

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 21. September 2017  
- 2 AZR 865/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:210917.U.2AZR865.16.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Teilurteil vom 12. August 2015  
- 56 Ca 4123/14 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 25. August 2016  
- 21 Sa 1493/15, 21 Sa 575/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Organstellung

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 865/16

21 Sa 1493/15, 21 Sa 575/16

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
21. September 2017

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Anschlussberufungsbeklagter und  
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen

Richter Prof. Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 25. August 2016 - 21 Sa 1493/15, 21 Sa 575/16 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war seit April 1996 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als „Executive Director“ auf der Grundlage eines Vertrags vom 26. November 2012. Er war seit Januar 2011 zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt. 2
- Die Beklagte betreibt Unternehmensberatung und beschäftigt in Deutschland etwa 3.000 Arbeitnehmer. Sie hatte neben dem Kläger 98 weitere Geschäftsführer bestellt. Diese waren, abhängig von ihrem konkreten Verantwortungs- und Tätigkeitsbereich, einem „Career Level“ von 3 bis 1 zugeordnet, der Kläger dem Level 3. Die Beklagte hat in einer Unterzeichnungsrichtlinie näher bestimmt, welche Vertretungsbefugnisse im Innenverhältnis mit der Position eines Geschäftsführers verbunden sind. 3
- Der Kläger bezog zuletzt Vergütung in Höhe von etwa 370.000,00 Euro brutto jährlich. Anlässlich seiner Beförderung auf Level 3 hatte er zum 1. Dezember 2010 Aktienrechte im Wert von 525.000,00 US-Dollar erhalten, über die er nach einem Zuteilungsplan verfügen konnte. Danach sollten in den ersten vier Jahren jeweils 3 vH, im fünften Jahr 73 vH und im sechsten und 4

siebten Jahr jeweils 7,5 vH der Aktienrechte zugeteilt und damit unverfallbar werden.

Die Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 25. Februar 2014 zum 31. August 2014. 5

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit der vorliegenden Klage gewandt und geltend gemacht, sie sei sozial ungerechtfertigt. Er sei auch nach seiner lediglich formalen Bestellung zum Geschäftsführer weiter als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Das Kündigungsschutzgesetz finde jedenfalls nach den Grundsätzen des individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauchs Anwendung. 6

Der Kläger hat mit Schreiben vom 27. August 2014 sein Amt als Geschäftsführer der Beklagten mit sofortiger Wirkung niedergelegt und - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 7

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 2014 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Anstellungsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. 8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende arbeitsgerichtliche Urteil zu Recht zurückgewiesen. Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet. Die Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 2014 ist nicht gem. § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam (*/.*). Ungeachtet der Frage, ob der Kläger sich rechtzeitig gem. 10

§ 6 Satz 1 KSchG darauf berufen hätte, verstößt sie auch nicht gegen Treu und Glauben iSv. § 242 BGB (II.).

I. Die Kündigung der Beklagten bedurfte gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht der sozialen Rechtfertigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG. 11

1. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält eine negative Fiktion (*BAG 23. Februar 2017 - 6 AZR 665/15 - Rn. 34; 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 100, 182*). Danach gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die organ-schaftliche Stellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht (*BAG 23. Februar 2017 - 6 AZR 665/15 - aaO; 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 22*). Das war hier der Fall. Der Kläger war im Zeitpunkt der Kündigung zum Geschäftsführer der Beklagten, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), bestellt und damit zu deren gesetzlicher Vertretung berufen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Rechtsmängel bei der Bestellung sind weder behauptet noch objektiv ersichtlich. 12

a) Für die Beurteilung der Kündigung ist es unerheblich, dass der Kläger sein Amt als Geschäftsführer nach deren Zugang niedergelegt hat. 13

aa) Umstände, die objektiv erst nach Zugang der Kündigung eingetreten sind, können für die gerichtliche Beurteilung ihrer Wirksamkeit ausnahmsweise dann von Bedeutung sein, wenn sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen (*zur Verdachtskündigung: BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 22, BAGE 149, 367; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 53, BAGE 134, 349*). Daran fehlt es bezogen auf die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG im Falle der nachträglichen Abberufung oder Amtsniederlegung. Ein späterer Wegfall der Organstellung ändert nichts daran, dass dieser gesellschaftsrechtliche Status im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestanden hat. 14

