

Europäische Hochschulschriften



Rechtswissenschaft

Alexander Bork

Die Beschäftigung des GmbH-Fremdgeschäftsführers nach Beendigung der Organstellung

Teil 1: Einleitung

A. Problemstellung

Das Amt des Geschäftsführers einer GmbH kann aus ganz unterschiedlichen Gründen, etwa durch Abberufung, Umwandlungsvorgang oder Amtsniederlegung, enden, ohne dass auch das der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsverhältnis sein Ende findet. Sofern die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben, besteht dieses so lange fort, bis es durch Zeitablauf, Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet wird.

Während diese rechtliche Würdigung als gesichert gilt, haben sich Rechtsprechung und Literatur bis heute nur sehr sporadisch mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit sich eine frühzeitige Beendigung der Organstellung auf den Inhalt des Anstellungsvertrags auswirkt. Dies liegt zum einen daran, dass Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführern und der Gesellschaft in vielen Fällen einvernehmlich beigelegt werden und somit einer gerichtlichen Entscheidung vorenthalten bleiben. Ein weiterer Grund wird darin zu sehen sein, dass ein nicht unbeachtlicher Teil der heute existierenden Anstellungsverträge sogenannte „Kopplungsklauseln“ enthält, durch die das Schicksal von Organstellung und Anstellungsverhältnis durch eine entsprechende Vertragsgestaltung fest aneinander gekoppelt wird. Fragen zur Weiterbeschäftigung nach der Beendigung der Organstellung stellen sich damit in vielen Fällen überhaupt nicht.

Die von der Rechtsprechung bislang überwiegend angenommene Zulässigkeit von Kopplungsklauseln ist spätestens seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.05.2010¹ zur Verbrauchereigenschaft des GmbH-Fremdgeschäftsführers in Frage zu stellen.

Dies und eine damit für das hier gewählte Thema zu erwartende zunehmende Praxisrelevanz sollen zum Anlass genommen werden, das Schicksal des Anstellungsvertrags nach vorzeitiger Beendigung der Organstellung in dieser Arbeit näher zu beleuchten. Dabei soll der Fokus der Betrachtung ausschließlich auf die Fälle gerichtet werden, in denen es nach Beendigung der Organstellung weder zu einer Freistellung des bisherigen Fremdgeschäftsführers kommt noch sich die Vertragsparteien auf einen Aufhebungsvertrag verständigen können. Der Anstellungsvertrag bleibt hier regelmäßig bis zum Ende der vereinbarten Befristung oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bestehen. Dies

1 BAG NZA 2010, 939 ff.

gilt jedenfalls, soweit kein Grund für eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses vorliegt².

In der Praxis ist es ein keineswegs selten vorkommendes Phänomen, dass Geschäftsführer nach der Beendigung der Organstellung und bis zur ordnungsgemäßen Beendigung ihres Anstellungsverhältnisses in anderer leitender Funktion für das Unternehmen tätig bleiben. In diesem Zusammenhang stellt nicht nur die Gesellschaft, sondern auch das Organmitglied Überlegungen dazu an, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen eine andere Tätigkeit als diejenige, die im Rahmen der Geschäftsführertätigkeit wahrgenommen wurde, in Betracht kommt.

Beispielsweise könnte beiderseits geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Geschäftsführer ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zusteht bzw. der Gesellschaft ihm gegenüber eine Beschäftigungspflicht zukommt. Dies wird regelmäßig in den Fällen zu erwägen sein, in denen der Geschäftsführer nach seiner Abberufung an der Ausübung einer Alternativtätigkeit interessiert ist oder dies in Verhandlungen zumindest so vorgibt. Insbesondere von älteren Geschäftsführern könnte ein Verbleib im Unternehmen gewünscht sein³. Aktuell erfährt der zu dieser Fragestellung in der rechtswissenschaftlichen Literatur seit Jahrzehnten vorherrschende Meinungsstreit durch die viel beachtete Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.10.2010 eine Wiederbelebung⁴. Darin hat der Bundesgerichtshof erstmalig zu der Frage nach einem Beschäftigungsanspruch des Fremdgeschäftsführers ausdrücklich Stellung bezogen.

