

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 101

Kündigungsschutz von GmbH-Geschäftsführern gegen ordentliche Kündigungen

Übertragbarkeit der Kündigungsgründe
des § 1 Abs. 2 KSchG?

Von

Denise Neumann



Duncker & Humblot · Berlin

DENISE NEUMANN

Kündigungsschutz von GmbH-Geschäftsführern
gegen ordentliche Kündigungen

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 101

Kündigungsschutz von GmbH-Geschäftsführern gegen ordentliche Kündigungen

Übertragbarkeit der Kündigungsgründe
des § 1 Abs. 2 KSchG?

Von

Denise Neumann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit im Jahre 2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-14885-1 (Print)
ISBN 978-3-428-54885-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84885-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen.

Allen Personen, die mich während meiner Promotionszeit in vielfältiger Art und Weise unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben, möchte ich an dieser Stelle herzlich danken.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christian Fischer, für die kontinuierliche und engagierte Betreuung bei der Erstellung der Arbeit. Ich bin ihm sehr dankbar für alles, was ich während meiner Promotionsphase durch seine wertvolle wissenschaftliche Unterstützung, seine ständige Bereitschaft zu fachlichen Diskussionen sowie außerfachlichen Gesprächen von ihm lernen durfte und bei der Realisierung meiner Arbeit umsetzen konnte.

Ferner gebührt mein Dank Herrn Prof. Dr. Walter Bayer für die freundliche Bereitschaft zur Übernahme der Zweitkorrektur sowie die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Von Herzen danke ich schließlich meinen Eltern, die meine Leistungen immer mit großer Anerkennung gefördert und mich zu jeder Zeit unterstützt haben. Nicht zuletzt für das mehrfache, mühevollen sowie zugleich zeitaufwendige Korrekturlesen des Manuskriptes bin ich ihnen besonders dankbar. Ihre stetige Unterstützung schätze ich sehr und widme ihnen diese Arbeit.

Erfurt, im Dezember 2016

Denise Neumann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
-------------------------	----

Kapitel 1

Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer?	24
A. Die Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern	25
I. Der Bundesgerichtshof	25
II. Das Bundesarbeitsgericht	26
III. Zwischenergebnis	28
B. Die Literatur zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern	28
I. Verneinende Auffassungen	28
II. Differenzierende Ansichten	31
1. Unterscheidung nach Kapitalanteilen	31
2. Unterscheidung nach Kapitalanteilen und einer persönlichen Abhängigkeit	32
III. Zwischenergebnis	33
C. Stellungnahme	34
I. Regelung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG	34
II. Regelung des § 14 Abs. 2 KSchG	35
1. Geschäftsführerbegriff	35
2. Wertung	36
III. Auslegung des § 14 Abs. 2 KSchG	37
1. Wortlaut	37
2. Systematischer Zusammenhang	38
3. Geschichte	39
a) Darstellung der Entwicklung des Kündigungsschutzgesetzes	39
aa) Betriebsrätegesetz 1920	40
(1) Intention der Herausnahme	40
(2) Begriff des Geschäftsführers	41
bb) Zeit des Nationalsozialismus – Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 1934	42
cc) Frühe Nachkriegszeit	43
(1) Entwurf des Wirtschaftsrates für ein Kündigungsschutzgesetz . . .	44

(2) „Hattenheimer-Entwurf“ für ein Kündigungsschutzgesetz	45
dd) Erstes Kündigungsschutzgesetz 1951	46
(1) Gesetzesbegründung	46
(2) Intention der Herausnahme der leitenden Angestellten	46
(3) Begriff des leitenden Angestellten	47
ee) Kündigungsschutzgesetz von 1969	48
b) Bewertung	50
aa) Betriebsrätegesetz 1920	50
bb) Zeit des Nationalsozialismus – Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 1934	52
cc) Frühe Nachkriegszeit	53
dd) Erstes Kündigungsschutzgesetz 1951	53
ee) Kündigungsschutzgesetz von 1969 – Schutzbedürftigkeit leitender Angestellter	54
(1) Arbeitnehmerbegriff Ende der 60er Jahre	55
(2) Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern	55
(a) Kritische Auseinandersetzung mit der Mindermeinung	55
(b) Schlussfolgerung	57
c) Ergebnis Gesetzgebungsgeschichte	58
4. Sinn und Zweck	58
5. Ergebnis	59
IV. Ergebnis Stellungnahme	60
D. Gesamtergebnis Kapitel 1	60

