



## DER UNAUFHALTSAME AUFSTIEG

### Beförderung zum Geschäftsführer

**Dr. Hubertus Nils von Winterfeld (HNvW) erhält also einen unbefristeten Vertrag als Geschäftsführer. Eine Rechtsprüfung hält er nicht für erforderlich. Was soll schon schiefgehen?**

Ein unbefristeter Vertrag mag für einen Arbeitnehmer die bessere Gestaltung im Vergleich zum befristeten Vertrag sein. Er hat schon nach der Probe- bzw. nach der Wartezeit Kündigungsschutz. Aber für den Geschäftsführer ist der unbefristete Vertrag nicht ohne

**Weiteres eine gute Wahl. Denn der Geschäftsführer, der zur Gesellschaft in einem Organverhältnis steht (er wird zum gesetzlichen Vertreter durch die Gesellschafterversammlung bestellt und erhält daneben einen Beschäftigungsvertrag), ist in aller Regel kein Arbeitnehmer, sondern Dienstnehmer im rechtlichen Sinne. Daher gilt für ihn vielfach das Arbeitnehmerschutzrecht nicht.**

Insbesondere gilt nicht das Kündigungsschutzrecht nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Das bedeutet, dass die Kündigung keines materiellen Grundes bedarf, wie dies beim Arbeitnehmer während der Probezeit oder im Kleinbetrieb der Fall ist. Das Amtsverhältnis des Geschäftsführers kann schon nach den nicht dispositiven, also unveränderbaren Regelungen des GmbHG jederzeit beendet werden, § 38 Abs. 1 GmbHG. Gleiches gilt beim unbefristeten Vertrag für das Beschäftigungsverhältnis. Dieses kann also jederzeit ohne Erforderlichkeit eines Kündigungsgrunds durch ordentliche Kündigung beendet werden. HNvW hat also keinen Schutz. Wenn die Gesellschafter es wollen, können sie ihn jederzeit vor die Tür setzen.

**Hätte HNvW auf seine Freundin Frau Dr. Diezinger, gehört – wozu hätte ihm die Anwältin für Arbeitsrecht geraten, um für ihn eine bessere Situation gestalten?**

#### **1. Gestaltungsmöglichkeiten zum Ausgleich des fehlenden sozialen Kündigungsschutzes**

Für den Ausgleich dieses fehlenden sozialen Kündigungsschutzes gibt es im Wesentlichen fünf Gestaltungsmöglichkeiten, die wie immer jeweils Vor- und Nachteile haben, aber alle für sich gesehen für den Geschäftsführer in jedem Falle besser sind als der unbefristete Vertrag:

##### **a) Der befristete Vertrag**

Die üblichste Form des Ausgleiches ist der auf eine bestimmte Zeit befristete Vertrag. Der Schutz liegt natürlich nicht im bereits fest vereinbarten Vertragsende (Befristungsablauf), sondern mittelbar in dem der Befristung innewohnenden Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes während der Befristungszeit. Das schließt man aus § 620 Abs. 2 BGB. Ist die ordentliche Kündigung im Vertrag während der Befristung nicht ausdrücklich vereinbart, kann die Gesellschaft nur außerordentlich kündigen, was insbesondere die hohe Hürde des „wichtigen Grundes“ (§ 626 Abs. 1 BGB) bedeutet.

Ein wichtiger Grund nach der gesetzlichen Definition liegt vor, wenn „Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann“.

Der Schutz des Geschäftsführers während der Befristung ist daher höher als der des kündigungsgeschützten Arbeitnehmers. Der Schutz nimmt aber mit fortschreitender Vertragsdauer ab, bis hin zu Null, wenn die Befristungszeit abgelaufen ist. Das macht an sich für die Beschäftigung und die Zusammenarbeit zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft keinen wirklichen Sinn: Zudem ist für die Gesellschaft diese Gestaltung auch problematisch, denn gerade in den Anfangsjahren ist die Befristung wegen des Kündigungsausschlusses riskant, schließlich kennt man sich noch nicht (so gut) und die Möglichkeit, einen wichtigen Grund darzulegen, ist schwer. Also ist diese Gestaltung zwar üblich, aber keineswegs optimal.

