

Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer

Rechtsanwalt Dr. Rolf Stagat, Konstanz*

Obwohl GmbH-Geschäftsführer tendenziell den „Besserverdienern“ zugeordnet werden, gelten sie als bedauernswert. Der fehlende Arbeitnehmerstatus hat ihnen die Bezeichnung „kündigungsrechtliches Freiwild“ eingebracht. Diese Pointierung soll veranschaulichen, dass sich GmbH-Geschäftsführer im Kündigungsfall nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen können. Der BGH hat mit Urteil vom 10. 5. 2010 die kündigungsrechtlichen Weichen für GmbH-Geschäftsführer neu gestellt. Künftig ist die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes auch für GmbH-Geschäftsführer möglich. Der Beitrag stellt die Entscheidung des BGH vom 10. 5. 2010 vor und geht auf ihre Folgen für die Gestaltungspraxis ein.

I. Einleitung

GmbH-Geschäftsführer sind nicht nur – kündigungsrechtlich – Freiwild¹, sie haben außerdem – gesellschaftsrechtlich und schuldrechtlich – einen Januskopf². Der GmbH-Geschäftsführer ist einerseits Organ der GmbH, andererseits ist er in der Regel vertraglich mit der Gesellschaft verbunden. Der schuldrechtliche Vertrag zwischen Geschäftsführer und GmbH wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur als Dienstvertrag qualifiziert³. Mangels Arbeitnehmerstatus kommt der GmbH-Geschäftsführer daher in aller Regel im Falle seiner Entlassung nicht in den Genuss der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Auch wenn das der Organstellung des Geschäftsführers zu Grunde liegende Vertragsverhältnis ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis ist⁴, hilft ihm dies nicht weiter: Gemäß § 14 I Nr. 1 KSchG gelten die Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz nicht für die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person. Diese gesetzliche Fiktion versperrt dem Geschäftsführer den Zugang zum gesetzlichen Kündigungsschutz selbst dann, wenn er – ausnahmsweise – Arbeitnehmer ist⁵. Prozessrechtlich flankierend bestimmt § 5 I 3 ArbGG, dass Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person nicht als Arbeitnehmer gelten. Daher sind für Klagen von Geschäftsführern gegen die Kündigung ihres Anstellungsverhältnisses generell nicht die Arbeitsgerichte zuständig, also auch dann nicht, wenn der seltene Fall vorliegt, dass das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Der Geschäftsführer kann die Unwirksamkeit der Kündigung seines Anstellungsvertrags somit weder vor dem Arbeitsgericht angreifen noch steht ihm das Kündigungsschutzgesetz zur Seite.

II. Vertragliche Vereinbarung der Geltung des gesetzlichen Kündigungsschutzes

1. Generelle Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Geltung arbeitsrechtlicher Normen?

Um die Situation des kündigungsrechtlichen „Freiwilds“ GmbH-Geschäftsführer im Kündigungsfall zu verbessern, wird in der Praxis versucht, den fehlenden gesetzlichen Kündigungsschutz durch vertraglichen Kündigungsschutz zu kompensieren. Zum gängigen Instrumentarium gehören Regelungen,

Stagat: Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer(NZA 2010, 975)

976

welche die Möglichkeiten der Beendigung des Dienstvertrags durch die Gesellschaft in zeitlicher Hinsicht einschränken oder mit Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Geschäftsführer verknüpfen⁶. Fraglich ist, ob der Geschäftsführer darüber hinaus gesetzliche Vorschriften, die dem Arbeitnehmerschutz dienen, durch vertragliche Vereinbarung mit der Gesellschaft zur Anwendung

bringen kann. In diesem Fall hätte der Geschäftsführer nicht nur indirekten Schutz gegen Kündigungen durch vertraglich vereinbarte Kündigungserschwerungen wie lange Kündigungsfristen oder Mindestlaufzeiten, bis zu deren Ablauf die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, sondern er könnte sich unmittelbar auf materielle Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes berufen, nach denen eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein muss. Die GmbH müsste also personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe darlegen und beweisen können.

2. Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht

Die Vereinbarung der Geltung arbeitsrechtlicher Normen für das Dienstverhältnis von Geschäftsführern ist in der Gestaltungspraxis nichts Ungewöhnliches. So wird in Dienstverträgen häufig die entsprechende Geltung der Bestimmungen des Arbeitnehmererfindungsgesetzes sowie der Richtlinien über die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen vereinbart⁷. Wenig verbreitet ist bislang jedoch die Vereinbarung arbeitsrechtlicher Kündigungsschutznormen zu Gunsten von Geschäftsführern. Insbesondere die Schaffung unmittelbaren Kündigungsschutzes für Geschäftsführer durch Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes im Dienstvertrag ist in der Praxis bisher selten anzutreffen. Dies mag zum einen an den Kräfteverhältnissen zwischen Geschäftsführer einerseits und Gesellschaft andererseits liegen, die es dem Geschäftsführer eher selten erlauben werden, seinen gewünschten Schutz gegen Kündigungen durchzusetzen. Zum anderen hat die geringe Verbreitung vertraglicher Kündigungsschutzkonstruktionen zu Gunsten von GmbH-Geschäftsführern ihren Grund in der janusköpfigen Rechtsstellung des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer ist Dienstnehmer und Organ zugleich, beide rechtlichen Ebenen überlagern sich. Goette⁸ hat diese Wechselbeziehung wie folgt beschrieben:

„... gilt es, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Dienstverhältnis eines solchen Organmitgliedes nicht um seiner selbst Willen, also isoliert, besteht, sondern dass es maßgeblich von der zu erfüllenden organschaftlichen Aufgabe geprägt ist. Nur wenn die ungestörte Funktion des Organverhältnisses gewährleistet bleibt, ist Raum für die Übertragung arbeitsrechtlicher Prinzipien auf das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers.“

Aus der Besonderheit dieser Doppelstellung des GmbH-Geschäftsführers ergibt sich nach Goette im Interesse der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der GmbH ein Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber dem Arbeitsrecht⁹. Soweit allein der soziale Schutz des Beschäftigten betroffen ist, gilt danach Arbeitsrecht. Würde die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften die Funktionsfähigkeit der GmbH beeinträchtigen, müssen diese Vorschriften jedoch zurücktreten¹⁰. Vor diesem Hintergrund wurde die Vereinbarung arbeitsrechtlicher Kündigungsschutznormen für das Dienstverhältnis des Geschäftsführers als rechtlich zumindest unsichere Gestaltung angesehen. Die Rechtsprechung hierzu war bis zur Entscheidung des *BGH* vom 10. 5. 2010 ebenso spärlich wie uneinheitlich.

3. Urteil des OLG Hamm vom 20. 11. 2006

Das *OLG Hamm*¹¹ hatte über die Wirksamkeit der Kündigung des Dienstvertrags eines Geschäftsführers zu entscheiden, in dem die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ab Beginn der Tätigkeit vereinbart war. Die alleinige Gesellschafterin der beklagten GmbH berief den Geschäftsführer ab und kündigte das Anstellungsverhältnis unter Einhaltung der vereinbarten sechsmonatigen Frist. Der Geschäftsführer begehrte mit seiner Klage die Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden sei, sondern über den Kündigungstermin hinaus fortbestehe. Das *OLG Hamm* vertrat die Auffassung, das Anstellungsverhältnis sei durch wirksame Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und die

nachfolgende schriftliche Kündigung beendet worden. Die vereinbarte Geltung des Kündigungsschutzgesetzes stehe dem nicht entgegen, denn der Verlust des Geschäftsführeramtes sei ein personenbedingter Kündigungsgrund i. S. des § 1 II KSchG, ohne dass die Kündigung einer weitergehenden sozialen Rechtfertigung bedürfe.

Der argumentative Kunstgriff, den Verlust der Organstellung als personenbedingten Kündigungsgrund zu qualifizieren und sich dadurch die inhaltliche Auseinandersetzung mit den arbeitsrechtlichen Kriterien der sozialen Rechtfertigung i. S. des § 1 II KSchG zu ersparen, überzeugt nicht. Das Gebrauchmachen von der durch § 46 Nr. 5 GmbHG eingeräumten Kompetenz zur Abberufung ist kein personenbedingter Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung. Das *OLG Hamm* wägt zwar den gesellschaftsrechtlichen Aspekt der besonderen Vertrauensstellung des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft und die darin begründete jederzeitige grundlose Abberufungsmöglichkeit nach § 38 GmbHG gegen die soziale Besitzstandswahrung des Kündigungsschutzgesetzes ab und kommt zu dem Ergebnis, dass beides nicht miteinander vereinbar ist. Es wählt dann aber einen argumentativen „Hinterausgang“, indem es die Erklärungen der Parteien dahingehend auslegt, dass die Verschaffung arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes gar nicht gewollt gewesen sei. Diese Auslegung ist jedoch mit der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien, auf den Dienstvertrag das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden, nicht vereinbar. Die Entscheidung des *OLG Hamm* ist daher abzulehnen¹².

4. Beschluss des LAG Nürnberg vom 21. 12. 2007

Nicht unmittelbar um die Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes für den Dienstvertrag eines Geschäftsführers ging es bei der Entscheidung des *LAG Nürnberg* vom 21. 12. 2007¹³. Gegenstand dieses Verfahrens war die Zahlungsklage eines Mitarbeiters, dessen Status streitig war. Im Verfahren über die Rechtswegzuständigkeit machte das *LAG Nürnberg* Ausführungen, die auch für die Frage der Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes von Interesse sind.