Kapitel 2

GmbH-Geschäftsführer als „kündigungsrechtliches Freiwild“ – Lösungsmöglichkeiten

	61
A. Vertragliche Gestaltungsvarianten zum Ausgleich des fehlenden Kündigungsschutzes	61
I. Befristeter Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers	62
II. Vereinbarung längerer Kündigungsfristen	62
III. Abfindung oder Übergangsgeld	63
B. Fälle der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes	64
I. Ruhen des Arbeitsverhältnisses	64
II. Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers nach Abberufung	67
III. Zwei verschiedene Rechtsverhältnisse	67
1. Drittanstellung	68
2. GmbH & Co. KG	68

IV. Vereinbarung der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes 70

C. Gesamtergebnis Kapitel 2 71

Kapitel 3

Privatautonome Vereinbarung der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes für GmbH-Geschäftsführer – Kündigungsschutz im Falle der Beendigung der Anstellungsverhältnisse 72

A. Zulässigkeit der Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes 72

 I. Der Bundesgerichtshof zur Zulässigkeit der Vereinbarung 72

 1. Kein Entgegenstehen gesellschaftsrechtlicher Grundsätze 72

 2. Kein Entgegenstehen kündigungsrechtlicher Grundsätze 73

 3. Zusammenfassung 74

 II. Die Literatur zur Zulässigkeit der Vereinbarung 74

 1. Ablehnende Auffassungen 74

 a) Bauer/Arnold 74

 b) Rasmussen-Bonne/Raif 77

 2. Zustimmungende Ansichten 77

 a) Jaeger 77

 b) Thiessen 78

 III. Bewertung der Ansichten 79

 1. Kündigungsrechtliche Rechtsgrundlagen 80

 a) Auslegung des § 1 Abs. 1 KSchG 80

 aa) Wortlaut und Entstehungsgeschichte 80

 bb) Sinn und Zweck 80

 cc) Systematik 82

 b) Auslegung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG 82

 aa) Systematik 82

 bb) Wortlaut 82

 cc) Entstehungsgeschichte 83

 dd) Sinn und Zweck 83

 c) Ergebnis 83

 2. Gesellschaftsrechtliche Rechtsgrundlagen 84

 a) Verstoß gegen den Grundsatz vom Vorrang der Abberufungsmöglichkeit? 84

 aa) Beeinflussung der Abberufungsfreiheit 85

 bb) Nicht zulässige Funktionsbeeinträchtigung? – Auslegung des § 38 Abs. 1 GmbHG 85