- bb) Aus der Rechtsprechung zu § 23 Abs. 1 KSchG lässt sich entgegen der Ansicht des Klägers nichts anderes ableiten. Obwohl es für die Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 KSchG nicht auf die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten im Zeitpunkt des Kündigungszugangs ankommt (*BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 24, BAGE 144, 222; 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - zu B I 1 der Gründe*), sind für die maßgebliche Anzahl der „in der Regel“ Beschäftigten iSd. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entscheidend (*BAG 17. Februar 2016 - 2 AZR 613/14 - Rn. 26; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 21, BAGE 149, 367*). 15
- cc) Der Umstand, dass für die Rechtswegzuständigkeit - und damit auch für das Eingreifen der negativen Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG - alle bis zur letzten Verhandlung in der Tatsacheninstanz eintretenden Umstände, welche eine zunächst bestehende Unzulässigkeit des Rechtswegs beseitigen, zu berücksichtigen sind, wenn nicht zuvor ein rechtskräftiger Verweisungsbeschluss ergangen ist (*BAG 3. Dezember 2014 - 10 AZB 98/14 - Rn. 22*), ist auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht übertragbar. Die Eröffnung des Rechtswegs aufgrund von bis zur letzten Verhandlung in der Tatsacheninstanz zu berücksichtigenden Umständen dient vor allem der Prozessökonomie und soll vermeiden, dass ein Rechtsstreit in einen anderen Rechtsweg verwiesen wird, selbst wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet ist (*BAG 3. Dezember 2014 - 10 AZB 98/14 - aaO*). Solche verfahrensökonomischen Erwägungen sind für die rechtliche Beurteilung, ob nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts für eine zu einem früheren Zeitpunkt erklärte Kündigung ausgeschlossen ist, ohne Bedeutung. 16
- b) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Satz 1 KSchG auch dann eingreift, wenn die Organstellung bereits vor Zugang der Kündigung geendet hat. Nach dem Gesetzeswortlaut erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sich die Fiktion uneingeschränkt auf 17

dasjenige Anstellungsverhältnis bezieht, das schuldrechtliche Grundlage für die Organstellung ist oder ggf. auch war, solange es um die Kündigung allein dieses Vertragsverhältnisses geht. Darauf wäre es dann ggf. ohne Einfluss, wenn das Organmitglied sein Amt selbst durch Niederlegung aufgegeben hat oder wenn ihm die Kündigung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses erst nach dem Widerruf seiner Bestellung durch die Gesellschaft zugeht.

2. Die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kommt auch und gerade dann zum Tragen, wenn das der Organstellung zugrunde liegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre (*BAG 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 22; 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 100, 182*). Es kann daher offenbleiben, ob es sich bei dem der Organstellung des Klägers zugrunde liegenden Vertragsverhältnis in der Sache um ein Arbeitsverhältnis handelte. 18

a) Anderenfalls wäre § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bedeutungslos. Der Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen gilt nach § 1 Abs. 1 KSchG ohnehin nur für Arbeitnehmer. Insofern hat § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG lediglich klarstellende Bedeutung (*BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 100, 182*). Der Gesetzgeber hat den Ausschlussstatbestand jedoch darüber hinaus als negative Fiktion gefasst. Die in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bezeichneten Organvertreter sollen ohne Rücksicht darauf, ob angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis angesehen werden muss, allein aufgrund ihrer organschaftlichen Stellung aus dem Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes herausgenommen sein (*BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - aaO*). 19

b) Ein anderes Verständnis ist nicht deshalb geboten, weil im Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG oder der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG auch Organmitglieder als Arbeitnehmer anzusehen sein können (*EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 44, 47; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 51, Slg. 2010, I-11405*). Dies betrifft 20

nicht ihre Ausnahme vom allgemeinen Kündigungsschutz nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG (*ebenso LSW/Wertheimer 10. Aufl. § 14 KSchG Rn. 1*). Der im ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes geregelte Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.