Die Erklärung der Beklagten gegenüber einer Behörde, der Kläger sei bei ihr „in hauptberuflicher Tätigkeit angestellt“, wertete das *LAG Nürnberg* als Beweis dafür, dass die Beklagte den Kläger wie einen Arbeitnehmer behandeln, ihm also den Arbeitnehmerstatus zuerkennen wolle. Den Parteien eines Rechtsverhältnisses, dessen Inhalt die Erbringung einer Dienstleistung ist, stehe es frei, dem Tätigen auch dann den Status eines Arbeitnehmers zuzuerkennen, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses fehlen¹⁴. Soweit die Rechtsprechung Statusvereinbarungen nicht anerkenne, diene dies dem Schutz des Arbeitnehmers vor Fluchtversuchen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsrecht, also vor der Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften durch falsche Bezeichnungen. Es bestehe aber kein Anlass für eine korrigierende Statuskontrolle, wenn das Arbeitsverhältnis nicht gemieden, sondern gesucht werde. An der Erklärung, den Mitarbeiter wie einen Arbeitnehmer behandeln zu wollen, ihm also den Arbeitnehmerstatus zuzuerkennen, müsse sich die Beklagte festhalten lassen¹⁵.

Nach Auffassung des *LAG Nürnberg* können die rechtlichen Folgen, die sich aus dem Arbeitnehmerstatus eines Mitarbeiters ergeben, zwischen GmbH und Mitarbeiter frei vereinbart bzw. zugesagt werden. Die Geltung

Stagat: Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer(NZA 2010, 975)

977

gesetzlicher Bestimmungen, die an den Arbeitnehmerstatus anknüpfen, setzt danach nicht das Bestehen der objektiven Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses voraus, sondern sie kann frei vereinbart werden.

5. Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 24. 2. 2009

In dem vom *OLG Frankfurt a. M.*¹⁶ am 24. 2. 2009 entschiedenen Fall war im Dienstvertrag zwischen dem klagenden Geschäftsführer und der beklagten GmbH folgende Klausel vereinbart:

„Der Vertrag wird auf unbestimmte Dauer geschlossen. Dieser Vertrag kann ab 1. 6. 2006 mit einer Kündigungsfrist von 9 Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Für den Geschäftsführer gilt dieselbe Kündigungsfrist. Für die Kündigung gelten im Übrigen zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte.“

Nachdem die Gesellschafterversammlung einen weiteren Geschäftsführer neben dem Kläger bestellt hatte, kam es zwischen beiden zu Meinungsverschiedenheiten, welche die Beklagte schließlich zum Anlass nahm, den Kläger abzuberufen und den Dienstvertrag zu kündigen. Der Geschäftsführer hielt die außerordentliche Kündigung für unberechtigt und die ordentliche mangels sozialer Rechtfertigung für unwirksam. Da die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes vereinbart gewesen seien, habe die Beklagte personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigungsgründe darlegen und beweisen müssen, was nicht erfolgt sei. Die beklagte GmbH beantragte hilfsweise, das Dienstverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.

Das *OLG Frankfurt a. M.* entschied, dass das Anstellungsverhältnis auf Grund der ordentlichen Kündigung der GmbH beendet worden sei. Eine über die vertragliche Fristenregelung hinaus gehende Einschränkung des Rechts der Beklagten zur ordentlichen Kündigung sei im Anstellungsvertrag nicht wirksam vereinbart, auch wenn zu Gunsten des Klägers das Kündigungsschutzrecht für Angestellte vereinbart worden sei. Dazu gehöre zwar grundsätzlich auch das Kündigungsschutzgesetz. Eine Beschränkung der ordentlichen Kündigung nach den Voraussetzungen des § 1 I und II KSchG könne jedoch nicht wirksam vereinbart werden, denn die Anwendung des § 1 I und II KSchG sei mit der ungestörten Funktion des Organverhältnisses des Klägers als Geschäftsführer und damit mit § 35 I GmbHG nicht zu vereinbaren¹⁷. Die Existenz eines Arbeitsverhältnisses sei mit der eigenverantwortlichen und im Kern weisungsfreien Repräsentantenstellung des Geschäftsführers nicht in Einklang zu bringen. Die enge Verzahnung der Organstellung mit der Anstellung lasse eine Heranziehung der Gründe einer sozial ungerechtfertigten Kündigung für die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zu.

Das *OLG Frankfurt a. M.* schloss sich somit im Ergebnis der Lehre von der Unvereinbarkeit der Organstellung des Geschäftsführers mit dem gesetzlichen Kündigungsschutz für Arbeitnehmer an. In der Literatur fand die Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* Zustimmung¹⁸. Das Urteil sei richtigerweise zu dem Ergebnis gekommen, dass die § 14 I Nr. KSchG zu Grunde liegende gesetzgeberische Wertung die vereinbarte Geltung des KSchG für den Geschäftsführerdienstvertrag ausschließe¹⁹. Die Schaffung eines „Schatten-Geschäftsführers“ sei mit § 38 I GmbHG nicht zu vereinbaren. Die vom *OLG Frankfurt a. M.* angenommene Unwirksamkeit der einzelvertraglichen Vereinbarung sei damit im Ergebnis zutreffend²⁰.

