



*Rechtsanwalt Dr. Thomas Rothballer – Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Kanzlei Dr. Rothballer GbR*

„Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer?“

Vortrag am 9. Dezember 2021

Rechtsanwalt Dr. Thomas Rothballer von der Kanzlei Dr. Rothballer referierte zu dem praxisrelevanten Thema „Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer?“, das auch Rechtsprechung und Wissenschaft regelmäßig beschäftigt. Den Zuhörerinnen und Zuhörern wurde zunächst ein Überblick über den Kündigungsschutz und die hierbei zeitlich möglichen Abläufe verschafft. Im Anschluss zeigte Herr Dr. Rothballer Gestaltungsmöglichkeiten sowie Sonderkonstellationen auf und regte mit Hilfe eines Fallbeispiels zur Diskussion über die Schutzbedürftigkeit und den unterschiedlichen Kündigungsschutz bei vergleichbaren Tätigkeiten an.

Herr Dr. Rothballer ging zu Beginn seines Vortrags auf den allgemeinen Kündigungsschutz ein und differenzierte dabei zwischen dem Kündigungsschutz während der Bestellung als GmbH-Geschäftsführer und der Zeit nach der Abberufung. Während der Bestellung als Geschäftsführer einer GmbH findet der erste Abschnitt des KSchG aufgrund der Organstellung keine Anwendung. Die negative Fiktion des § 14 I Nr. 1 KSchG kommt unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Geschäftsführungsverhältnisses zum Tragen. Weder eine Einstufung des Anstellungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis noch eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis führen zu einer Nichtanwendung des § 14 I Nr. 1 KSchG, BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358. Ausnahmen von der Anwendung des § 14 I Nr. 1 KSchG seien nur in Fällen des individuellen Rechtsmissbrauchs, etwa, wenn der zu Kündigende nur deshalb in der Stellung des Geschäftsführers belassen wurde, um ihn einfacher kündigen zu können, denkbar, BAG, Urt. v. 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NJW 2020, 2824, 2825, Rn. 17.

Der Geschäftsführer einer GmbH ist während seiner Bestellung kein Arbeitnehmer. Als Geschäftsführer hat er eine Organstellung inne, nimmt an der Willensbildung der GmbH teil und vertritt die Gesellschaft. Es fehlt an einem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht. Grundlage für seine Tätigkeit ist grundsätzlich ein freier Dienstvertrag. Ein Tätigwerden auf Basis eines Arbeitsverhältnisses kommt nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, BAG, Beschl. v. 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490, 493, Rn. 24.

Weniger eindeutig lassen sich die Fragen nach der Arbeitnehmereigenschaft und der Anwendbarkeit des § 14 I Nr. 1 KSchG nach der Abberufung als GmbH-Geschäftsführer beantworten. Das BAG hat bisher ausdrücklich offengelassen, ob § 14 I Nr. 1 KSchG auch nach Beendigung der Organstellung Anwendung findet. In seinem Urteil vom 21.9.2017 macht das BAG jedoch deutlich, dass der Gesetzeswortlaut die negative Fiktion des § 14 I Nr. 1 KSchG nicht auf die Dauer der Organstellung beschränkt. Die Reihenfolge von Beendigung der Organstellung und Kündigung könnte deshalb gegebenenfalls irrelevant sein, BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358, 359, Rn. 17. Diesem

Wortlautargument widerspricht Herr Dr. Rothballer. § 14 I Nr. 1 KSchG beziehe sich auf „Mitglieder des Organs“. Mit Abberufung als GmbH-Geschäftsführer gehe eine Beendigung der Organstellung einher.

Für eine Anwendbarkeit des ersten Abschnitts des KSchG und zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses bedarf es einer zumindest konkludenten „Wandlung“. Der ehemalige Geschäftsführer muss den Schritt zurück in die „normale“ Arbeitnehmerschaft machen.

Der Referent ging anschließend auf den besonderen Kündigungsschutz und die Frage ein, inwieweit europäische Richtlinien zum Schutz von Arbeitnehmern auch auf Organmitglieder anzuwenden seien. Er wies dabei auf die „Danosa“ und die „Balkaya“-Entscheidung des EuGH hin, Urt. v. 11. 11. 2010 - C-232/09; Urt. v. 9.7.2015 – C-229/14. Fremdgeschäftsführer einer deutschen GmbH gelten demnach als Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts.

Herr Dr. Rothballer hob die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung des Kündigungsschutzes als Empfehlung für die Praxis hervor. Vertragsklauseln im Anstellungsvertrag, wonach die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzes für Angestellte zu Gunsten des Geschäftsführers Anwendung finden, seien zulässig, BGH, Urt. v. 10.5.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889. Zudem könnten auch Abfindungsklauseln und eine verlängerte Kündigungsfrist vereinbart werden.

Schließlich stellte Herr Dr. Rothballer noch drei Sonderkonstellationen (Geschäftsführertätigkeit auf Basis eines Arbeitsverhältnisses mit einem Dritten; ruhend gestelltes Arbeitsverhältnis; paralleles Arbeitsverhältnis mit dem Mutterkonzern) vor.

Für die folgende Diskussion bildete Herr Dr. Rothballer das Beispiel eines Konzerns, der seinen Vertrieb neu organisieren möchte. In der ersten Variante bildet der Konzern eine Vertriebsabteilung mit einem Abteilungsleiter. Auf diesen Abteilungsleiter als „normalen“ Arbeitnehmer findet der erste Abschnitt des KSchG Anwendung. In der zweiten Variante wird eine Vertriebsgesellschaft mit einem Vertriebsgesellschaftler gebildet. Mangels Arbeitnehmereigenschaft findet auf den Vertriebsgesellschaftler das KSchG keine Anwendung. In der dritten Variante wird eine Vertriebsgesellschaft gebildet und ein Geschäftsführer bestellt. Es findet § 14 KSchG Anwendung. Herr Dr. Rothballer warf daraufhin die Frage in den Raum, ob es nachvollziehbar sei, dass trotz im Wesentlichen gleicher Tätigkeiten jeweils ein anderer Kündigungsschutz gelte. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Diskussion wiesen auf die unterschiedliche Stellung in Bezug auf Haftung, Vertrauen und Verantwortung hin und sahen darin Argumente, die eine Differenzierung im Kündigungsschutz rechtfertigen. Abschließend wurden die Möglichkeit der Sicherung des Bestandsschutzes durch Wiedereinstellungsklauseln sowie die Problematik des Betriebsübergangs während eines ruhenden Arbeitsverhältnisses thematisiert.

Christiane Waschke
Wissenschaftliche Mitarbeiterin