

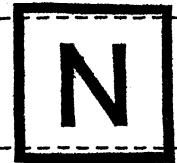
Aktenzeichen: 2 AZR 330/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 9. Mai 1985
- 2 AZR 330/84 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 29. September 1983
Karlsruhe - 6 Ca 210/83 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 23. März 1984
Baden-Württemberg - 12 Sa 111/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

GmbH-Geschäftsführer: Kündigung - sachl. Zuständigkeit

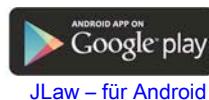
Gesetz: ArbGG 1979 § 5, §§ 2, 73; GmbHG §§ 35, 38

Leitsätze:

1. Wird ein Angestellter einer GmbH zum Geschäftsführer bestellt, ohne daß sich an den Vertragsbedingungen im übrigen etwas ändert, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das bisherige Arbeitsverhältnis suspendiert und nicht endgültig beendet ist.
2. Wird der Angestellte bei einer derartigen Vertragsgestaltung als Geschäftsführer abberufen, so wird das Arbeitsverhältnis hierdurch wieder auf seinen ursprünglichen Inhalt zurückgeführt. Wird ihm erst nach der Abberufung gekündigt, so sind für die Entscheidung über seine hiergegen erhobene Klage die Gerichte für Arbeitssachen sachlich zuständig (im Anschluß am BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2 AZR 330/84

12 Sa 111/83 Baden-Württemberg

Verkündet am
9. Mai 1985

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Triebfürst sowie den ehrenamtlichen Richter Wellhausen und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 23. März 1984 - 12 Sa 111/83 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

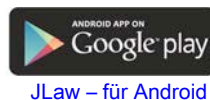
V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 1. Oktober 1978 aufgrund eines schriftlichen Anstellungsvertrages vom 14. August 1978 bei der beklagten GmbH als Angestellter beschäftigt. Er war verantwortlich für die Finanzbuchhaltung, den Zahlungsverkehr sowie die Lohn- und Gehaltsabrechnung, und hatte eine Betriebsabrechnung einzurichten. Der Vertrag war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und konnte beiderseits unter Beachtung der tariflichen Kündigungsfristen gekündigt werden. Geschäftsführerin war zum damaligen Zeitpunkt Frau Regina D , die zugleich als Hauptgesellschafterin 75 % der Stammanteile an der Gesellschaft hielt. Weiterer Gesellschafter war ihr Sohn Geno D mit 25 % Stamman- teilen.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Durch Nachtragsvereinbarungen vom 16. November 1979 und 25. August 1980 erhöhte die Beklagte die Bezüge des Klägers, zuletzt auf ein Bruttomonatsgehalt von 5.000,-- DM, ein 13. und 14. Monatsgehalt sowie eine Tantieme von mindestens 5 % des steuerlichen Gewinns. Unter dem 3. März 1980 vereinbarten die Parteien in einem schriftlichen Pensionsvertrag für den Kläger eine Altersversorgung. Ende 1979/Anfang 1980 hatte der Kläger Prokura erhalten.

Am 3. Oktober 1980 verstarb die Geschäftsführerin Regina D im 79. Lebensjahr. Sie hatte in einem notariellen Testament vom 30. November 1979 ihren Sohn Geno D zum alleinigen Vorerben eingesetzt, Testamentsvollstreckung angeordnet und unter anderem bestimmt, daß der Testamentsvollstrecker ihre Geschäftsanteile an der GmbH verwalten, somit auch das Stimmrecht ausüben und die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer herbeiführen solle, der nur aus wichtigem Grund abberufen werden dürfe. In Vollzug dieser Anordnung beschlossen der vom Nachlaßgericht zunächst ernannte Testamentsvollstrecker Dr. E und der Gesellschafter Geno D in der Gesellschafterversammlung vom 28. November 1980, den Kläger mit sofortiger Wirkung zum Geschäftsführer der Beklagten zu ernennen. Weitere Vereinbarungen wurden weder anlässlich dieser Bestellung zum Geschäftsführer noch später zwischen den Parteien getroffen.

In einer Gesellschafterversammlung vom 15. Juni 1981 widerriefen der zwischenzeitlich zum Testamentsvollstrecker bestellte Dipl.-Kaufmann St sowie der Gesellschafter Geno D -



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer und kündigten das mit dem Kläger "bestehende Anstellungsverhältnis" mündlich fristlos. Mit Schreiben ihrer damaligen Anwälte vom 16. Juni 1981 bestätigte die Beklagte die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und "die fristlose Kündigung (Ihres) Anstellungsvertrages". Sie erklärte weiter vorsorglich "die fristlose Kündigung in schriftlicher Form" sowie die Anfechtung des Pensionsvertrages und der Nachtragsvereinbarung vom 25. August 1980 und machte die Unwirksamkeit des Pensionsvertrages wegen Sittenwidrigkeit geltend.