aa) Etwas anderes folgt nicht aus Art. 30 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta). Die Charta gilt nach ihrem Art. 51 Abs. 1 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte finden zwar in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, nicht aber außerhalb derselben Anwendung (*EuGH 5. Februar 2015 - C-117/14 - [Nisttahuz Poclava] Rn. 28, 29; 10. Juli 2014 - C-198/13 - [Julian Hernández ua.] Rn. 32*). Sie sind im Verhältnis zu einer nationalen Regelung unanwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine bestimmten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren zu beurteilenden Sachverhalt schaffen (*EuGH 10. Juli 2014 - C-198/13 - [Julian Hernández ua.] Rn. 35; 6. März 2014 - C-206/13 - [Siragusa] Rn. 26*). Eine nationale Maßnahme betrifft die Durchführung des Rechts der Union iSv. Art. 51 Abs. 1 der Charta, wenn mit ihr die Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird oder wenn es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für den fraglichen Bereich spezifisch ist bzw. ihn beeinflussen kann (*EuGH 10. Juli 2014 - C-198/13 - [Julian Hernández ua.] Rn. 37; BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 103, BAGE 156, 213*).

bb) Die Vorschriften des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes dienen nicht der - auch nicht der überschießenden - Durchführung von Unionsrecht (*KR/Rost 11. Aufl. § 14 KSchG Rn. 7*). Es besteht keine unionsrechtliche Regelung, die den Bereich des allgemeinen Schutzes vor der Beendigung von Arbeitsverhältnissen außerhalb der durch Richtlinien geregelten Bereiche wie Massenentlassung, Betriebsübergang (*Richtlinie 2001/23/EG*), Mutterschutz



oder Schutz vor Diskriminierung iSd. Richtlinie 2000/78/EG zum Gegenstand hat (vgl. *Klasen BB 2013, 1849, 1852*).

cc) Eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es nicht. Der Gerichtshof der Europäischen Union kann eine nationale Rechtsvorschrift nicht im Hinblick auf die Charta beurteilen, wenn sie nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt (*EuGH 26. Februar 2013 - C-617/10 - [Åkerberg Fransson] Rn. 19*). 23

3. An seiner Stellung als Organmitglied iSd. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ändert es nichts, wenn der Geschäftsführer einer GmbH durch arbeits- oder gesellschaftsrechtliche Weisungen Beschränkungen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis iSd. § 37 Abs. 1 GmbHG unterworfen ist. Solche Beschränkungen im Innenverhältnis sind gem. § 37 Abs. 2 GmbHG für die gesetzliche Vertretung im Außenverhältnis ohne rechtliche Wirkung. 24

a) Die Organstellung des Geschäftsführers einer GmbH, der im Innenverhältnis Beschränkungen iSd. § 37 Abs. 1 GmbHG unterliegt, erschöpft sich entgegen der Auffassung des Klägers nicht in einer „rein formalen“ Außenvertretungsbefugnis. Die gesetzliche Vertretungsmacht nach außen ist vielmehr gem. § 37 Abs. 2 GmbHG nicht beschränkbar. Die GmbH hat gegenüber Dritten selbst dann für sein Handeln einzustehen, wenn der Geschäftsführer gegen die internen Beschränkungen verstößt. Dem trägt die in § 38 Abs. 1 GmbHG geregelte Möglichkeit der Gesellschaft Rechnung, die Bestellung zum Geschäftsführer - vorbehaltlich etwaiger Entschädigungsansprüche (§ 38 Abs. 1 Halbs. 2 GmbHG) - zumindest für die Zukunft jederzeit zu widerrufen. Dies gewährleistet der Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung eine weitgehende Organisationsfreiheit (*BGH 28. Oktober 2002 - II ZR 146/02 - Rn. 10*). 25

b) Unerheblich ist, ob die internen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Verhältnis zur GmbH gegen das gesetzliche Leitbild der §§ 35, 37 GmbHG verstießen. Sind Weisungen der Gesellschaft oder vertraglich vereinbarte Einschränkungen der Vertretungsbefugnis unzulässig, ist 26

der Geschäftsführer ggf. nicht verpflichtet, sie zu beachten. Seine Organstellung würde dadurch nicht berührt. Die Gesellschaft könnte anderenfalls durch unzulässige Weisungen seine Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis im Widerspruch zu § 35 Abs. 1, § 37 Abs. 2 GmbHG beschränken.