III. Die Entscheidung des BGH vom 10. 5. 2010

1. Aufhebung des Urteils des OLG Frankfurt a. M. durch den BGH

Der *BGH* hob die Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* vom 24. 2. 2009 mit Urteil vom 10. 5. 2010 auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück²¹. Nach Auffassung des *BGH* sind die Parteien eines Geschäftsführerdienstvertrags aus Rechtsgründen nicht gehindert, die entsprechende Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen des § 1 KSchG vertraglich zu vereinbaren. Beim Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH handele es sich um einen auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteten freien Dienstvertrag,

der nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft regelt, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind. Mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses fänden die Vorschriften des KSchG hierauf keine Anwendung. Dies werde durch die gesetzliche Regelung in § 14 I Nr. 1 KSchG bestätigt, welche im Wege einer negativen Fiktion die Unanwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen im ersten Abschnitt des KSchG für Organvertreter einer juristischen Person unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses im Einzelfall anordne²².

Die rechtliche Einstufung des Geschäftsführeranstellungsvertrags als freier Dienstvertrag schließe jedoch nicht aus, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen. Wegen der Nachrangigkeit des Anstellungsverhältnisses gegenüber der Organstellung dürften solche dienstvertraglichen Abreden allerdings nicht in die gesetzliche oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen. Der vertragliche Gestaltungsspielraum der Parteien werde daher durch die zwingenden Anforderungen begrenzt, welche sich im Interesse einer Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft aus dem Organverhältnis ergeben. Diese Grenze privatautonomer Gestaltung werde durch die Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht überschritten²³.

Da Organ- und Anstellungsverhältnis auf Grund des Trennungsgrundsatzes in ihrem Bestand unabhängig voneinander sind, werde – so der *BGH* weiter – die Bestellungs- und Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung durch die Einschränkung der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags zwar berührt, allerdings nur mittelbar. Die finanziellen Auswirkungen, die sich für die Gesellschaft daraus ergeben könnten, dass das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers trotz frei widerruflicher Bestellung wegen fehlender Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung nach Maßgabe des entsprechend anwendbaren § 1 KSchG nicht aufgelöst werden kann, seien durchaus geeignet, die Gesellschafterversammlung in ihrer Abberufungsentscheidung zu beeinflussen. Diese mittelbare Auswirkung werde aber vom Gesetz grundsätzlich hingenommen, wie § 38 I GmbHG zeige²⁴.

Hinzu komme, dass § 38 II GmbHG es ausdrücklich zulasse, die Abberufbarkeit des Geschäftsführers durch statutarische Regelungen bis zur Grenze wichtiger Gründe einzuschränken. Deshalb könne auch die Einschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch entsprechende Geltung von § 1 KSchG nicht als Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft gesehen werden, welcher deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt und es deshalb rechtfertigen könnte, einer entsprechenden Parteivereinbarung die Anerkennung zu versagen. Dagegen spreche schon, dass sich die Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch fristlose Kündigung nach § 626 I BGB von dem Dienstvertrag lösen könne.

Stagat: Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer(NZA 2010, 975)

978

Der *BGH* vergleicht die Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes schließlich mit dem Abschluss von Geschäftsführerdienstverträgen, die auf längere Dauer befristet oder auflösend bedingt abgeschlossen werden. Solche – bislang allgemein anerkannte – vertragliche Gestaltungen müssten, sähe man in der Vereinbarung einer entsprechenden Geltung des KSchG eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft, ebenfalls in Frage gestellt werden. Dabei müsste eine zeitliche Grenze bestimmt werden, bis zu welcher ein Anstellungsverhältnis durch

Parteivereinbarung befristet werden kann. Eine maximale Laufzeit des Geschäftsführeranstellungsvertrags sähe das GmbHG im Gegensatz zum Aktiengesetz aber gerade nicht vor²⁵.

Schließlich stehen nach Auffassung des *BGH* der Wirksamkeit der Vereinbarung der materiellen Kündigungsschutzregelungen auch keine Vorschriften des KSchG entgegen. Bei § 1 KSchG handele es sich um einseitig zwingendes Recht, von welchem nicht zum Nachteil der begünstigten Arbeitnehmer abgewichen werden dürfe. Eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf vertraglicher Grundlage sei aber zulässig.

Auch die in § 14 I Nr. 1 KSchG enthaltene negative Fiktion biete keinen Anhalt dafür, dass mit der dort getroffenen Abgrenzung des gesetzlichen Anwendungsbereiches des KSchG zugleich die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Abrede zu Gunsten des Geschäftsführers ausgeschlossen werden sollte²⁶.

