

Kündigungsschutz für abberufenen GmbH-Geschäftsführer?

Am 22.8.2019 wurde beim 2. Senat des BAG ein Verfahren unter dem Az. 2 AZR 2/19 durch Vergleich erledigt. Ein solcher Vergleich ist normalerweise nicht spektakulär, da § 278 Abs. 1 ZPO die Gerichte aller Instanzen verpflichtet, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht zu sein.

Im vorliegenden Fall ist jedoch bedeutsam, dass durch diesen Vergleich die vorhergehende Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 21.11.2018 (17 Sa 916/18) rechtskräftig wurde, die in dem apodiktischen Leitsatz einmündet, dass der allgemeine Kündigungsschutz nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nur ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung noch Mitglied des Organs der juristischen Person ist.

Nun erscheint dieser Ausspruch angesichts des konkreten Sachverhalts vertretbar bzw. nicht abwegig, denn die Parteien hatten keinen schriftlichen Geschäftsführervertrag abgeschlossen, obwohl sie ihr Arbeitsverhältnis zuvor durch schriftliche Vereinbarung begründeten. Der Kläger wurde zudem als Geschäftsführer zu den arbeitsvertraglich vereinbarten Bedingungen beschäftigt.

Problematisch ist aber sowohl die verallgemeinernde Formulierung des Leitsatzes als auch die Begründung der Entscheidung: Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung sei der des Kündigungszugangs. Ob sich ein Arbeitnehmer auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen kann, bestimme sich daher ebenfalls nach den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei Zugang der Kündigung bestanden. Es bestehe keine Veranlassung, hiervon bei Anwendung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG abzuweichen, denn der Arbeitgeber habe es in der Hand, anlässlich der Berufung eines Arbeitnehmers zum Organ einen schriftlichen Geschäftsführervertrag abzuschließen, mit dem regelmäßig das bevorstehende Arbeitsverhältnis beendet wird.

Nun gilt nach ständiger Rechtsprechung des BAG (vgl. Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, Leitsatz 2 und Rdnr. 18 der Entscheidung), 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 materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre.

Einerseits ist nicht zu übersehen, dass rein formal gesehen nach Abberufung die Fiktion nicht mehr besteht, andererseits ist nicht einzusehen, wieso der Geschäftsführer bei Kündigung vor Abberufung weniger schutzbedürftig sein soll als danach. Dieser Widerspruch kann nur aufgelöst werden, indem Kündigungsschutz auch vor Abberufung besteht, was jedoch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG verbietet, oder dass ein Kündigungsschutz nach Abberufung ebenfalls nicht besteht. Andernfalls könnte der Geschäftsführer angesichts drohender Kündigung sein Amt niederlegen, um sich anschließend auf den Kündigungsschutz zu berufen. Diese Rechtsfolge hat das LAG nicht übersehen, jedoch darauf hingewiesen, dass sich dann die Gesellschaft auf § 162 Abs. 2 BGB berufen kann, wenn der Geschäftsführer sein Amt gerade und nachweislich deshalb niederlegt, um sich den Kündigungsschutz zu erschleichen. Eine solche Motivation wird das Unternehmen kaum beweisen können, zumal der Geschäftsführer eine solche Motivation nicht zugeben, sondern andere Gründe für die Amtsniederlegung behaupten wird. Nun wäre daran zu denken, dass der Kündigungsschutz nur bei Abberufung eingreift und nicht bei Amtsniederlegung, da der Geschäftsführer mit Amtsniederlegung ja selbst Arbeitsplatz und Beschäftigung aufgibt und damit nicht schutzwürdig erscheint. Damit ist aber die vom LAG aufgeworfene Streitfrage noch nicht geklärt.

Das BAG hat die Streitfrage in der o. g. Entscheidung vom 21.9.2017 offengelassen, jedoch in einem ausführlichen Obiter Dictum (Rdnr. 30) darauf hingewiesen, dass 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, schutzwürdig ist. Die Organmitgliedschaft setze ein besonderes Vertrauen vonseiten der Gesellschaft voraus. Die Ausnahme der Organvertreter aus dem allgemeinen Kündigungsschutz ermögliche es der Gesellschaft, auch den der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag, selbst wenn es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis handelt, ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung zu kündigen. Schon die Annahme, jedes Arbeitsverhältnis unterliege sofort dem Kündigungsschutz, ist nicht

zutreffend, wie die Ausnahmebestimmung für Kleinbetriebe gem. § 23 KSchG und der auf Abfindung beschränkte Schutz für bestimmte leitende Angestellte gem. § 14 Abs. 2 KSchG belegen.

Nichts anderes gilt für den abberufenen Geschäftsführer.

Mit der keinem Begründungszwang unterliegenden Abberufung gem. § 38 Abs. 1 GmbHG wird der Geschäftsführer automatisch zwangsfrei gestellt, denn er kann seine vertragsgemäße Tätigkeit als Geschäftsführer nicht mehr ausüben. Dieses vom Gesetz bewusst in Kauf genommene Ergebnis kann nicht durch Anwendung des KSchG konterkariert werden.

Letztlich ist aus Sicherheitsgründen den Gesellschaften, die sich von ihren Geschäftsführern trennen wollen, zu empfehlen, spätestens mit der Abberufung auch die Kündigung des Anstellungsvertrags zu beschließen und zuzustellen.

UNSER AUTOR



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