Andererseits kann ein weiteres Tätigsein im Unternehmen vom ehemaligen Organmitglied aber auch abgelehnt werden. Stattdessen kann die Gesellschaft an einer Weiterbeschäftigung interessiert sein. Aus ihrer Sicht könnte eine Weiterbeschäftigung sinnvoll sein, um etwa den Betroffenen jedenfalls für eine Übergangszeit weiter im Unternehmen zu halten und seine besonderen Kenntnisse oder Fertigkeiten zu nutzen⁵. Auch kann ein Interesse der Gesellschaft darin bestehen, für die bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des Anstellungsvertrags fortzuzahlende Geschäftsführervergütung eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten. Für diesen Fall wird die Gesellschaft prüfen, ob sie den ehemaligen Geschäftsführer nicht zu einer gewünschten Tätigkeit unterhalb der Organebene verpflichten kann.

2 Denkbar wäre auch der Fall, dass es zunächst zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung kommt, diese dann aber in einem Rechtsstreit für unwirksam erklärt wird.

3 *Baums* ZHR 1992, 248, 253; *Moll* in Festschrift für Schwerdtner, 453 f.

4 BGH GmbHR 2011, 82 ff.

5 Vgl. z.B. *Baums* ZHR 1992, 248, 253.

Schließlich ist noch der Fall einer einvernehmlich gewünschten Weiterbeschäftigung unterhalb der Organebene denkbar. Hier könnten die Vertragsparteien bereits im Anstellungsvertrag eine Regelung für eine vorzeitige Beendigung der Organstellung aufnehmen bzw. eine solche unmittelbar nach Beendigung der Organstellung vereinbaren. Bislang entspricht die Aufnahme einer solchen sogenannten „Weiterbeschäftigungsklausel“ im Anstellungsvertrag noch nicht der gängigen Vertragspraxis⁶, was sich allerdings, nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der genannten aktuellen höchstrichterlichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts, zukünftig ändern könnte.

Kommt es zu einer vorzeitigen Beendigung der Organstellung und fehlt es an einer entsprechenden Kopplungsklausel bzw. ist diese unwirksam, wird in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen eine der dargestellten Interessenlagen tangiert sein. Insoweit verwundert es, dass trotz dieser Praxisrelevanz eine Diskussion hierzu in Rechtsprechung und Literatur nahezu nicht stattfindet bzw. seit Jahren auf der Stelle tritt.

B. Gang der Arbeit

Ziel der Arbeit ist es, der Problematik einer Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers nach Beendigung der Organstellung unter Berücksichtigung der dargestellten ganz unterschiedlichen Interessenlagen nachzugehen. Begrenzt werden soll die Untersuchung auf den sogenannten „Fremdgeschäftsführer“ und damit auf die Fälle, in denen das Organmitglied nicht am Gesellschaftskapital beteiligt ist und zu dessen Gunsten auch keine satzungsmäßigen Besonderheiten vorgesehen sind. Zum einen handelt es sich hierbei um den heute in der Praxis am häufigsten vorzufindenden Fall⁷. Zum anderen würde eine Erweiterung auf den sogenannten „Gesellschafter-Geschäftsführer“ zusätzliche heikle gesellschaftsrechtliche Fragen aufwerfen, die in dieser ihren Schwerpunkt im Arbeitsrecht aufweisenden Arbeit nicht vertieft diskutiert werden sollen.

Die Arbeit gliedert sich in insgesamt sieben Teile:

In Teil 2 wird zunächst die Doppelstellung des Fremdgeschäftsführers zur Gesellschaft in ihren Grundzügen dargestellt. Ein erster Schwerpunkt soll in diesem Zusammenhang bei der Rechtsnatur des Anstellungsvertrags gelegt werden, dies nicht zuletzt auch aufgrund einer aktuellen Entscheidung des Europäischen

6 *Moll* in Festschrift für Schwerdtner, 453, 462; für die AG *Fonk* NZG 1998, 408, 410.