 (1) Wortlaut 85

 (2) Systematik 87

(3) Entstehungsgeschichte	88
(4) Sinn und Zweck	88
(5) Ergebnis	89
cc) Weitere Sachargumente	89
(1) Vergleich zur Aktiengesellschaft sowie zur gesetzgeberischen Wertung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG	89
(2) Vergleich zu befristeten GmbH-Geschäftsführeranstellungsverträ- gen	91
b) Ergebnis	92
3. Gesamtergebnis	92
B. Exkurs: Ordentliche Kündigung der GmbH-Geschäftsführeranstellungen bei Nichtgeltung des Kündigungsschutzgesetzes	92
I. Verhältnis zwischen Abberufung und Beendigung des Anstellungsvertrages ...	93
1. Grundsatz: Trennungsprinzip	93
2. Ausnahme in Koppelungsfällen	94
II. Formelle Voraussetzungen	95
1. Zuständigkeit	95
2. Form	96
3. Frist	96
a) Ansichten in Literatur und Rechtsprechung	96
aa) Kündigungsfrist nach § 622 BGB	96
bb) Kündigungsfrist nach § 621 Nr. 3 BGB	98
cc) Differenzierende Ansichten	98
b) Stellungnahme	99
aa) Auslegung der §§ 621 Nr. 3, 622 BGB	100
(1) Wortlaut und Systematik	100
(2) Sinn und Zweck sowie Gesetzgebungsgeschichte	100
(3) Ergebnis	101
bb) Analoge Anwendung des § 622 BGB auf GmbH-Geschäftsführer? ..	101
(1) Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke	101
(2) Vergleichbarkeit der GmbH-Geschäftsführer	103
(3) Schlussfolgerung	104
cc) Ergebnis	105
III. Bestehen eines Mindestkündigungsschutzes?	105
1. Grundsätzliche Überlegungen der Rechtsprechung	106
2. Übertragbarkeit auf GmbH-Geschäftsführer?	108
a) Ansichten in Literatur und Rechtsprechung	108
b) Stellungnahme	109
IV. Gesamtergebnis	110

C. Kündigungsschutz gegen eine ordentliche Kündigung der Geschäftsführeranstellungsverträge bei Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes – Grundsätzliche Überlegungen 111

- I. Verhältnis zwischen Abberufung und Beendigung des Anstellungsvertrages ... 111
- II. Reichweite der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes 112
 - 1. Rechtliche Wertung der vom Bundesgerichtshof zu beurteilenden Klausel 113
 - 2. Zulässigkeit der Vereinbarung der Gesamtheit des Kündigungsschutzgesetzes oder inhaltlicher Modifikationen 114
 - 3. Ausdrückliche Vereinbarung 116
 - 4. Konkludente Vereinbarung 117
 - 5. Zusammenfassung 118
- III. Formelle Voraussetzungen 119
 - 1. Zuständigkeit 119
 - 2. Form 119
 - 3. Frist 119
- IV. Anwendbarkeit der Präklusionswirkung der §§ 4 S. 1, 7 KSchG 120
- V. Erforderlichkeit der Eröffnung des Kündigungsschutzgesetzes gemäß §§ 1 Abs. 1 und 23 Abs. 1 KSchG? 123
- VI. Ergebnis 124

D. Materielle Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung 124

- I. Allgemeine Ausführungen 125
- II. Krankheit 126
 - 1. Häufige Kurzerkrankungen 127
 - a) Negative Gesundheitsprognose 127
 - aa) Kündigung eines Arbeitnehmers 127
 - bb) Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers 129
 - (1) Prognosefähiger Zeitraum 129
 - (2) Wertung der einzelnen Erkrankungen 130
 - (3) Zwischenergebnis 131
 - b) Erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen 131
 - aa) Betriebliche Beeinträchtigungen 131
 - bb) Überbrückungsmaßnahmen als Kompensation? 132
 - (1) Vorhalten einer Personalreserve 133
 - (2) Umorganisation 133
 - (3) Einstellen eines Aushilfsgeschäftsführers 134
 - (4) Vertretung des Geschäftsführers 135
 - (a) Bestellung eines Notgeschäftsführers gemäß § 29 BGB analog? 135
 - (aa) Planwidrige Regelungslücke 136