Mit einer zum Landgericht Karlsruhe - Kammer für Handels-sachen - erhobenen Klage wandte sich der Kläger gegen diese Kündigungen sowie die Anfechtungserklärungen der Beklagten. Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit trug er vor, es handele sich vorliegend um einen Streit zwischen dem Vorsteher einer Handelsgesellschaft und der Handelsgesellschaft im Sinne des § 95 Ziff. 4 a GVG. Nicht die Wirksamkeit des Widerrufs der Geschäftsführerbestellung, sondern das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Grundlage für seine Geschäftsführerbestellung sei Gegenstand dieses Rechtsstreits. Sollte es sich nicht um einen Streit zwischen einer Handelsgesellschaft und ihrem Vorsteher handeln, dann wäre das Dienstverhältnis, dessen Fortbestand Streitgegenstand sei, ein Arbeitsverhältnis. Die Beklagte vertrat die Ansicht, für den Rechtsstreit sei das Arbeitsgericht zuständig, da der Kläger Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag und dem Pensionsvertrag geltend mache.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nach Verweisung des Rechtsstreits an die Zivilkammer desselben Landgerichts erklärte sich das Landgericht für unzuständig und verwies den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Karlsruhe. In dem dort fortgeführten Verfahren - 6 Ca 424/81 - trug die Beklagte vor, der Pensionsvertrag sowie der letzte Nachtrag zum Anstellungsvertrag seien sittenwidrig, weil der Kläger bei Abschluß beider Verträge die geschäftliche Unerfahrenheit der früheren Geschäftsführerin ausgenutzt habe und ihre, der Beklagten, Leistungen in einem auffallenden Mißverhältnis zu den Leistungen des Klägers für die Gesellschaft stünden. Die fristlose Kündigung begründete die Beklagte damit, daß der Kläger an sich eine überhöhte Tantieme für das Jahr 1979 ausbezahlt habe. Später stützte sie die Kündigungen auch darauf, daß der Kläger sich als völlig ungeeignet für die Aufgaben eines Geschäftsführers erwiesen habe.

Das Arbeitsgericht entsprach durch Urteil vom 28. Januar 1982 den Feststellungsanträgen des Klägers und entschied wie folgt:

1. Es wird festgestellt, daß der Anstellungsvertrag zwischen den Parteien vom 14.8.1978 mit den Nachtragsvereinbarungen vom 16.11.1979 und 25.8.1980 rechtswirksam ist und daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 16.6.1981 ausgesprochene Anfechtung nicht aufgelöst worden ist.
2. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auf der Grundlage des Anstellungsvertrages vom 14.8.1978 mit den Nachtragsvereinbarungen vom 16.11.1979 und 25.8.1980 weder durch die mündliche Kündigung vom 15.6.1981 noch durch die schriftliche Kündigung vom 16.6.1981



aufgelöst worden ist.

3. Es wird festgestellt, daß der Pensionsvertrag zwischen den Parteien vom 3.3.1980 rechtswirksam ist und nicht durch die mit Schreiben vom 16.6.1981 seitens der Beklagten erklärte Anfechtung aufgelöst worden ist.

Es verurteilte die Beklagte ferner, an den Kläger an Gehalt für die Zeit vom 1. Juni bis 31. Dezember 1981 47.250,-- DM brutto abzüglich 16.947,-- DM erhaltenen Arbeitslosengeldes zu zahlen, und wies eine von der Beklagten erhobene, auf Rückzahlung von Arbeitsentgelt in Höhe von 14.930,70 DM gerichtete Widerklage ab.

Mit ihrer gegen dieses Urteil eingelegten Berufung machte die Beklagte erstmals geltend, die fristlose Kündigung müsse zumindest in eine ordentliche umgedeutet werden. Das Landesarbeitsgericht wies durch rechtskräftiges Urteil vom 17. März 1983 - 7 Sa 50/82 - die Berufung der Beklagten zurück. Zur fristlosen Kündigung führte es unter anderem aus, ein wichtiger Grund hierfür habe nicht vorgelegen. Der Vortrag der Beklagten zur Eignung und den Fähigkeiten des Klägers sowie zur Personalführung sei unschlüssig oder verspätet. Der Kläger sei zwar zuletzt Geschäftsführer gewesen. Seine Bestellung hierzu beruhe jedoch nicht auf einem Dienstvertrag, sondern auf einem Arbeitsvertrag. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, weshalb es ihr unzumutbar sei, den Kläger in seiner ursprünglichen Stellung als Prokurist und Finanzbuchhalter zu belassen. Zur Umdeutung in eine ordentliche Kündigung fehle es an einem entsprechenden Vortrag der Beklagten.