Die Frage, in welchem Umfang und mit welchen inhaltlichen Modifikationen die jeweiligen Regelungen des KSchG kraft der von den Parteien getroffenen Vertragsabrede angewandt werden sollen, ist laut *BGH* vorrangig durch Auslegung der Vereinbarung zu beantworten. Die Vertragsklausel im Anstellungsvertrag, wonach zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechts für Angestellte gelten sollen, zielt darauf ab, dem Geschäftsführer für den Fall einer ordentlichen Kündigung seines Dienstvertrags durch die Gesellschaft über die vereinbarte Kündigungsfrist hinaus eine zusätzliche, den Schutzwirkungen des KSchG entsprechende Rechtsposition einzuräumen. Nach dem Willen der Parteien sollten also die materiellen Kündigungsschutzregelungen gelten, ohne dass es auf die gesetzlichen Anwendungsvoraussetzungen des KSchG ankommt.

Abschließend befasst sich der *BGH* in seiner Entscheidung vom 10. 5. 2010 mit der Frage, ob zu den Bestimmungen des deutschen Kündigungsrechtes für Angestellte, deren Geltung die Parteien im Dienstvertrag des Geschäftsführers vereinbart hatten, auch die Vorschriften der §§ 9, 10 KSchG über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts gehören. Durch einen Auflösungsantrag nach § 9 I 2 KSchG kann der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch dann erreichen, wenn die von ihm ausgesprochene Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist. Hierfür muss er allerdings den Preis einer Sozialabfindung an den klagenden Arbeitnehmer zahlen, deren Höhe vom Gericht festgesetzt wird. Soll der Anstellungsvertrag eines leitenden Angestellten gekündigt werden, kommt der Gesellschaft dabei erleichternd die Vorschrift des § 14 II 2 KSchG zugute, wonach der Auflösungsantrag des Arbeitgebers in diesem Fall keiner Begründung bedarf. Die Gesellschaft kann sich des leitenden Angestellten also auch ohne Kündigungsgründe entledigen, muss dafür aber den Preis der Abfindung bezahlen.

Der *BGH* führt aus, dass auch die Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung nach §§ 14 II 2, 9 I 2 KSchG einer modifizierenden Parteivereinbarung zugänglich sei. Der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien sei so auszulegen, dass der Gesellschaft im Falle einer wegen fehlender materieller Rechtfertigung unwirksamen Kündigung das Recht eingeräumt werden soll, durch einseitige Erklärung das Anstellungsverhältnis gegen Gewährung einer angemessenen Abfindung aufzuheben. Eine solche Auslegung könne sich auf die Überlegung stützen, dass die mit der vereinbarten entsprechenden Geltung des KSchG erfolgten Intentionen der Parteien regelmäßig nicht dahingehen werden, dem Geschäftsführer eine über die Schutzwirkungen des KSchG weit hinausgehende Rechtsposition zu gewähren.

2. Kernaussagen des BGH-Urteils vom 10. 5. 2010

Zusammengefasst führt das Urteil des *BGH* vom 10. 5. 2010 zu folgenden Ergebnissen:

–Die rechtliche Einstufung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags als Dienstvertrag – und nicht als Arbeitsvertrag – schließt die Zulässigkeit der Vereinbarung der entsprechenden Geltung arbeitsrechtlicher Normen nicht aus.

–Der vertragliche Gestaltungsspielraum wird zwingend durch die Anforderungen begrenzt, die sich zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft aus dem Organverhältnis ergeben. Dienstvertragliche Abreden zwischen Geschäftsführer und GmbH dürfen deshalb nicht in das Organverhältnis eingreifen.

–Die Einschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch entsprechende Geltung des § 1 KSchG ist kein unzulässiger Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft.

–Das KSchG enthält einseitig zwingendes Recht, von dem nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Eine vertragliche Ausdehnung seines Geltungsbereiches ist aber zulässig.

–Es ist durch Auslegung zu ermitteln, in welchem Umfang und mit welchen Modifikationen die jeweiligen Regelungen des KSchG auf Grund der Parteivereinbarung zur Anwendung kommen sollen.

IV. Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis

1. Zulässigkeit der Vereinbarung der Geltung des KSchG insgesamt, in Teilen oder mit Modifikationen

Der *II. Zivilsenat* des *BGH* bleibt der Linie treu, die sein heutiger Vorsitzender bereits 2002 vertreten hat: Im Interesse der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der GmbH ist dem Gesellschaftsrecht grundsätzlich der Vorrang vor dem Dienstvertrags- bzw. Arbeitsrecht einzuräumen²⁷. Der *BGH* hat außerdem klargestellt, dass diesseits der Grenze zum Eingriff in die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt. Bis zu dieser Grenze können die Parteien eines Geschäftsführerdienstvertrags privatautonom die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren. Der *BGH* beantwortet in seinem Urteil vom 10. 5. 2010 die bislang offene Frage, wo die Grenzlinie zwischen zulässigen dienstvertraglichen Abreden einerseits und unzulässigen Eingriffen in das gesellschaftsrechtliche Organverhältnis bei Vereinbarungen über die entsprechende Geltung Kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften verläuft.