(bb) Fehlen einer vergleichbaren Interessenlage	137
(b) Stellvertretung durch die anderen Geschäftsführer?	138
(c) Berufen eines Stellvertreters gemäß § 44 GmbHG?	139
(aa) Möglichkeit der GmbH einen Stellvertreter zu bestellen	141
(bb) Betriebsinterne Person als Stellvertreter im Sinne des § 44 GmbHG	141
(cc) Zeitraum der Stellvertretung	143
(dd) Ergebnis	143
(5) Zusammenfassung	144
cc) Wirtschaftliche Belastungen	145
(1) Regelung des § 616 S. 1 BGB	146
(2) Regelung im Anstellungsvertrag	148
dd) Mildere Mittel	149
(1) Versetzung auf einen gleichwertigen oder geringwertigeren Arbeitsplatz?	150
(2) Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements?	152
ee) Ergebnis erhebliche Beeinträchtigungen	155
c) Interessenabwägung	155
aa) Arbeitnehmer und leitende Angestellte	155
bb) GmbH-Geschäftsführer	157
d) Ergebnis häufige Kurzerkrankungen	159
2. Dauernde Leistungsunfähigkeit	160
a) Arbeitnehmer	160
b) GmbH-Geschäftsführer	161
3. Lang andauernde Krankheiten	161
a) Negative Gesundheitsprognose	161
aa) Ermittlung eines Prognosezeitraumes bei GmbH-Geschäftsführern	162
bb) Zugrundelegung eines einheitlichen Zeitrahmens	164
b) Erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher oder wirtschaftlicher Interessen	165
aa) Betriebliche Beeinträchtigungen	165
bb) Überbrückungsmaßnahmen als Kompensation?	165
(1) Bestellung eines Notgeschäftsführers gemäß § 29 BGB analog?	166
(2) Einstellen eines Aushilfsgeschäftsführers	166
(3) Stellvertretung durch die anderen Geschäftsführer oder einen Stellvertreter gemäß § 44 GmbHG	166
cc) Wirtschaftliche Belastungen	167
dd) Mildere Mittel	168
ee) Ergebnis erhebliche Beeinträchtigungen	168
c) Interessenabwägung	168
d) Ergebnis lang andauernder Krankheiten	169

4. Gesamtergebnis Krankheit	169
III. Aids	170
IV. Alkohol und Drogensucht	171
V. Schwangerschaft	175
1. Anwendbarkeit des Mutterschutzgesetzes?	175
2. Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 11. 11. 2010 in der Rechtssache <i>Danosa</i> ?	176
a) Übertragbarkeit auf deutsches Recht?	177
aa) Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG	178
(1) Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Mutterschutzrichtlinie ...	178
(2) Richtlinienkonforme Auslegbarkeit des § 1 Nr. 1 MuSchG	180
(a) Verneinung einer richtlinienkonformen Auslegung durch einen Teil der Literatur	181
(b) Stellungnahme	182
(c) Ergebnis	184
(3) Reichweite des Kündigungsverbotes des Art. 10 der Richtlinie 92/ 85/EWG – Erfassung der Abberufung?	184
(a) Verneinende Ansichten	185
(b) Zustimmungende Ansichten	185
(c) Stellungnahme	186
(d) Geltung eines unbeschränkten Abberufungsschutzes?	189
(4) Ergebnis	191
bb) Diskriminierungsrichtlinien 76/207/EWG und 86/613/EWG	191
(1) Erwerbstätigen- oder Selbstständigenrichtlinie	191
(2) Innerstaatliche Geltung der Richtlinie 76/207/EWG	193
(a) Richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 1 AGG	194
(aa) Auslegungsfähigkeit des § 6 Abs. 1 AGG	195
(bb) Erstreckung des Diskriminierungsschutzes auf die Abbe- rufung?	196
(b) Geltung des § 2 Abs. 4 AGG – Rechtsfolge einer unzulässigen Diskriminierung?	196
(aa) Rechtsfolge bei einer unzulässigen Kündigung	196
(bb) Rechtsfolge bei einer unzulässigen Abberufung	198
(c) Ergebnis	198
(d) Richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 3 AGG	199
(e) Ergebnis	200
(3) Innerstaatliche Geltung der Richtlinie 86/613/EWG	201
b) Gesamtergebnis	202
VI. Alter	203
VII. Abberufung als Geschäftsführer	205
VIII. Arbeits- und Berufsausübungsurlaubnis	206