## **b) Vereinbarung langer Kündigungsfristen**

Ein gewisser Schutz kann sich für den Geschäftsführer auch beim unbefristeten Vertrag durch die Vereinbarung langer Kündigungsfristen ergeben. In der Praxis gebräuchlich sind hier sechs bis 12 Monate, ggf. sogar Kündigungsfristen in Verbindung mit bestimmten Kündigungsterminen, wie dem Quartals-, dem Halbjahres- oder gar dem Jahresende, finden sich oft in den Verträgen. Diese Kündigungstermine sind nicht sinnvoll, denn es ist meist rein zufällig, ob die Auslaufrist dann besonders lang ist oder sich auf die Kündigungsfrist an sich beschränkt.

Zwar kann wie gesehen, die Kündigung jederzeit ohne Grund wirksam ausgesprochen werden, aber eben nur mit langen Kündigungsfristen, während derer sich der Geschäftsführer neu sortieren kann - in der Regel bezahlt freigestellt. Ohne andere Vereinbarung muss auch der Geschäftsführer diese langen Kündigungsfristen wahren. Das bedeutet, dass ein Job-Wechsel für ihn schwierig wird. Wenn möglich, sollte der Geschäftsführer daher darauf achten, dass für seine Eigenkündigung entweder kürzere Kündigungsfristen gelten oder dass er nach einer ordentlichen Kündigung – gleich von welcher Seite – grundsätzlich das Recht hat, mit einer deutlich kürzeren Sonderkündigungsfrist, vor dem sich durch die ordentliche Kündigung ergebenden Beendigungstermin, das Vertragsverhältnis also vorfristig durch Sonderkündigung zu beenden. Dann ist er flexibel.

Ganz geschickt wäre es, wenn mit dieser Sonderkündigung zugleich vereinbart wird, dass die durch die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses der Gesellschaft ersparte Vergütung ganz oder in Teilen als Abfindung an ihn bezahlt wird. Salopp nennt man das eine „Sprinterklausele“.

## **c) Vereinbarung von Kündigungsgründen**

Die dritte Möglichkeit wäre, man vereinbart als Schutz schlicht die Erforderlichkeit eines materiellen Kündigungsgrundes. Man könnte also die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, was mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht auf das Dienstverhältnis anzuwenden ist, vereinbaren. Eine solche Vereinbarung hat der BGH 2010 für zulässig erachtet und damit einen bestehenden Streit beendet. Aber so richtig passt das natürlich nicht.

Wie sollte das mit der betriebsbedingten Kündigung beispielsweise funktionieren? Die Beschäftigungsmöglichkeit kann nur schwer wegfallen, ohne dass eine im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung nicht zu rechtfertigende Austauschsituation vorliegt. Eine „soziale Auswahl“ zwischen Geschäftsführern ist nicht vorstellbar. Auch die verhaltensbedingte Kündigung, die regelmäßig eine vorangegangene Abmahnung voraussetzt, passt nicht. Wer soll den Geschäftsführer so eng führen, dass auch eine vorherige Abmahnung mit einer anschließenden weiteren Zusammenarbeit erfolgt? Die Vereinbarung anderer Kündigungsgründe als die des Kündigungsschutzgesetzes ist in der Praxis nicht üblich, wenngleich man hier fantasievoll einen Katalog von erforderlichen materiellen Kündigungsgründen aufstellen könnte.