Nach dem Urteil des *BGH* ist nicht nur geklärt, dass materielle Regelungen des KSchG in einem Geschäftsführerdienstvertrag wirksam vereinbart werden können. Aus der Entscheidung ergibt sich darüber hinaus, dass die materiellen Kündigungsschutzregelungen des KSchG insgesamt vereinbart werden können und damit die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags von der sozialen Rechtfertigung nach den Kriterien der §§ 1 ff. KSchG abhängig gemacht werden kann. Auch der dauerhafte Ausschluss der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags und erst recht ihre Einschränkung durch das Erfordernis ihrer sozialen Rechtfertigung stellen keine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft dar und sind damit zulässig. Der *BGH* begründet dies mit einem Umkehrschluss aus § 84 I 5 AktG, der für Dienstverträge eines Vorstands eine Höchstdauer von fünf Jahren vorsieht. Daraus, dass das GmbH-Gesetz eine solche maximale Laufzeit nicht vorsieht, schließt der *BGH*, dass die Vereinbarung

Stagat: Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer(NZA 2010, 975)

979

einer festen Laufzeit des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers zeitlich unbeschränkt zulässig ist.

Gesellschaft und Geschäftsführer sind schließlich nicht gebunden, die entsprechende Geltung der Regelungen des KSchG insgesamt zu vereinbaren. Den Umfang der – entsprechenden – Geltung des KSchG und etwaige Modifikationen des gesetzlichen Modells des Kündigungsschutzes können die Parteien privatautonom gestalten.

2. Erfordernis präziser Regelungen des Anwendungsbereichs des KSchG

Bei der Vertragsgestaltung sollten Umfang und etwaige Modifikationen der anzuwendenden Regelungen des KSchG möglichst klar bestimmt werden. Im entschiedenen Fall vom 10. 5. 2010 war dies nicht der Fall. Die Parteien hatten lediglich vereinbart, dass zu Gunsten des Geschäftsführers „die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte gelten“. Diese Regelung ist unklar, weil sie nicht auf den Begriff des Arbeitnehmers abstellt, auf den das Kündigungsschutzgesetz seinen persönlichen Anwendungsbereich beschränkt, sondern auf Angestellte. Der Begriff „Angestellter“ ist ein Oberbegriff für Anstellungsverhältnisse unterschiedlicher Art. Er erfasst das Anstellungsverhältnis des Arbeitnehmers ebenso wie das Anstellungsverhältnis eines freien Mitarbeiters oder eines Fremdgeschäftsführers²⁸. Da es seit der Aufhebung des Gesetzes über Kündigungsfristen für Angestellte keinen speziellen gesetzlichen Kündigungsschutz für Angestellte mehr gibt, hat der *BGH* die Klausel konsequenterweise dahingehend ausgelegt, dass die Parteien die Geltung des KSchG vereinbaren wollten. Die Auslegung der Klausel Nr. 3 des Dienstvertrags wäre entbehrlich gewesen, wenn die Parteien ihre Vereinbarung zum Beispiel wie folgt formuliert hätten:

Formulierungsvorschlag: Für die Kündigung gelten im Übrigen zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes entsprechend.

Nachdem der *BGH* die Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzrechts für Angestellte nach Wortlaut und Sinnzusammenhang als Vereinbarung der Geltung der materiellen Regelungen des KSchG ausgelegt hatte, stand er vor einem zweiten Auslegungsschritt. Das Landgericht hatte in erster Instanz das Geschäftsführerdienstverhältnis zwischen den Parteien gem. § 14 II 2, § 9 I 2 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Die Befugnis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung durch das Gericht kann von den Parteien eines Dienstvertrags jedoch nicht wirksam vereinbart werden, da Gestaltungsklagen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig sind²⁹. Um den mutmaßlichen beiderseitigen Parteiwillen zur Geltung kommen zu lassen, legte der *BGH* die Klausel in Nr. 3 des Dienstvertrags deshalb dahingehend aus, dass der Gesellschaft im Falle einer wegen fehlender materieller Rechtfertigung unwirksamen Kündigung das Recht eingeräumt werden solle, das Anstellungsverhältnis durch einseitige Erklärung gegen Gewährung einer Abfindung aufzuheben³⁰. Der *BGH* stützt seine Auslegung auf die Überlegung, dass die mit der vereinbarten entsprechenden Geltung des KSchG verfolgten Intentionen der Parteien regelmäßig nicht dahingehen, dem Geschäftsführer eine über die Schutzwirkungen des KSchG weit hinausgehende, unter Umständen zu einer jahrzehntelangen Zahlungspflicht der Gesellschaft führende Rechtsposition zu gewähren³¹.