IX. Außerdienstliches Verhalten	207
1. Straftaten	207
a) Begehung einer Straftat durch den Geschäftsführer	207
b) Straf- und Untersuchungshaft	209
aa) Arbeitnehmer	209
bb) GmbH-Geschäftsführer – Haftstrafe	210
cc) GmbH-Geschäftsführer – Untersuchungshaft	212
2. Verschuldung	213
X. Gewissenskonflikt	214
XI. Schlechtleistung	215
1. Altersbedingte Schlechtleistung	216
2. Krankheitsbedingte Schlechtleistung	218
3. Mangelnde Eignung	219
a) Arbeitnehmer	219
b) GmbH-Geschäftsführer	220
XII. Gesamtergebnis personenbedingte Kündigung	222
E. Materielle Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung	223
I. Allgemeine Ausführungen	223
II. Problematik des Abmahnungserfordernisses	226
1. Bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	226
2. Literaturansichten	227
3. Stellungnahme	228
III. Kündigungsgründe	231
1. Allgemeine Kündigungsgründe	231
a) Abwerben anderer Beschäftigte des Unternehmens	231
b) Alkohol	234
c) Anzeige durch den Geschäftsführer	235
d) Arbeitsverweigerung und Arbeitsversäumnis	237
e) Beleidigungen	238
f) Handgreiflichkeiten	240
g) Krankheit – Erfüllung der Nebenpflichten	241
h) Private Internet- und Telefonnutzung	243
i) Sexuelle Belästigung	244
j) Unberechtigter Urlaubsantritt und unberechtigte Urlaubsverlängerung	246
k) Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	248
l) Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	249
2. Spezielle Kündigungsgründe	251
a) Fehlverhalten bei der Wahrnehmung der Aufgaben des Geschäftsführers	251
aa) § 41 GmbHG – Verletzung der Buchführungspflichten	251

- bb) § 42a GmbHG – Falsches Verhalten bei Erstellung des Jahresabschlusses 252
- cc) § 43 Abs. 1 GmbHG – Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes 253
- dd) § 49 GmbHG – Weigerung der Einberufung der Gesellschafterversammlung 255
- ee) § 51a GmbHG – Auskunftsverweigerung 255
- ff) § 64 S. 1 GmbHG in Verbindung mit § 15a Abs. 1 InsO – Insolvenzverschleppung 256
- b) Missachtung der Kompetenzordnung 257
- c) Nichtbefolgung von Weisungen 259
- d) Strafbare Handlungen 260
 - aa) Nutzung der Firmenkreditkarte 261
 - bb) Unberechtigte Spesenabrechnungen 263
 - cc) Unberechtigte Barabhebungen/Auszahlung einer Tantieme 265
- e) Schmiergelder 266
- f) Unberechtigte Erlangung von Vorteilen 267
- g) Unberechtigte Amtsniederlegung 269
- h) Zerwürfnis beziehungsweise Streitigkeiten 270
- IV. Gesamtergebnis verhaltensbedingte Kündigung 271
- F. Materielle Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung 273
 - I. Allgemeine Ausführungen 274
 - II. Einzelne mögliche betriebsbedingte Kündigungsgründe – Übertragbarkeit auf GmbH-Geschäftsführer? 275
 - 1. Auftragsmängel und Umsatzrückgang 276
 - 2. Änderung des Anforderungsprofils 277
 - 3. Auftragsvergabe an Dritte/Auslagerung von Tätigkeitsbereichen 278
 - 4. Stilllegung des Betriebes 279
 - 5. Betriebsübergang 280
 - a) Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers auf Grundlage eines Sanierungsplanes 281
 - b) Anwendbarkeit des § 613a Abs. 4 BGB auf GmbH-Geschäftsführer? 281
 - aa) Auslegung des § 613a Abs. 4 BGB 281
 - (1) Wortlaut 281
 - (2) Systematik 282
 - (3) Entstehungsgeschichte 282
 - (4) Sinn und Zweck 282
 - (5) Ergebnis 283
 - bb) Analoge Anwendung des § 613a Abs. 4 BGB? 283
 - cc) Ergebnis 285