7 Zu den Gründen der zunehmenden Zahl der Fremdgeschäftsführer zählen z.B. Nachfolgeprobleme bei Familiengesellschaften, Professionalisierung der Firmenspitze sowie verstärktes Outsourcing, vgl. *Kuhn*, 1.

Gerichtshofs, durch die die Diskussion um den Arbeitnehmerstatus des Fremdgeschäftsführers neu entfacht wurde⁸.

In Teil 2 soll es ferner im weiten Sinn um die Frage gehen, inwieweit sich die vorzeitige Beendigung der Organstellung auf das Anstellungsverhältnis auswirkt. Neben der Trennungstheorie als Ausgangspunkt wird es hier insbesondere als Ausnahme vom Trennungsgrundsatz um die Zulässigkeit sogenannter „Kopplungsklauseln“ gehen. Seit der Anerkennung der Verbrauchereigenschaft des Fremdgeschäftsführers durch das Bundesarbeitsgericht⁹ dürfte der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB für deren Anstellungsverträge „regelmäßig“ eröffnet und damit die Vereinbarkeit von Kopplungsklauseln mit dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen neu zu hinterfragen sein.

Sollte sich bei diesen Untersuchungen herausstellen, dass Kopplungsklauseln, zumindest in den von den Gesellschaften bevorzugten Ausgestaltungen, einer AGB-Prüfung nicht standhalten, würde es beim allgemeinen Trennungsgrundsatz bleiben. Ein Großteil der heute existierenden Anstellungsverträge wäre hiervon betroffen. Deren Schicksal wäre nicht mehr mit dem der Organstellung verbunden. Oftmals fehlt es derartigen Verträgen auch an einer Freistellungsklausel. Auf diese neuen Umstände müsste sich dann auch die vertragsgestaltende Praxis für zukünftig zu schließende Fremdgeschäftsführer-Dienstverträge einstellen¹⁰. Fragen zur Beschäftigung des GmbH-Fremdgeschäftsführers nach der Beendigung der Organstellung gewännen so jedenfalls in Zukunft eine größere Bedeutung.

Bei der Frage nach einer Beschäftigung des GmbH-Fremdgeschäftsführers nach Beendigung der Organstellung ist zunächst zu klären, ob dieser bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des Anstellungsvertrags gegebenenfalls sogar die Wiedereinräumung von Organtätigkeit beanspruchen kann. Auf diese Problemstellung soll in Teil 3 dieser Arbeit eingegangen werden. Da dies jedoch aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 38 Abs. 1 GmbHG nahezu einhellig abgelehnt wird, verlagert sich die Diskussion hier auf die Frage nach einem etwaigen Schadensersatzanspruch des ehemaligen Organs.

Teil 4 der Arbeit setzt sich mit der bislang sehr umstrittenen Frage nach einem Beschäftigungsanspruch des Fremdgeschäftsführers „unterhalb der Organebene“ auseinander. Dessen zunehmend diskutierte soziale Schutzbedürftigkeit könnte für einen solchen Anspruch streiten. Ungeklärt ist jedoch, wie sich ein solcher Anspruch herleiten lässt, was dessen Voraussetzungen sind und ob unter

8 Sog. „Danosa-Entscheidung“ des EuGH DB 2011, 2270 ff.

9 BAG NZA 2010, 939 ff.

10 Eine Möglichkeit wäre die Vereinbarung sog. „Weiterbeschäftigungsklauseln“, vgl. hierzu unten Teil 6.

Umständen schützenswerte Interessen der Gesellschaft einemsolchen Beschäftigungsanspruch entgegenstehen können. Schwerpunktmäßig soll in diesem Zusammenhang untersucht werden, ob sich die vom Bundesarbeitsgericht für den Beschäftigungsanspruch von Arbeitnehmern aufgestellten Grundsätze auf den Fremdgeschäftsführer übertragen lassen.

Wie erwähnt, hat nunmehr der Bundesgerichtshof für eine Wiederbelebung dieses Streits gesorgt, indem er sich erstmals mit dieser Problematik auseinandersetzte und einen Beschäftigungsanspruch des Fremdgeschäftsführers im Ergebnis verneinte¹¹. Vor diesem Hintergrund wird in Teil 4 auch zu prüfen sein, ob und inwieweit das Urteil einen sinnvollen Beitrag zu einer abschließenden und vor allem überzeugenden Klärung dieser Problematik leisten kann und welche Fragen vom Bundesgerichtshof weiter offengelassen wurden.

