 S. 1137.
- 18) BAG vom 24. 11. 2005 - 2 AZR 614/04, DB 2006 S. 728.
- 19) BAG vom 26. 5. 1999 - 5 AZR 664/98, DB 1999 S. 1906.
- 20) BGH 12. 5. 1997 - II ZR 50/96, DB 1997 S. 1455.
- 21) *Scholz/Schneider/Sethe*, GmbHG, 10. Aufl. 2009, § 35, Rdn. 172.
- 22) BGH vom 25. 6. 2001 - II ZR 38/99, DB 2001 S. 1770; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2009, Rdn. 36.
- 23) Zur Systematik des innerbetrieblichen Schadensausgleichs s. *Hümmerich/Boecken/Düwell*, Anwaltkomm. Arbeitsrecht Bd. 1, § 611 BGB Rdn. 875 ff.
- 24) *Moll*, GmbHR 2008 S. 1024.
- 25) *Fischer*, NJW 2003 S. 2417.
- 26) *APS/Preis*, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 623 BGB Rdn. 9.
- 27) *Bauer*, a.a.O. (Fn. 9), III Rdn. 73; *Jooß*, RdA 2008 S. 285.
- 28) *Jaeger*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 5. Aufl. 2009, S. 49 f., m. w. N.
- 29) LAG Berlin vom 5. 3. 2003 - 17 Sa 2269/02, NZA-RR 2003 S. 516.
- 30) BAG vom 25. 1. 2007 - 5 AZB 49/06, DB 2007 S. 584 = NZA 2007 S. 580.
- 31) BAG vom 25. 1. 2007, a.a.O. (Fn. 30), Rdn. 40, S. 581.
- 32) *Henssler*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2009, § 623 Rdn. 2.
- 33) *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 46, Rdn. 19-26.
- 34) *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdn. 10; *Karsten Schmidt*, a.a.O. (Fn. 6), § 46 Rdn. 79.