Mit Schreiben vom 16. Mai 1983 teilte die Beklagte dem Kläger folgendes mit:

"... Wir halten die bisher von uns vertretene Auffassung über die Beendigung des Anstellungsvertrages mit Ihnen aufrecht. Dessen ungeachtet kündigen wir den Anstellungsvertrag mit Ihnen zum 30. Juni 1983. Bis dahin können Sie einen Ihnen eventuell zustehenden Resturlaub nehmen."

Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit der vorliegenden Klage. Er hat geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sie sei überdies rechtsunwirksam, weil ihm nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden könne. Dies ergebe sich aus der von der früheren Geschäftsführerin in ihrem Testament getroffenen Bestimmung, daß er als Geschäftsführer nur noch aus wichtigem Grund abberufen werden könne.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß die von der Beklagten mit Schreiben vom 16. Mai 1983 ausgesprochene Kündigung seines Anstellungsvertrages unwirksam ist und das Anstellungsverhältnis über den 30. Juni 1983 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat in erster Linie geltend gemacht, für die Entscheidung des Rechtsstreits seien die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei der Fortbestand des der Geschäftsführerbestellung zugrundeliegenden Anstellungsvertrages. Dieser sei ein freier Dienstvertrag und kein Arbeitsvertrag gewesen. Sie habe das nach den im Vorprozeß ergangenen Urteilen fortbestehende Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 16. Mai 1983



gekündigt. Dieser Vertrag sei die Grundlage für die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer gewesen. Zwischen den Parteien sei ein Anstellungsvertrag als Geschäftsführer konkludent dadurch zustande gekommen, daß der Kläger die Tätigkeit eines Geschäftsführers übernommen habe. Grundlage dieses Geschäftsführervertrages seien die bis dahin zwischen den Parteien abgeschlossenen, durch die Geschäftsführerbestellung modifizierten Verträge gewesen. Der Anstellungsvertrag sei ein freier Dienstvertrag, wenn der Geschäftsführer, wie vorliegend der Kläger, gegen Entgelt tätig gewesen sei. Die ordentliche Kündigung unterliege somit nicht dem KSchG und sei nach § 621 BGB fristgerecht erklärt worden. Der Kläger könne aus dem Testament der früheren Geschäftsführerin auch kein Recht herleiten, nur aus wichtigem Grund entlassen zu werden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Berufung hat die Beklagte vorsorglich vorgetragen, die Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt, weil sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei.

Der Kläger hat vorgetragen, es stehe rechtskräftig fest, daß das im Jahr 1978 begründete Beschäftigungsverhältnis zwischen den Parteien auch über den 15. Juni 1981 hinaus fortbestehe, weil die damals ausgesprochene fristlose Kündigung rechtsunwirksam sei. Im Zeitpunkt der Kündigung vom 16. Mai 1983 sei er nicht mehr Geschäftsführer gewesen. Sein Dienstverhältnis sei weder vor noch nach der Abberufung zum Geschäftsführer gelöst worden, so daß es nur als Arbeitsverhältnis fortbestanden haben könne. In



der Bestellung eines bisherigen Angestellten zum Geschäftsführer könne zwar möglicherweise zugleich eine konkludente Neubegründung des Anstellungsvertrages liegen mit dem Inhalt, nunmehr die Pflichten eines Geschäftsführers zu erfüllen. Diese Pflichten würden dann aber mit der Abberufung als Geschäftsführer auch konkludent einvernehmlich wieder aufgehoben. Von diesem Zeitpunkt an habe er sich wieder in der abhängigen Stellung eines Arbeitnehmers befunden. Der Versuch der Beklagten, dieses Vertragsverhältnis einseitig zu beenden, sei mißlungen. Im übrigen lägen auch keine Gründe für eine soziale Rechtfertigung der Kündigung vor.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen als unzulässig abgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger, das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Revision statthaft.

Nach § 73 Abs. 2 ArbGG kann die Revision allerdings nicht auf die unrichtige Annahme der örtlichen Zuständigkeit sowie



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



darauf, daß die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts begründet sei, gestützt werden. Danach ist die Revision insoweit aber nur ausgeschlossen, wenn das Berufungsgericht die örtliche oder sachliche Zuständigkeit bejaht hat. Hat es dagegen, wie vorliegend, eine dieser Zuständigkeiten verneint, so kann sie in der Revisionsinstanz noch geprüft werden. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich auch der erkennende Senat anschließt (BAG 32, 187 = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen; BAG 36, 274 = AP Nr. 1 zu § 48 ArbGG 1979; BAG 41, 328 = AP Nr. 1 zu § 73 ArbGG 1979). Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm lassen keine andere Auslegung zu. Dies hat insbesondere der Vierte Senat in dem Urteil BAG 36, 273 überzeugend begründet. Er hat sich hierbei auch mit der abweichenden Meinung von Grunsky (Anm. zu AP Nr. 2 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen sowie ArbGG, 4. Aufl., § 73 Rz 22 a) auseinandergesetzt, auf die sich die Beklagte vorwiegend beruft.

