

# Rechtsmissbräuchliche Bestellung zum Geschäftsführer?

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 hatte das BAG in einem obiter dictum einen erstaunlichen Rechtsatz aufgestellt, nämlich den, dass die organschaftliche Bestellung eines Angestellten zum Geschäftsführer derselben GmbH rechtsmissbräuchlich sein kann und zwar dann, wenn sie allein das Ziel verfolgt, diesen Mitarbeiter alsbald entlassen zu können (BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, Rdnrn. 36, 45, DB 2018, S. 452).

Dahinter steht die Überlegung, dass mit der Bestellung eines Beschäftigten zum handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG entfällt und somit der „beförderte“ Arbeitnehmer seines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes „beraubt“ werden kann. Die Frage, ob dieses obiter dictum richtig sein und auch praktische Bedeutung haben kann, ist erst zu beantworten, wenn das generelle Verhältnis zwischen Dienstvertrag eines GmbH-Geschäftsführers und arbeitsrechtlichem Kündigungsschutz in Blick genommen wird.

Nach ständiger und wohl richtiger Rechtsprechung des BAG gilt gem. der o. g. Entscheidung vom 21.9.2017 (a. a. O.), dass die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auch und gerade dann zum Tragen kommt, wenn das der Organstellung zugrunde liegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiellrechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre (Ls. 2, Rdnr. 18). Die Herausnahme der Organvertreter aus dem allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ermöglicht es der Gesellschaft, auch den ursprünglichen Anstellungsvertrag, selbst wenn es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis handelt, ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG zu kündigen (Rdnr. 30).

## Ruhendes Arbeitsverhältnis?

Ebenso gilt nach ständiger Rechtsprechung des BAG, dass im Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags mit einem angestellten Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses liegt. Nach dem Willen der Parteien soll regelmäßig neben dem Dienst- nicht noch ein Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen. Eine andere Auslegung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, für die zumindest

deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssen (BAG, Urt. v. 14.6.2006 – 5 AZR 592/05, NJW 2007, S. 396).

Die Erfurter Richter erklären sich nicht zu der Frage, wie es sich um die Vertretungsverhältnisse verhält. Für den Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrags, aber nur für diesen, ist nach der Annex-Wirkung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG die Gesellschafterversammlung oder der nach Gesetz oder Satzung gebildete Aufsichtsrat zuständig. Für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses liegt die Vertretungsbefugnis bei der Geschäftsführung der GmbH. Ein einseitiger Verzicht des beförderten Angestellten auf seinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz vor Ausspruch einer Kündigung ist unzulässig. Anbieten könnte sich § 177 Abs. 1 BGB, wonach der ohne Vollmacht Vertretene genehmigen kann.

Wird der so beförderte Mitarbeiter nach Bestellung als Geschäftsführer wieder abberufen, wandelt sich – ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung des BAG – das Geschäftsführer-Dienstverhältnis nicht wieder in ein Arbeitsverhältnis um, sofern nichts anderes ausdrücklich vereinbart wird (BAG v. 21.9.2017, a. a. O., Rdnr. 30; v. 14.6.2006, Rdnr. 18 a. E.). Das Interesse juristischer Personen, die Anstellungsverträge von Organmitgliedern, die bereits abberufen sind oder abberufen werden sollen, ohne das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG beenden zu können, ist schutzwürdig. Die Organmitgliedschaft setzt ein besonderes Vertrauen von Seiten der Gesellschaft voraus.

Endet also das Arbeitsverhältnis eines Angestellten mit der Bestellung zum Geschäftsführer und lebt es nach der Abberufung nicht wieder auf, gibt es auch kein ruhendes Arbeitsverhältnis, das dem abberufenen Geschäftsführer weiterhin Kündigungsschutz gewähren könnte. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn die Übertragung der Geschäftsführerstellung nur für kurze Zeit oder nur pro forma erfolgte (BAG v. 14.6.2016, a. a. O., Rdnr. 18).

## Rechtsmissbrauch

Liegen diese Ausnahmefälle nicht vor, rückt der Gedanke des Rechtsmissbrauchs der Bestellung wieder in den Vordergrund, wenn diese nur erfolgte, um den Geschäftsführer alsbald entlas-

sen zu können. Auch hierbei stellen sich einige kritische Fragen.

Zur Entscheidung der Frage, ob eine Geschäftsführerbestellung rechtswirksam oder rechtsunwirksam ist, ist an sich die Arbeitsgerichtsbarkeit überhaupt nicht zuständig, sondern ausschließlich die ordentliche Gerichtsbarkeit. Aus dem Rechtsmissbrauchsgedanken lässt sich also nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass das BAG eine organschaftliche Geschäftsführerbestellung für unwirksam erklärt. Das ist aber auch nicht erforderlich, denn das Institut des Rechtsmissbrauchs setzt nicht zwingend den Untergang des Rechts voraus, sondern dessen Missbrauch. Dies kann zu dem zutreffenden Ergebnis führen – für das auch die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig wäre –, dass die Berufung der Gesellschaft auf den Wegfall des durch die Geschäftsführerbestellung erfolgten Kündigungsschutzes rechtsmissbräuchlich ist und der Geschäftsführer trotz der wirksamen Bestellung seinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz behält.

## UNSER AUTOR



**Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
München