c) Entgegen der Ansicht des Klägers folgt nicht schon aus der Überschrift des § 14 KSchG, dass Organvertreter iSd. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auch eine leitende Stellung im Innenverhältnis haben müssten. „Angestellte in leitender Stellung“ iSd. § 14 KSchG sind vielmehr alle Angehörigen der in Abs. 1 und Abs. 2 der Regelung näher bestimmten Personengruppen. Geschäftsführer einer GmbH fallen aufgrund ihrer Organstellung unter § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Geschäftsführer iSd. § 14 Abs. 2 KSchG sind Arbeitnehmer, die Leitungsfunktionen im Unternehmen wahrnehmen, jedoch nicht zur gesetzlichen Vertretung iSd. § 14 Abs. 1 KSchG berufen sind (*Rambach in Thüsing/Laux/Lembke KSchG 3. Aufl. § 14 Rn. 22*). 27

4. Der Ausschluss der Organvertreter vom allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ohne Rücksicht auf eine etwaige Arbeitnehmerstellung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG. 28

a) Dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes steht das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Er übt damit regelmäßig seine Berufsfreiheit iSv. Art. 12 Abs. 1 GG, jedenfalls aber seine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus, die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist (*BVerfG 15. Januar 2015 - 1 BvR 2796/13 - Rn. 8; 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 a der Gründe, BVerfGE 97, 169*). Dabei sind auch inländische juristische Personen Träger des Grundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG iVm. Art. 19 Abs. 3 GG (*BVerfG 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11 -, - 1 BvR 321/12 -, - 1 BvR 1456/12 - Rn. 182, BVerfGE 143, 246; 10. Mai 2016 - 1 BvR 2871/13 - Rn. 5*). Dem Gesetzgeber, der diese Inte- 29

ressen zu einem gerechten Ausgleich bringen will, ist ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kann nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - aaO*). Dies ist mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht der Fall.

b) 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 (*BGH 11. Oktober 2010 - II ZR 266/08 - Rn. 10*). Das gilt namentlich dann, wenn ein Organvertreter im Außenverhältnis nach § 35 Abs. 1, § 37 Abs. 2 GmbHG mit so weitreichenden und unbeschränkbar Befugnissen ausgestattet ist wie ein GmbH-Geschäftsführer. Fehlt aber das für eine Beibehaltung der Organstellung notwendige Vertrauen, entfällt regelmäßig auch die Basis für eine Fortsetzung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses. Da dieses von dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis zu trennen ist, endet die Vertragsbeziehung nicht automatisch mit der Abberufung (*BGH 11. Oktober 2010 - II ZR 266/08 - Rn. 7; 10. Mai 2010 - II ZR 70/09 - Rn. 9*). Die Herausnahme der Organvertreter aus dem allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ermöglicht 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 iSd. § 1 Abs. 2 KSchG zu kündigen. 30

c) Die Herausnahme aus dem allgemeinen Kündigungsschutz stellt die Arbeitnehmer-Geschäftsführer andererseits nicht gänzlich schutzlos. Sie sind durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts geschützt. Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten. Der verfas- 31

sungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition ist damit gewährleistet (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b cc der Gründe, BVerfGE 97, 169*). Der Ausschluss des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes berührt auch nicht die an anderer Stelle, wie zB in § 612a BGB, vorgesehenen Kündigungsbeschränkungen. Das gilt insbesondere in Bereichen, die durch Unionsrecht geregelt sind, wie etwa gem. § 17 KSchG, § 9 MuSchG, § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 7 Abs. 1 AGG iVm. § 134 BGB.

5. Die unterschiedliche Behandlung von leitenden Angestellten und Mitgliedern gesetzlicher Vertretungsorgane in § 14 KSchG verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. 32

a) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (*BVerfG 31. Oktober 2016 - 1 BvR 871/13 -, - 1 BvR 1833/13 - Rn. 38*). Eine ungleiche Behandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist mit Art. 3 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (*BVerfG 30. Mai 1990 - 1 BvL 2/83 - zu C I 1 der Gründe, BVerfGE 82, 126; BAG 16. Januar 1992 - 2 AZR 657/87 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 69, 242*). 33

b) Der Sachgrund für die Herausnahme der Organvertreter aus dem allgemeinen Kündigungsschutz liegt in der mit ihrem Amt verbundenen Rechtsstellung. Durch die gesetzlichen und nach außen nicht beschränkbaeren Vertretungsbefugnisse unterscheidet sich der Geschäftsführer einer GmbH grundlegend von anderen leitenden oder nichtleitenden Arbeitnehmern. Dem stehen die nach § 38 Abs. 2 GmbHG eröffnete Möglichkeit, das Recht der jederzeitigen Abberufung bis zur Grenze wichtiger Gründe durch Gesellschaftsvertrag einzuschränken, sowie die Zulässigkeit einer Vereinbarung über die Anwendung des 34

Kündigungsschutzgesetzes im Geschäftsführeranstellungsverhältnis (*dazu BGH 10. Mai 2010 - II ZR 70/09 - Rn. 9 f.*) nicht entgegen. Die Eröffnung vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten ist nicht gleichbedeutend mit unabdingbaren gesetzlichen Schutzvorschriften.