B. Die Revision ist auch begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, weil die Gerichte für Arbeitssachen für die Entscheidung des vorliegenden Falles sachlich zuständig sind und das Berufungsgericht nunmehr die Wirksamkeit der erneuten Kündigung der Beklagten vom 16. Mai 1983 nachprüfen muß.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger sei nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG als Geschäftsführer der Beklagten im Zeitpunkt der Kündigung vom 16. Mai 1983 nicht als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen gewesen. Es handele sich vorliegend um einen



Streit über die Wirksamkeit eines mit einem abberufenen Geschäftsführer einer GmbH abgeschlossenen freien Dienstvertrages. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Das frühere Arbeitsverhältnis des Klägers sei dadurch beendet worden, daß die Parteien - zumindest konkludent - einen Dienstvertrag abgeschlossen hätten, als der Kläger zum Geschäftsführer bestellt worden sei und diese Funktion ausgeübt habe. Ein Arbeitsverhältnis habe auch nicht neben seinem Dienstverhältnis als Geschäftsführer fortbestanden. Sein Aufgabenbereich könne nicht sinnvoll in eine Geschäftsführertätigkeit kraft Dienstvertrages und eine Arbeitnehmertätigkeit kraft Arbeitsvertrages aufgegliedert werden. Es handele sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis.

Mit seiner Abberufung als Geschäftsführer seien nur die organschaftlichen Befugnisse des Klägers als Geschäftsführer und gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft erloschen. Der der Geschäftsführerbestellung zugrundeliegende Dienstvertrag habe hiervon unabhängig beendet werden müssen. Seine Kündigung richte sich nach den Vorschriften des BGB.

Durch den Wegfall der Verpflichtung, als Geschäftsführer tätig zu sein, sei das Dienstverhältnis nicht automatisch wieder in ein Arbeitsverhältnis übergegangen. Ein Arbeitsverhältnis hätte vielmehr nur entstehen können, wenn die Parteien dies vereinbart hätten, die Beklagte eine Änderungskündigung erklärt oder den Kläger tatsächlich wieder wie einen Arbeitnehmer be-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schäftigt und damit durch schlüssiges Handeln zu ihrem Arbeitnehmer gemacht hätte. Keiner dieser Tatbestände sei jedoch im vorliegenden Fall erfüllt.

Das Vertragsverhältnis der Parteien sei somit auch nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer ein freies Dienstverhältnis geblieben. Bei der Frage, ob dieses durch die ordentliche Kündigung vom 16. Mai 1983 wirksam aufgelöst worden sei oder nicht, gehe es um die Nachwirkung der Organstellung des abberufenen Geschäftsführers. Der Streit um die Wirksamkeit der Kündigung unterliege somit der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

II. Diese Würdigung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts: Betrifft die Kündigung der Beklagten den Anstellungsvertrag, auf dem die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Beklagten beruht, so sind die Arbeitsgerichte für den vorliegenden Rechtsstreit sachlich nicht zuständig.

a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten als Arbeitnehmer nicht in Betrieben einer juristischen Person solche Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person berufen sind. Damit hat der Gesetzgeber keine eigenständige (negative) Regelung des Arbeitnehmerstatus getroffen. Viel-



mehr hat er durch eine negative Fiktion die bezeichneten Personengruppen ohne Rücksicht darauf, ob wegen der Besonderheiten des Einzelfalles das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis angesehen werden müßte, wegen ihrer organschaftlichen Stellung aus dem Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte herausgenommen (vgl. BAG 39, 16, 24 ff. = AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969, zu B II 3 a, aa und cc der Gründe; Senatsurteil vom 17. Januar 1985 - 2 AZR 96/84 - NZA 1986, 68, zu B I 2 b der Gründe).