## **d) Rückfall auf ein anderes Beschäftigungsverhältnis**

Der soziale Schutz könnte ferner so gestaltet werden, dass er aus einem weiteren, kündigungsgeschützten Beschäftigungsverhältnis stammt, welches neben (bzw. hinter) dem Geschäftsführerdienstverhältnis bis zur Beendigung des Geschäftsführerdienstvertrages bis zum Wiederaufleben unkündbar ruht. Das kann insbesondere bei Geschäftsführern, die - wie von Winterfeld- aus einem Arbeitnehmerarbeitsverhältnis und zum Geschäftsführer aufsteigen, ein guter Ansatz sein. Die Verhandlungsposition des zum Aufstieg beabsichtigten Geschäftsführer ist meist besser als die des quereinsteigenden Geschäftsführers, weil der aufsteigende Geschäftsführer erkennbar auf den für ihn bestehenden Kündigungsschutz aus dem Arbeitsverhältnis verzichten soll.

Die Idee dieser Gestaltung ist, dass die Geschäftsführerposition (Amt und Vertrag) rasch für die Gesellschaft wieder beendet werden kann und der Geschäftsführer dann wieder als Führungskraft in

seinem alten Arbeitsverhältnis die Beschäftigung fortsetzen kann und dort seinen bestehenden Kündigungsschutz wieder genießt. Hierfür wird eine ausdrückliche Ruhensvereinbarung als Ergänzung zum bestehenden Arbeitsvertrag geschlossen.

In der Praxis funktioniert diese Variante aber in aller Regel nicht gut. Denn will eine der Seiten das Geschäftsführerdienstverhältnis nicht mehr fortsetzen, so will man in der Regel auch nicht mehr das Führungskräftearbeitsverhältnis, für das meist gar kein organisatorisches Bedürfnis mehr besteht, fortsetzen. Das Geschäftsführerverhältnis wird in aller Regel beendet, weil das Vertrauen zwischen den Vertragspartnern gestört ist.

Aber auch ein Führungskräftearbeitsverhältnis setzt ein solches Vertrauen voraus. Der Vertrauensverlust allein begründet aber nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so dass dieses aus Sicht der Gesellschaft fortgesetzt werden muss. Das wiederauflebende Arbeitsverhältnis dient daher dem abberufenen Geschäftsführer nur als Trumpfkarte im Abfindungspoker, so dass aus Gesellschaftssicht hiervon abzuraten ist.

### **e) Abfindungslösung**

Das Naheliegenste ist daher die Vereinbarung einer Abfindung. Am Ende geht es bei der Trennung ohnehin stets um Geld. Daher liegt es auf der Hand, diesen Streit durch eine klare Regelung zu vermeiden. Ein Streit wäre vor dem Landgericht auszutragen. Das ist teuer, denn es besteht Anwaltszwang und die Gebühren für Gerichte sind - ebenso wie die Streitwerte zu Berechnung der Gebühren - deutlich höher als vor dem Arbeitsgericht.

Den Streit beeinflussen viele „sachfremde“ Faktoren. Hat eine Partei eine Rechtsschutzversicherung? Deckt die Rechtsschutzversicherung auch oder ist sie - wie in der Praxis leider oft - nur für Arbeitsstreitigkeiten geschlossen? Wer hat die besseren Nerven? Verdient der gekündigte Geschäftsführer rasch wieder vergleichbares Entgelt, was er sich auf den Annahmeverzug anrechnen lassen muss? Will und muss der Geschäftsführer rasch wieder Wettbewerb betreiben, will er sich daher zügig verständigen. Gerichtsverfahren dauern lang. Selbst das zügige Urkundsverfahren hilft in der Praxis oft nicht weiter, wenn die Gesellschaft den im Vorbehaltsurteil ausgeurteilten Betrag hinterlegt und damit die vorläufige Zwangsvollstreckung verhindert.