Teil 5 der Arbeit beschäftigt sich mit dem Fall, dass eine Weiterbeschäftigung nach der Beendigung der Organstellung von Seiten der Gesellschaft begehrt wird, und fragt insoweit nach einer etwaigen Betätigungspflicht des bisherigen Fremdgeschäftsführers. In diesem Zusammenhang sollen zwei Fragen voneinander getrennt werden. Zunächst ist nach einer Arbeitspflicht auf der Grundlage des Anstellungsvertrags zu fragen und zu untersuchen, ob sich eine solche Tätigkeitspflicht dogmatisch begründen lässt. Sofern dies verneint werden muss, ist zu überlegen, ob sich die Nichtannahme einer von Seiten der Gesellschaft angebotenen Alternativtätigkeit nicht auf der Rechtsfolgende auswirken kann. Konkret wird über die Anwendbarkeit des § 615 Satz 2 BGB als Folge eines Untätig-Bleibens nachzudenken sein. In diesem Zusammenhang würde sich dann zunächst die Frage stellen, ob im Rahmen des § 615 Satz 2 BGB überhaupt eine Verpflichtung zur Annahme einer Tätigkeit unterhalb der Organebene bestehen kann. Lässt sich dies bejahen, wird es im Weiteren schwerpunktmäßig um die konkrete Bestimmung einer für den ehemaligen Fremdgeschäftsführer im Rahmen des § 615 Satz 2 BGB zumutbaren Tätigkeit gehen.

Teil 6 der Arbeit befasst sich schließlich mit der ebenfalls vorstellbaren Konstellation, dass beide Parteien an einer Weiterbeschäftigung unterhalb der Organebene interessiert sind. In dieser Fallgruppe der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung werden die Vertragsparteien in der Regel bereits im Anstellungsvertrag eine Beschäftigungsklausel für den Fall einer vorzeitigen Beendigung der Organstellung aufnehmen bzw. eine solche Regelung unmittelbar nach der Beendigung der Organstellung vereinbaren. Sinn und Zweck des Teils 6 soll es sein, den Vertragsparteien, unter Auswertung verschiedener in diese Richtung gehender Rechtsprechungsbeispiele, einen Leitfaden für die Ausgestaltung von

11 BGH GmbHR 2011, 82 ff.

Weiterbeschäftigungsklauseln an die Hand zu geben. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, welche Bedeutung die Vertragsgestaltung für die Rechtsnatur des der Weiterbeschäftigung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses hat. Es kommt dabei sowohl eine Weiterbeschäftigung auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses als auch eine Weiterbeschäftigung auf der Grundlage eines Dienstvertrags in Betracht.

Abschließend soll anhand von zwei Formulierungsbeispielen veranschaulicht werden, wie Weiterbeschäftigungsklauseln in der praktischen Umsetzung, entweder für eine verlässliche Einordnung als Arbeitsverhältnis oder als Dienstverhältnis, aussehen können.

Teil 7, der die Arbeit beschließt, fasst die wesentlichen Erkenntnisse zusammen.

Teil 2: Die Doppelbeziehung des GmbH-Fremdgeschäftsführers zur Gesellschaft

Der Geschäftsführer steht zur Gesellschaft in einer Doppelbeziehung. Er ist zum einen Organ der Gesellschaft und erwirbt durch diese Stellung die satzungsmäßigen und auf dem GmbH-Gesetz beruhenden Rechte und Pflichten. Neben dieser körperschaftlichen Stellung, der sogenannten „Organstellung“, besteht zwischen ihm und der Gesellschaft regelmäßig auch ein schuldrechtlicher Vertrag, das sogenannte „Anstellungsverhältnis“.

Im Folgenden sollen diese beiden streng von einander zu trennenden Rechtsverhältnisse in ihren Grundzügen dargestellt werden.