Dieser Ausschluß der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen gilt auch dann, wenn der Organvertreter an sich wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 ArbGG anzusehen wäre. Die vom Landesarbeitsgericht Frankfurt am Main in dem Urteil vom 22. Februar 1984 - 10 Sa 748/83 - (Leitsatz veröffentlicht in ArbuR 1985, 133) vertretene Ansicht, der frühere Geschäftsführer sei nach seiner Abberufung für Rechtsstreitigkeiten aus seinem Anstellungsvertrag möglicherweise als arbeitnehmerähnliche Person i.S. des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG anzusehen, ist mit Wortlaut und Zweck der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung nicht zu vereinbaren. Der Gesetzgeber bestimmt zunächst in § 5 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ArbGG, welche Personengruppen im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes Arbeitnehmer sind (Satz 1) oder als Arbeitnehmer gelten (Satz 2). Auf diese positive Begriffsbestimmung folgt dann in Satz 3 die Umschreibung des Personenkreises, der ohne Einschränkung und ohne Rücksicht auf seinen Status im Einzelfall aus dem arbeitsgerichtlichen Zuständigkeitsbereich herausgenommen werden soll. Für die Annahme, daß



diese Fiktion nur für den in Satz 1 bezeichneten Kreis der Arbeitnehmer, nicht aber für den nach Satz 2 diesen Gleichgestellten gelten soll, fehlt jeder Anhaltspunkt.

b) Der Kläger war durch seine Bestellung zum Geschäftsführer durch den Beschluß der hierfür nach § 46 Nr. 5 GmbHG zuständigen Gesellschafter vom 28. November 1980 gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG zur Vertretung der Beklagten berufen. Von dieser durch den Organisationsakt der Bestellung begründeten Organstellung ist das schuldrechtliche Vertragsverhältnis zu unterscheiden, das Rechtsgrundlage für die Bestellung ist und als "Anstellungsvertrag" bezeichnet wird. Wird der Geschäftsführer gegen Entgelt tätig, so ist sein Anstellungsvertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 611, 675 BGB); bei Unentgeltlichkeit ist Auftrag (§§ 662 ff. BGB) anzunehmen (vgl. Hachenburg/Mertens, GmbHG, 7. Aufl., § 35 Rz 41 und 84). Ob im Falle der Entgeltlichkeit der Anstellungsvertrag (materiell-rechtlich) auch ein Arbeitsvertrag, der Geschäftsführer also Arbeitnehmer der Gesellschaft sein kann, ist umstritten (gegen die Möglichkeit einer Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich insbesondere BGH in st. Rechtspr.; vgl. Urteil vom 9. Februar 1978 - II ZR 189/76 - AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG und BGHZ 79, 291 = AP Nr. 14 zu § 622 BGB; ferner Hachenburg/Mertens, aaO, § 35 Rz 94; Hueck, ZFA 1985, 25, mit umfangreichen Nachweisen zu FN 4; a.M. Miller, BB 1977, 723 und ZIP 1981, 578, m.w.N. zu FN 7; Scholz/U.H. Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 35 Rz 130, 131, m.w.N.). Die einen Arbeitsvertrag ablehnende Meinung wird damit begründet, der Geschäftsführer nehme als Vertretungs-



organ der Gesellschaft Arbeitgeberfunktionen wahr. Dieser Streit ist jedoch für den Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ohne Bedeutung. Denn diese Vorschrift sieht auch die Geschäftsführer einer GmbH ohne Rücksicht auf die materiell-rechtliche Natur ihres Anstellungsvertrages nicht als Arbeitnehmer an und nimmt Streitigkeiten zwischen ihnen und der Gesellschaft von der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen aus (so auch Miller, aaO, unter III; Urteil vom 9. Februar 1978 - II ZR 189/76 -).

c) Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Bestellung des Geschäftsführers zu jeder Zeit widerruflich; nach Abs. 2 kann im Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit des Widerrufs für den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen. Auch wenn diese Ausnahmegvorschrift nicht eingreift, beendet der Widerruf der Bestellung nur die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers, nicht aber seinen Anstellungsvertrag (BGH, DB 1978, 481). Dieser kann einseitig von der Gesellschaft nur durch außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB sofort aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt, sonst durch ordentliche Kündigung, auf die die für Arbeitsverhältnisse geltende Vorschrift des § 622 Abs. 1 BGB zumindest dann entsprechend anzuwenden ist, wenn der Geschäftsführer, wie im vorliegenden Fall, nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist (BGHZ 79, 291 = AP Nr. 14 zu § 622 BGB).

d) Kündigt die Gesellschaft nach der Abberufung des Geschäftsführers den Anstellungsvertrag, der die Grundlage für die Geschäftsführerbestellung bildet, so sind auch für die Entscheidung