Wenn bei pauschaler Vereinbarung der Geltung der Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes der Parteiwille so ausgelegt werden kann, dass die Gesellschaft bei fehlender sozialer Rechtfertigung der Kündigung das Anstellungsverhältnis durch einseitige Erklärung gegen Gewährung einer Abfindung aufheben kann und andererseits Umfang und Modifikationen der Bestimmungen des KSchG privatautonom festgelegt werden können, so ist es auch möglich, die Auflösung des Anstellungsverhältnisses durch einseitige Erklärung gegen Gewährung einer Abfindung auszuschließen. Die Parteien können also vereinbaren:

Forumlierungsvorschlag: Für die Kündigung gelten im übrigen zu Gunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes mit Ausnahme von § 14 II 2 KSchG. § 14 II 2 KSchG soll auf das Anstellungsverhältnis keine entsprechende Anwendung finden.

Dadurch wird klargestellt, dass die Parteien eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses durch einseitige Erklärung der Gesellschaft nicht zulassen wollen. Im Falle einer ordentlichen Kündigung wird das Gericht durch diese Regelung gezwungen, inhaltlich über die soziale Rechtfertigung der Kündigung nach den Kriterien des § 1 KSchG zu entscheiden.

Um zu vermeiden, dass das Landgericht über arbeitsrechtliche Fragen zu entscheiden hat, erscheint es sinnvoll, bei der Vereinbarung der entsprechenden Geltung der Bestimmungen des KSchG zugleich gem. § 2 IV ArbGG die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen zu vereinbaren. Damit wird sichergestellt, dass die Anwendung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes durch die Gerichte erfolgt, die auf Grund ihrer sachlichen Zuständigkeit ständig mit ihnen befasst sind³².

3. Weiter Gestaltungsspielraum bei der Modifikation des KSchG

Das Gestaltungsspektrum der Parteien eines Geschäftsführerdienstvertrags geht auf Grund der vom *BGH* bescheinigten privatautonomen Gestaltungsfreiheit über die Möglichkeit der Vereinbarung der entsprechenden Geltung der materiellen Bestimmungen des KSchG und der Auflösung des Dienstvertrags durch einseitige Erklärung bzw. den Ausschluss dieser Lösungsmöglichkeit hinaus. Die vertragliche Freiheit zur Bestimmung des Umfangs und der Modifikationen der anzuwendenden Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet vielmehr weitere Gestaltungsvarianten. So kommt zum Beispiel in Betracht, für den Fall der Erkrankung bzw. den Eintritt gesundheitlicher Beeinträchtigungen beim Geschäftsführer lediglich hierfür die soziale Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 KSchG zur Zulässigkeitsvoraussetzung zu erheben. In den Dienstvertrag könnte z. B. folgende Klausel aufgenommen werden:

Klauselvorschlag: Kündigt die Gesellschaft das Dienstverhältnis aus krankheitsbedingten Gründen, so gelten insoweit die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes.

Entsprechendes ist für betriebsbedingte Kündigungsgründe oder solche denkbar, die im Verhalten des Geschäftsführers liegen. Aufgrund der privatautonomen Gestaltungsfreiheit kann das Kündigungsschutzgesetz in der Weise „filetiert“ werden, dass die Parteien diejenigen Regelungsbereiche des Gesetzes, die sie für wichtig halten und auf die sie sich verständigen, zum Inhalt des Dienstverhältnisses machen.

Bei den Gestaltungsüberlegungen hinsichtlich der denkbaren Modifikationen des KSchG und sich dabei ergebender Varianten ist selbstverständlich zu berücksichtigen, dass eine

Stagat: Und es geht doch: Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer(NZA 2010, 975)

980

entsprechende Gestaltung des Dienstvertrags die Zustimmung beider Parteien erfordert. Auf Seiten der GmbH wird grundsätzlich wenig Neigung bestehen, dem Geschäftsführer einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Kündigungsschutz vertraglich einzuräumen und damit seine Rechtsposition im Kündigungsfall wesentlich zu verbessern. Demgegenüber kann der Geschäftsführer durch die Vereinbarung der entsprechenden Geltung von Bestimmungen des KSchG einen wirksamen Schutz gegen die Kündigung seines Anstellungsvertrags erlangen, ohne den er „kündigungsrechtliches Freiwild“ bleibt. Geschäftsführer werden diesen vertraglichen Kündigungsschutz allerdings nur durchsetzen können, wenn sie beim Abschluss des Dienstvertrags eine starke Verhandlungsposition haben.