A. Organstellung

I. Funktion der Organstellung

Die GmbH ist gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG als juristische Person wie eine natürliche Person unbeschränkt rechtsfähig. Lediglich solche Rechte und Pflichten, die auf die menschliche Natur ihres Trägers zugeschnitten sind, können von ihr nicht wahrgenommen werden¹². Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr erlangt sie hingegen erst durch ihre Organe¹³. Neben der Gesellschafterversammlung stellt der Geschäftsführer ein gemäß § 6 Abs. 1 GmbHG gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Organ dar.

Der Geschäftsführer agiert für die Gesellschaft gemäß § 35 GmbHG als Vertretungsorgan und nimmt für diese gegenüber den Mitarbeitern auch Arbeitgeberaufgaben wahr¹⁴. Die GmbH vertritt er im Rechts- und Geschäftsverkehr¹⁵. Lediglich in einigen wenigen Sonderfällen sind anstelle des Geschäftsführers andere Personen oder Gremien für die Vertretung der Gesellschaft zuständig¹⁶. Diese Vertretungsbefugnis ist uneingeschränkt und kann im Außenverhältnis

12 *Ellenberger* in Palandt, Einf v § 21 BGB Rn 8; *Lutter* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Rn 2.

13 *Emmerich* in Scholz, GmbHG, § 13 Rn 4.

14 BGH ZIP 2001, 1957, 1958; BGHZ 49, 31; *Weber/Hoß/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Teil 1 Rn 9.

15 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rn 1; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn 4; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn 3; *Diekmann/Marsch-Barner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, § 41 Rn 2; *Weber/Hoß/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Teil 1 Rn 9, Teil 2 Rn 34.

16 Vgl. hierzu *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn 3.

auch nicht von Seiten der Gesellschafter beschränkt werden¹⁷. Lediglich im Innenverhältnis kann der Geschäftsführer weisungsgebunden sein. Er kann gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG verpflichtet werden, Beschränkungen zu beachten, die durch den Gesellschaftsvertrag, oder, soweit dieser nicht etwas anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind¹⁸, sogenanntes „gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht“¹⁹.

II. Begründung der Organstellung

Seine Organstellung erwirbt der Geschäftsführer durch den förmlichen Akt der Bestellung. Soweit nicht gesellschaftsvertragliche Regelungen etwas anderes vorsehen (§ 45 Abs. 2 GmbHG), ist hierfür gemäß §§ 46 Nr. 5, 47 Abs. 1 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit erforderlich. Bei der Bestellung zum Organ handelt es sich um einen körperschaftlichen und nicht um einen vertraglichen Akt. Trotz alledem setzt das Zustandekommen der Organstellung nach überwiegend vertretener Ansicht eine Annahmeerklärung des Geschäftsführers voraus²⁰. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass mit dem Geschäftsführeramt eine Vielzahl von Rechten und Pflichten verbunden sind. Die sich aus GmbH-Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Geschäftsordnung ergebenden gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten des Geschäftsführers sind regelmäßig an das Bestehen der Organstellung geknüpft. Deshalb soll der Geschäftsführer nicht ohne sein Zutun in das Amt hineingedrängt werden²¹. Die Zustimmung des Bestellten unterliegt jedoch keinem Formzwang und kann somit auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden²². Die Organstellung ist regelmäßig bereits mit Zustimmung zur Bestellung be-

17 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn 3; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rn 1 ff.; *Stück* GmbHR 2006, 1009; *Weber/Hof/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Teil 2 Rn 26.

18 Vgl. hierzu ausführlich *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn 2 ff.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rn 1 ff.

19 Vgl. unten Teil 2 B II 2 c).

20 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rn 42; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 6 Rn 25; *Goette* in Münchener Kommentar GmbHG, § 6 Rn 57.

21 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 6 Rn 25; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rn 42, die Bestellung ist „schwebend unwirksam, solange die Annahme durch den Geschäftsführer noch aussteht“.

22 *Goette* in Münchener Kommentar GmbHG, § 6 Rn 58; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn 10; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rn 43; *Tebben* in Michalski, GmbHG, § 6 Rn 43.