über die Wirksamkeit dieser Kündigung die Gerichte für Arbeits-
sachen sachlich nicht zuständig. Denn gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3
ArbGG gilt ein früherer Geschäftsführer auch dann nicht als Ar-
beitnehmer, wenn er nach seiner Abberufung Ansprüche aus dem mit
Rücksicht auf seine Bestellung zum Geschäftsführer abgeschlosse-
nen Anstellungsvertrag geltend macht. Dies gilt auch für die
Kündigung des der Organstellung zugrundeliegenden Anstellungs-
vertrages (vgl. BAG Urteil vom 27. Oktober 1960 - 5 AZR 578/59 -
AP Nr. 14 zu § 5 ArbGG 1953, zu II 4 a der Gründe; BAG 24, 383,
392 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu I 2 c der Gründe;
LAG Dortmund, ARS 31, L 39 ff.; LAG Bremen, BB 1965, 586; LAG
Düsseldorf, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 20; Hachen-
burg/ Mertens, aaO, § 35 Rz 208). Denn § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG
fingiert, daß der Organvertreter einer juristischen Person kein
Arbeitnehmer und sein der Organstellung zugrundeliegendes An-
stellungsverhältnis demgemäß kein Arbeitsverhältnis ist.

2. Die Kündigung der Beklagten vom 16. Mai 1983 betrifft je-
doch entgegen der Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht den
"Anstellungsvertrag", auf dem die Bestellung des Klägers zum Ge-
schäftsführer beruhte, sondern sein früheres Arbeitsverhältnis,
das während seiner Geschäftsführertätigkeit lediglich geruht,
aber rechtlich fortbestanden hatte und nach seiner Abberufung
wieder ohne besondere Vereinbarung auf seinen früheren Inhalt
zurückgeführt worden war. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die
Parteien hätten das ursprüngliche Arbeitsverhältnis mit der Be-
stellung des Klägers zum Geschäftsführer zumindest konkludent
aufgehoben und einen neuen Dienstvertrag geschlossen, wider-



spricht der sach- und interessengerechten Auslegung des wirklichen Willens der Parteien (§§ 133, 157 BGB) bei der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer.

a) Der Senat hat bereits in einer früheren Entscheidung (BAG 24, 383, 386 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu I der Gründe) angenommen, der Arbeitsvertrag des Angestellten einer Kommanditgesellschaft, der zum Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH bestellt werde, jedoch weiterhin Vertragspartner der Kommanditgesellschaft bleibe, werde nach der Abberufung als Geschäftsführer wieder auf seinen ursprünglichen Inhalt zurückgeführt, ohne daß hierfür eine vertragliche Abänderung durch die Parteien erforderlich wäre, selbst wenn er während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer wegen fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Kommanditgesellschaft gestanden hätte. Die Kommanditgesellschaft könne nach der Abberufung als Geschäftsführer wieder seine Dienste für sich in Anspruch nehmen. Kündige sie ihm erst nach der Abberufung als Geschäftsführer, so sei Gegenstand einer hiergegen erhobenen Klage der Fortbestand des wieder auf seinen ursprünglichen Inhalt zurückgeführten früheren Arbeitsverhältnisses; der Angestellte mache in einem solchen Fall keine Rechte aus einem nachwirkenden Anstellungsvertrag als Geschäftsführer geltend.

b) Der damals entschiedene Fall war allerdings durch die Besonderheit gekennzeichnet, daß Vertragspartner des zum Geschäftsführer der GmbH bestellten Angestellten nicht diese Gesellschaft, sondern ein Dritter, nämlich die Kommanditgesell-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



schaft gewesen ist und dieses Vertragsverhältnis auch während der Geschäftsführertätigkeit fortbestanden hat. Im vorliegenden Fall stand der Kläger dagegen von Anfang an ausschließlich in einem Vertragsverhältnis zu der beklagten GmbH, zu deren Geschäftsführer er später bestellt wurde. Die Begründung des Urteils vom 17. August 1982 (aa0) enthält jedoch gleichwohl die richtigen Ansätze auch für die Lösung des vorliegenden Problems.

Die Identität von Vertragspartner und Vertretungsorgan der GmbH schließt nämlich nicht aus, daß auch ein ursprüngliches Arbeitsverhältnis mit der GmbH nach der Bestellung zum Geschäftsführer im Zustand des Ruhens der beiderseitigen Rechte und Pflichten fortbesteht und nach der Abberufung wieder auf seinen ursprünglichen Zustand zurückgeführt wird. Sind der Partner des ursprünglichen Arbeitsvertrages (Kommanditgesellschaft) und die juristische Person, zu dessen Organvertreter der Angestellte bestellt wird (Komplementär-GmbH) verschiedene Rechtssubjekte, so hat dies lediglich zur Folge, daß die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für einen Rechtsstreit zwischen der Kommanditgesellschaft und dem GmbH-Geschäftsführer nicht bereits durch § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen ist, weil diese Vorschrift nur für Streitigkeiten zwischen juristischen Personen und ihren unmittelbaren Organvertretern gilt (BAG Urteil vom 10. Juli 1980 - 3 AZR 68/79 - AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG 1979; Senatsurteil BAG 39, 16, 20 = AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969, zu A der Gründe). Ob dagegen zwischen derselben juristischen Person ein Dienstverhältnis mit der darauf beruhenden Organstellung und daneben das ursprüngliche Arbeitsverhältnis im Zustand des Ruhens