6. Insolvenzverfahren	285
7. Ergebnis	286
III. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	286
IV. Soziale Auswahl § 1 Abs. 3 KSchG	288
1. Kündigung eines Arbeitnehmers	288
2. Soziale Auswahl bei GmbH-Geschäftsführern?	290
3. Zusammenfassung	293
V. Gesamtergebnis betriebsbedingte Kündigung	293
G. Gesamtergebnis Kapitel 3	294

Kapitel 4

Rechtsschutzmöglichkeiten der GmbH-Geschäftsführer gegen eine ordentliche Kündigung	295
A. Allgemeines	295
I. Vertragliche Gestaltungsvarianten zum Ausgleich des fehlenden Kündigungsschutzes	298
II. Fälle der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes	299
1. Ruhen des Arbeitsverhältnisses	300
2. Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers nach Abberufung	302
3. Zwei verschiedene Rechtsverhältnisse	302
a) Drittanstellung	302
b) GmbH & Co. KG	303
4. Vereinbarung der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	304
III. Vereinbarkeit der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit gemäß § 2 Abs. 4 ArbGG	306
B. Rechtswidrige Rechtswegverweisung	307
C. Gesamtergebnis Kapitel 4	307
Schlussteil	309
I. Unanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	309
II. Lösungsmöglichkeiten zur Überwindung des fehlenden Kündigungsschutzes	309
III. Rechtliche Zulässigkeit und praktische Umsetzung der Vereinbarung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes	310
1. Personenbedingte Kündigungsgründe	311
2. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe	312
3. Betriebsbedingte Kündigungsgründe	313
4. Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung	314
IV. Rechtsschutz gegen eine ordentliche Kündigung der Anstellungsverträge	314

V. Fazit	315
VI. Ausblick	316
Ergebnisse in Thesen	317
Literaturverzeichnis	318
Stichwortverzeichnis	334

Einleitung

In Deutschland gibt es 1.051.093 Gesellschaften mit beschränkter Haftung (im Folgenden: GmbH).¹ GmbH-Geschäftsführer sind neben der Gesellschafterversammlung die wichtigsten Organe einer GmbH. Ihre Rechtsstellung ist dabei durch zwei voneinander zu unterscheidende Rechtsverhältnisse gekennzeichnet.² Zum einen sind sie durch die Bestellung zum Geschäftsführer Organ der GmbH. Zum anderen stehen sie in einem Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft, welches schuldrechtlich ausgestaltet ist und die entsprechenden Rechte und Pflichten zwischen den Parteien regelt.³ Eine Beendigung der Organstellung hat grundsätzlich nicht die Beendigung des Anstellungsvertrages zur Folge.⁴ Werden die gesetzlichen Vertreter jedoch nicht nur abberufen, sondern auch ihre Anstellungsverträge ordentlich gekündigt, genießen GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich keinen Kündigungsschutz. Das Kündigungsschutzgesetz findet gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auf Organmitglieder keine Anwendung.

An diese Problematik anknüpfend, soll untersucht werden, inwiefern den GmbH-Geschäftsführern in der Praxis doch Kündigungsschutz gegen eine ordentliche Kündigung ihrer Anstellungsverhältnisse zukommen kann. Die Untersuchung wird sich dabei auf Ausführungen zu einer paritätisch nicht mitbestimmten GmbH beschränken. Bei einer paritätisch mitbestimmten GmbH, das heißt einer Gesellschaft mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern,⁵ werden die Anstellungsverträge der gesetzlichen Vertreter gemäß § 31 MitbestG in Verbindung mit § 84 Abs. 1 S. 5 AktG zeitlich befristet, bis auf maximal fünf Jahre, abgeschlossen. Ein Umkehrschluss zu § 620 Abs. 2 BGB ergibt insoweit einen grundsätzlichen Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit der Anstellungsverhältnisse.⁶ Die Frage nach einem Kündigungsschutz

¹ Kornblum, GmbHR 2015, 687 (694) – Stand 01.01.2015 GmbH-Anzahl in Deutschland.

² Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., § 14 Rn. 21; MünchKommGmbHG/Jaeger, § 35 Rn. 248; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 209; Bauer/Krieger/Arnold, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Auflage 2014, S. 382 Rn. 2; Freund, GmbHR 2010, 117 (117); Seel, JA 2009, 446 (447); Bauer, BB 1994, 855 (855); BGH NJW 2011, 920 (920); BAG NZA 2003, 1108 (1109); BGH NJW 1995, 2850 (2850); BGH NJW 1978, 1435 (1436).

³ Seel, JA 2009, 446 (446).

⁴ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 44; Lunk/Rodenbusch, NZA 2011, 497 (497); Stück, GmbHR 2006, 1009 (1011).

⁵ Wimmer, DStR 1997, 247 (248).

⁶ Fröhlich/Schelp, ArbRB 2010, 379 (379); Diller, NZG 2011, 254 (255); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 242; Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, Kündigungsrecht, Grundlagen F. Rn. 4; BAG NJW 1981, 246 (247); vgl. BGH NJW 1999, 3263 (3264).

für Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH gegen eine ordentliche Kündigung kann somit in der Praxis keine relevante Bedeutung erlangen.

Bei Geschäftsführern einer nicht mitbestimmten GmbH muss bei der Problematik eines Kündigungsschutzes gegen eine ordentliche Beendigung ihrer Anstellungsverträge zunächst die Diskussion um die Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern sowie in einem zweiten Schritt § 14 Abs. 2 KSchG genauer betrachtet werden. Letzterer besagt, dass das Kündigungsschutzgesetz auf Geschäftsführer und ähnliche leitende Angestellte angewandt werden kann. Es ist daher zu klären, ob und gegebenenfalls warum Geschäftsführer einer GmbH tatsächlich nicht als solche im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG angesehen werden können, ihr Anstellungsvertrag insoweit nicht durch das Kündigungsschutzgesetz in seinem Bestand geschützt ist.

Nicht selten verständigen sich die Gesellschaft und ihre Geschäftsführer in der Praxis auf Gestaltungsvarianten, welche den fehlenden Kündigungsschutz ausgleichen sollen. Durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2010 hat sich hierbei für die Parteien eine weitere Möglichkeit eröffnet, die kündigungsrechtliche Stellung der GmbH-Geschäftsführer zu verbessern. Mit Urteil vom 10.05.2010 entschied der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, dass zwischen der GmbH und ihren Geschäftsführern in den Anstellungsverträgen die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes zugunsten der Organmitglieder wirksam vereinbart werden kann.⁷

Diese Entscheidung bildet die maßgebliche Grundlage für die Untersuchung des Kündigungsschutzes von GmbH-Geschäftsführern gegen eine ordentliche Beendigung ihrer Anstellungsverträge. Angesichts der weitreichenden Folgen für die Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und ihren Geschäftsführern ist zunächst zu prüfen, ob dem Bundesgerichtshof in seiner Auffassung, dass die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes privatautonom durch die Parteien vereinbart werden kann, zuzustimmen ist. Von entscheidender Bedeutung wird insoweit sein, inwiefern die Ansicht des Bundesgerichtshofs kündigungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Rechtsgrundlagen wahrt. In einem zweiten Schritt ist zu ermitteln, was die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes für die GmbH-Geschäftsführer im Falle einer ordentlichen Kündigung konkret bedeutet. Findet das Kündigungsschutzgesetz tatsächlich Anwendung, folgt daraus, dass eine ordentliche Beendigung ihrer Anstellungsverträge gemäß § 1 Abs. 2 KSchG eines rechtfertigenden Grundes in Form eines personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigungsgrundes bedarf. Die Untersuchung wird zeigen, wann ein solcher Kündigungsgrund bei GmbH-Geschäftsführern vorliegt. In diesem Zusammenhang muss ein Vergleich zur Kündigung eines Arbeitnehmers vorgenommen und die Frage beantwortet werden, ob die Kriterien, welche zum Grund einer Kündigung eines Arbeitnehmers entwickelt wurden, auf Organmitglieder übertragen werden können. Insgesamt werden hierbei gesellschaftsrechtliche Aspekte, speziell die Vertrauens-