Es gibt demnach viele Gründe, eine teure, langwierige und von vielen Unsicherheiten begleitete Auseinandersetzung zu vermeiden. Planungssicherheit ist ein hohes Gut. Daher ist die beste Gestaltung eines Geschäftsführerdienstvertrages die Abfindungslösung. Dem Geschäftsführer wird für den Fall der Beendigung des Dienstvertrages mit kurzen Kündigungsfristen von beispielsweise drei Monaten eine Abfindung versprochen, sollte das Dienstverhältnis durch die Gesellschaft ordentlich gekündigt werden. In diesem Zuge wäre zu vereinbaren, dass die Abfindung ausgeschlossen ist, wenn die Gesellschaft einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des KSchG nachweisen kann. Die Höhe der Abfindung kann statisch oder dynamisch anwachsend vereinbart werden, die Höhe ist Verhandlungssache.

Diese Verhandlung wird zudem in einem Stadium geführt, zu dem das Vertrauensverhältnis ungetrübt ist und beide Seiten zusammenkommen wollen und daher kompromissbereit sind.

Obwohl diese Gestaltung zur Kompensation des fehlenden sozialen Kündigungsschutzes beiderseits nur Vorteile hat, findet man sie in der Praxis nur selten. HNvW beispielsweise hat es versäumt, diese Gestaltung mit Herrn Bremer zu verhandeln.

## **2. Beendigung des bestehenden Arbeitsvertrages beim Aufstieg**

Aber könnte HNvW nicht doch Glück haben und sich auf das begründete Arbeitsverhältnis berufen? Ruht das nicht hinter dem Geschäftsführervertrag? Von einer ausdrücklichen Beendigung des zuvor bestandenen Arbeitsvertrages war nämlich nicht die Rede.

Üblicherweise - so auch bei Winterfeld - wird im Eifer des Gefechts beim zum Geschäftsführer aufsteigenden Arbeitnehmer vergessen, das bestehende Arbeitsverhältnis aufzulösen. Wird das Geschäftsführervertragsverhältnis im Streit dann zusammen mit der Abberufung gekündigt, wendet der abberufene Geschäftsführer ein, dass er als Arbeitnehmer im Rahmen seines ruhenden Arbeitsvertrages wieder beschäftigt und vor allem bezahlt werden müsse. Kann das gut gehen? Lange Zeit war diese Argumentation vielversprechend. Das BAG hat dem 2011 aber mit einer viel Aufmerksamkeit erregenden Entscheidung einen Riegel vorgeschoben.

Die seither geltende These der Rechtsprechung lautet: Im Zweifel werde im Zusammenhang mit dem Abschluss eines neuen Geschäftsführervertrages ein bestehendes Arbeitsverhältnis konkludent aufgehoben, also beendet. Den rechtlichen Bedenken, nach § 623 BGB bedürfe jede Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zur Wirksamkeit der strengen Schriftform, ist ebenso eine Absage erteilt worden wie den Bedenken der unterschiedlichen Zuständigkeiten. Denn für die Aufhebung des Arbeitsvertrages ist die Geschäftsführung in Vertretung der Gesellschaft zuständig, während für die Begründung des Geschäftsführervertrages die Gesellschaft ausnahmsweise durch die Gesellschafterversammlung vertreten wird.

Will man also ausdrücklich ein ruhendes Arbeitsverhältnis als Sicherheit bewahren, so muss man eine ausdrückliche Ruhensvereinbarung als Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag schließen. Das gilt aber nur dann, wenn der Arbeitsvertrag mit der gleichen Gesellschaft besteht, wie der Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen wird. Wird der Geschäftsführer bei einer anderen Gesellschaft zum Geschäftsführer bestellt, so kann das ggf. auch auf der Grundlage eines mit einer anderen Gesellschaft bestehenden Arbeitsvertrages bewerkstelligt werden. Das nennt man dann einen Drittanstellungsvertrag. Hiervon war *schon die Rede*.

Frau Dr. Diezinger, Freundin und langjährige Anwältin der Familie, hätte demnach viel Gesprächsbedarf mit HNvW gehabt. Schauen wir, ob das Winterfeld noch auf die Füße fallen wird.