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

besteht, hängt von dem Willen der Parteien ab. Rechtlich möglich ist eine solche Gestaltung ebenso wie das Bestehen eines aktiven Arbeitsverhältnisses und eines organschaftlichen Vertretungsverhältnisses zu derselben juristischen Person, sofern eine eindeutig begrenzbare Doppelstellung als Arbeitnehmer und Organvertreter besteht (vgl. dazu BAG Urteil vom 27. Oktober 1960 - 5 AZR 578/79 - AP Nr. 14 zu § 5 ArbGG 1953, zu II der Gründe).

c) Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt, daß die Parteien mit der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer das bisherige Arbeitsverhältnis nicht aufgehoben und ein neues Dienstverhältnis begründet haben. Der Senat kann dies abschließend feststellen, da die für die Auslegung wesentlichen Umstände feststehen.

aa) Das Berufungsgericht hat sich für seine Ansicht unter anderem auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. November 1979 (- 8 Sa 485/79 - EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 20) berufen. Dort wird die Ansicht vertreten, aus dem beruflichen Aufstieg eines Angestellten zum Organvertreter sei zu folgern, daß mit der Berufung in diese Stellung durch konkludentes Verhalten das frühere Arbeitsverhältnis in ein Dienstverhältnis übergeführt werde. Wollten die Parteien das bisherige Arbeitsverhältnis neben dem Geschäftsführervertrag fortbestehen lassen - es müßte dann ruhen -, bedürfe es hierfür einer besonderen Parteivereinbarung. Solche Fälle seien wohl nur denkbar, wenn einer der Vertragspartner ein besonderes Interesse an einer solchen Gestaltung habe. Das Landesarbeitsgericht hat in



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

dem dortigen Fall ein Interesse des Angestellten am Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Begründung verneint, er sei in die Geschäftsleitung des Unternehmens aufgestiegen und habe durch die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses auch keine wirtschaftlichen Nachteile erlitten, weil sein Vertragspartner derselbe geblieben sei. Da die Parteien, von den Bezügen abgesehen, keine besonderen Vereinbarungen getroffen hätten, habe sich auch hinsichtlich der Kündigungsfrist kein Rechtsnachteil für den Angestellten ergeben. Denn in einem solchen Fall sei anzunehmen, daß die Parteien die Kündigungsfrist aus dem früheren Vertrag mitübernehmen.

bb) Diese Würdigung wird der typischen Interessenlage in den Fällen, in denen - wie vorliegend - ein bisher als gehobener oder leitender Angestellter beschäftigter Arbeitnehmer ohne jede Änderung seiner bisherigen Arbeitsbedingungen im übrigen zum Vertretungsorgan einer juristischen Person berufen wird, nicht gerecht. Fehlt es in solchen Fällen an einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung, so ist vielmehr im Zweifel anzunehmen, daß der Arbeitnehmer mit der Bestellung zum Vertretungsorgan nicht endgültig den bisher erworbenen Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses aufgeben wollte, ohne dafür einen finanziellen Ausgleich durch eine höhere Vergütung zu erhalten. In dem Verlust des gesetzlichen Kündigungsschutzes liegt ein schwerwiegender Rechtsnachteil, der allein durch die Bestellung zum Vertretungsorgan nicht aufgehoben wird, da diese Bestellung jederzeit widerrufen werden kann und mit der Kündigung des ihr zugrundeliegenden Dienstverhältnisses unter Einhaltung der für das frühere

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist die Rechtsbeziehungen zu der Gesellschaft ohne Entschädigung beendet werden können. Diese Auswirkungen läßt das angefochtene Urteil zu Unrecht völlig unberücksichtigt, indem es ohne eigene Begründung davon ausgeht, die Parteien hätten den Arbeitsvertrag konkludent in einen Dienstvertrag umgewandelt. Die Bezugnahme auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. November 1979 (aaO) ist schon deswegen nicht ausreichend, weil diese Parteien damals die Berufung zum Geschäftsführer zum Anlaß genommen hatten, für die Vergütung des Geschäftsführers eine besondere Vereinbarung zu schließen. Dieser Umstand - insbesondere ein "Risikoausgleich" für den erheblich geminderten Bestandsschutz - kann auch nach der Auffassung des Senats durchaus ein Anhaltspunkt für den Willen der Parteien sein, die Vertragsbedingungen künftig vorbehaltlos auf eine neue Grundlage zu stellen und den bisherigen Arbeitsvertrag endgültig abzulösen.