V. Zusammenfassung

Das Urteil des *BGH* vom 10. 5. 2010 öffnet GmbH-Geschäftsführern das Tor zu einem effektiven Kündigungsschutz. Der *BGH* bestätigt zwar im Grundsatz den zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft erforderlichen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht. Er stellt aber andererseits klar, dass die Vereinbarung der Geltung materieller Bestimmungen des KSchG im Dienstvertrag nicht in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft eingreift. Damit eröffnet die Entscheidung vom 10. 5. 2010 die Möglichkeit, die Bestimmungen des KSchG insgesamt oder teilweise zum Inhalt des Dienstvertrags zu machen. Ausdrücklich lässt der *BGH* auch Modifikationen der Bestimmungen des KSchG zu.

Abzuwarten bleibt, in welchem Ausmaß es GmbH-Geschäftsführern gelingen wird, vertraglichen Kündigungsschutz durchzusetzen. Um ihren Wunschkandidaten für das Amt des Geschäftsführers zu bekommen, dürfte manche GmbH Bereitschaft zeigen, dienstvertragliche Zugeständnisse zu machen, die Elemente des Kündigungsschutzes beinhalten. Geschäftsführer, die bei der GmbH bisher in einem Arbeitsverhältnis stehen, werden ihrem Arbeitgeber durchaus plausibel machen können, dass sie zwar bereit sind, die Organstellung zu übernehmen, ihren Kündigungsschutz jedoch nicht an der Tür des Geschäftsführerbüros abgeben wollen. Das Interesse an der Erhaltung eines zumindest partiellen Kündigungsschutzes werden insbesondere diejenigen Arbeitnehmer mit guten Erfolgsaussichten vermitteln können, die aus einem Arbeitsverhältnis der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens interimswise mit dem Geschäftsführeramte betraut werden sollen. Die weitere Entwicklung nach diesem Urteil des *BGH* wird zeigen, welchen Verbreitungsgrad die vertraglich vereinbarte Geltung von Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes in Geschäftsführer-Dienstverträgen in der Gestaltungspraxis finden wird.

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht in der Kanzlei *Schrade & Partner* in Konstanz.

¹ *Bauer/Diller*, GmbHR 1998, 809.

² *Holthausen/Steinkraus*, NZA-RR 2002, 281.

³ *BGH* (26. 3. 1984), BGHZ 91, 217 = NJW 1984, 2528; *BGH* (14. 2. 2000), NJW 2000, 1638; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. (2010), § 35 Rdnr. 172; *Goette*, DStR 1998, 1137.

⁴ Dies kommt in Betracht, wenn der Geschäftsführer zuvor Arbeitnehmer derselben Gesellschaft war und anlässlich seiner Bestellung zum Organ ausdrücklich das Ruhen seines Arbeitsverhältnisses vereinbart wird oder in Fällen der sog. Drittanstellung.

⁵ *Goll-Müller/Langenhans-Komus*, Der Geschäftsführer mit Arbeitsvertrag und dennoch ohne Kündigungsschutz, NZA 2008, 687.

⁶ *Bauer/Arnold*, ZIP 2010, 709 (710).

⁷ *Jaeger*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers. 5. Aufl. (2009), S. 156 f.

⁸ *Goette*, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 886.

⁹ *Goette* (o. Fußn. 8), S. 873.

¹⁰ *Goette* (o. Fußn. 8), S. 873.

¹¹ *OLG Hamm*, BeckRS 2007, 05083 = GmbHR 2007, 442.

¹² So auch *BGH*, NJW 2010, 2343 (2345).

¹³ *LAG Nürnberg*, NZA-RR 2008, 271.

¹⁴ *LAG Nürnberg*, NZA-RR 2008, 271 (272).

¹⁵ *LAG Nürnberg*, NZA-RR 2008, 271 (272).

¹⁶ BeckRS 2009, 25535.

¹⁷ BeckRS 2009, 25535.

- 18 *Bauer/Arnold*, ZIP 2010, 709.
- 19 *Bauer/Arnold*, ZIP 2010, 709 (713).
- 20 *Bauer/Arnold*, ZIP 2010, 709 (713).
- 21 *BGH*, NZA 2010, 889 = NJW 2010, 2343.
- 22 *BGH*, NZA 2010, 889 = NJW 2010, 2343.
- 23 *BGH*, NZA 2010, 889 = NJW 2010, 2343 (2344).
- 24 *BGH*, NZA 2010, 889 = NJW 2010, 2343 (2344).
- 25 *BGH*, NZA 2010, 889 = NJW 2010, 2343 (2344).
- 26 *BGH*, NZA 2010, 889 (890) = NJW 2010, 2343 (2344).
- 27 Vgl. *Goette* (o. Fußn. 8), S. 873 u. 886.
- 28 *Wank*, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 602.
- 29 *BGH*, NZA 2010, 889 (890, 891) = NJW 2010, 2343 (2344, 2345).
- 30 *BGH*, NZA 2010, 889 (890, 891) = NJW 2010, 2343 (2345).
- 31 *BGH*, NZA 2010, 889 (890, 891) = NJW 2010, 2343 (2345).
- 32 *Bauer/Arnold*, ZIP 2010, 709 (711).