⁷ BGH NJW 2010, 2343 (2343 ff.).

beziehung zwischen der GmbH und ihren Geschäftsführern, eine gewichtige Rolle spielen und in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden müssen. Aus europäischer Sicht ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtsache *Danosa*⁸ im Rahmen der Untersuchung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 10. 05. 2010 von Relevanz. Der Europäische Gerichtshof stellte am 11. 11. 2010 fest, dass die Abberufung einer schwangeren Geschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft unwirksam ist. Die Untersuchung wird zeigen, ob die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Grundsätze auf das deutsche Recht übertragbar sind. Keine Ausführungen wird die Arbeit zu der Frage enthalten, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit hat, die Anstellungsverträge der Organmitglieder durch einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 14 Abs. 2 KSchG⁹ zu beenden, sollte die Kündigung nicht durch einen wirksamen Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt sein. Eine Untersuchung diesbezüglich würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Ebenfalls kann aus diesem Grund keine Aussage darüber getroffen werden, inwiefern die Geschäftsführer bei einer unwirksamen Beendigung ihrer Anstellungsverhältnisse, aber einem wirksamen Widerruf ihrer Organposition einen Weiterbeschäftigungsanspruch unterhalb der Organebene haben.¹⁰

Neben den materiellen Überlegungen zu einem Kündigungsschutz von GmbH-Geschäftsführern gegen eine ordentliche Beendigung ihrer Anstellungsverträge wird abschließend der Rechtsschutz im Falle einer Kündigung erörtert. Bei GmbH-Geschäftsführern handelt es sich um gesetzliche Vertreter einer juristischen Person, namentlich der GmbH, im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.¹¹ Für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Geschäftsführern sind die Arbeitsgerichte mithin nicht zuständig; vielmehr ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben. Beleuchtet werden muss, ob § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG tatsächlich bei jeder Vertragsgestaltung der Anstellungsverhältnisse der GmbH-Geschäftsführer Geltung beanspruchen kann oder ob bei bestimmten Vertragsvarianten nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu bejahen ist. Im Besonderen muss erforscht werden, welcher Rechtsweg bei einer entsprechenden Vereinbarung des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet ist.

⁸ EuGH v. 11. 11. 2010 – Rs. C-232/09, Slg. 2010, I-11435, *Danosa*.

⁹ Hierzu wird unter anderem auf folgende Literaturstimmen verwiesen: *Jaeger*, DStR 2010, 2312 (2317 f.); *Krolop*, NJ 2010, 437 (438); *Otte*, GWR 2011, 313559; *Fröhlich/Schelp*, ArbRB 2010, 379 (382).

¹⁰ Hierzu m. w. N.: *Lunk/Rodenbusch*, NZA 2011, 497 (497 ff.); *Thiessen*, ZIP 2011, 1029 (1038 f.); *Bauer*, GWR 2010, 310965; *Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Auflage 2014, S. 451 f. Rn. 187 ff.; *Otte*, GWR 2011, 313559; *Diller*, NZG 2011, 254 (256).

¹¹ Schwab/Weth/*Kliemt*, ArbGG, § 5 Rn. 288; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, § 35 Rn. 179; BAG NZA 2003, 1108 (1109).