Bleiben hingegen nach der Bestellung zum Vertretungsorgan die Bedingungen des bisherigen Arbeitsvertrages unverändert, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Arbeitnehmer nicht in die Aufhebung seines Arbeitsverhältnisses und den damit verbundenen Verlust des Bestandsschutzes des Vertragsverhältnisses mit seinem bisherigen Arbeitgeber einwilligen will. Der Arbeitnehmer hat dann nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig das vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf (aaO) verlangte "besondere Interesse" daran, ein suspendiertes Arbeitsverhältnis fortbestehen zu lassen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3. Die vorstehend dargelegten Grundsätze führen im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß das frühere Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer als ruhendes fortbestand und nach seiner Abberufung wieder auf seinen ursprünglichen Inhalt zurückgeführt wurde und im Zeitpunkt der streitigen Kündigung fortbestanden hat.

a) Eine ausdrückliche Vereinbarung, daß das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben und an seiner Stelle ein neuer Dienstvertrag abgeschlossen werden sollte, haben die Parteien nicht getroffen. Da die Vertragsbedingungen nach der Bestellung zum Geschäftsführer unverändert blieben, ist auch keine konkludente Vereinbarung dieses Inhalts anzunehmen.

b) Dieses nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer wieder auf seinen ursprünglichen Inhalt zurückgeführte Arbeitsverhältnis hat im Zeitpunkt der Kündigung vom 16. Mai 1983 fortbestanden.

Der Kläger hatte im Vorprozeß in bezug auf die fristlosen Kündigungen der Beklagten den Klageantrag nach §§ 4, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG gestellt. Wird dieser Klage, wie im Vorprozeß geschehen, rechtskräftig stattgegeben, so steht jedenfalls fest, daß zwischen den Parteien bei Ausspruch der Kündigungen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat und dieses durch die angegriffenen Kündigungen nicht aufgelöst worden ist (vgl. Senatsurteil vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 - AP Nr. 50 zu § 256 ZPO, zu II 1 a der Gründe, m. w. N.; Senatsurteil vom 24. Januar 1985



- 2 AZR 36/84 - n. v., zu B II 1 b der Gründe). Die umstrittene Frage, ob im Falle einer ordentlichen Kündigung darüber hinaus auch rechtskräftig festgestellt wird, daß das Arbeitsverhältnis bis zum Kündigungstermin fortbesteht (so BAG Urteil vom 12. Januar 1977 - 5 AZR 593/75 - AP Nr. 3 zu § 4 KSchG 1969 mit ablehnender Anm. von Grunsky) kann hier unbeantwortet bleiben. Gegenstand des Vorprozesses waren fristlose Kündigungen, bei denen Zugang und gewollter Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses zusammenfallen. Die Beklagte hat nicht behauptet, daß das Arbeitsverhältnis nach Zugang der fristlosen Kündigungen, jedoch vor dem Ausspruch der erneuten Kündigung vom 16. Mai 1983, aus einem anderen Grund beendet oder zumindest in ein freies Dienstverhältnis umgewandelt worden sei. Es ist ferner für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit seinem ursprünglichen Inhalt wie auch für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers unerheblich, daß der Kläger nach den fristlosen Kündigungen vom Juni 1981 nicht mehr in den Betrieb eingegliedert worden ist und Arbeitsleitungen erbracht hat (vgl. BAG 24, 383, 391).

c) Im Zeitpunkt der erneuten Kündigung der Beklagten bestand somit zwischen den Parteien lediglich das Arbeitsverhältnis mit seinem ursprünglichen Inhalt, das nicht die Grundlage für die zeitweise Stellung des Klägers als Geschäftsführer darstellt. Er macht deswegen mit der gegen diese Kündigung erhobenen Klage keine Rechte aus einem nachwirkenden Anstellungsvertrag als Geschäftsführer geltend. Auf den vorliegenden Fall kann nicht der Grundsatz angewendet werden, daß ein früherer Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 GmbHG auch dann nicht als



Arbeitnehmer gilt, wenn er nach seiner Abberufung Ansprüche aus dem mit Rücksicht auf seine Bestellung zum Geschäftsführer abgeschlossenen Anstellungsvertrag geltend macht (BAG 24, 383, 392).

C. Da die Gerichte für Arbeitssachen für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits sachlich zuständig sind, muß das Berufungsgericht nunmehr unter Berücksichtigung des § 1 KSchG die Wirksamkeit der mit der Klage angegriffenen Kündigung der Beklagten nachprüfen. Zu diesem Zweck ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Triebfürst

Wellhausen

Nipperdey



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)