6. Die Beklagte beruft sich nicht treuwidrig (§ 242 BGB) auf die Organstellung des Klägers im Zeitpunkt der Kündigung. Seine Bestellung zum Geschäftsführer war weder individuell noch institutionell rechtsmissbräuchlich. 35

a) Es ist mit Treu und Glauben iSv. § 242 BGB nicht vereinbar, eine unredlich erworbene Rechtsposition oder eine formale Rechtsposition im Widerspruch zu den zugrunde liegenden vertraglichen Beziehungen auszunutzen (*Jauernig/Mansel BGB 16. Aufl. § 242 Rn. 42, 45 aE*). Eine Bestellung zum Geschäftsführer kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie allein mit dem Ziel erfolgt, diesen alsbald entlassen zu können (*vHH/L/v. Hoyningen-Huene 15. Aufl. § 14 Rn. 11*). 36

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger nur deshalb zum Geschäftsführer bestellt worden sei, um ihn vom allgemeinen Kündigungsschutz auszuschließen. Es ist weder ein zeitlicher noch ein sachlicher Zusammenhang der Bestellung am 18. Januar 2011 mit der Kündigung vom 25. Februar 2014 zu erkennen. Gegen eine Treuwidrigkeit der Bestellung spricht auch, dass sich mit ihr die übrigen Anstellungsbedingungen deutlich geändert hatten. So war die Beförderung auf Level 3 mit einer erheblichen Steigerung seiner Vergütung nebst Einräumung von Aktienrechten verbunden. Mit der Unterzeichnung des Geschäftsführeranstellungsvertrags waren dem Kläger nach der sog. Signing Policy auch weiter gehende Zeichnungsberechtigungen als in seiner bisherigen Position als Generalbevollmächtigter eingeräumt. 37

c) Der Umstand, dass die Beklagte den Kläger nicht bereits mit Erklärung der Kündigung als Geschäftsführer abberufen hat, ist kein Indiz für eine ursprünglich rechtsmissbräuchliche Bestellung. 38

- d) Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ergibt sich nicht daraus, dass sie Rahmenbedingungen geschaffen hätte, aufgrund derer der Kläger keine andere Wahl gehabt hätte, als seiner Bestellung zum Geschäftsführer zuzustimmen. Eine GmbH hat es nicht etwa allein in der Hand, einen Arbeitnehmer gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG vom allgemeinen Kündigungsschutz auszuschließen, indem sie ihn zum Geschäftsführer bestellt. Eine wirksame Bestellung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG bedarf der Annahme durch den Bestellten. Die organschaftlichen Pflichten des GmbH-Geschäftsführers können daher nicht ohne sein Einverständnis begründet werden (*Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG 19. Aufl. § 6 Rn. 42; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand GmbHG 2. Aufl. § 46 Rn. 56; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer 6. Aufl. § 46 Rn. 31*). 39
- e) Soweit der Kläger behauptet hat, bei der Beklagten gelte ein „up or out“-Prinzip, hat das Landesarbeitsgericht Sachvortrag dazu vermisst, aufgrund welcher konkreten Umstände er sich nur entweder zum Geschäftsführer bestellen lassen konnte oder das Unternehmen habe verlassen müssen. Dies lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. Die erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch. 40
- aa) Soweit der Kläger geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe ihm einen Hinweis erteilen müssen, dass sein Vorbringen nicht ausreiche, hat er nicht dargelegt, welchen entscheidungserheblichen ergänzenden Sachvortrag er daraufhin gehalten hätte. Seine Behauptung, es seien zahlreiche Mitarbeiter des Level 4, die nicht auf Level 3 befördert worden seien, gedrängt worden, das Unternehmen zu verlassen, rechtfertigte kein anderes Ergebnis. Der Kläger legt nicht dar, dass und auf welche Weise auf die von ihm benannten drei Personen vom Unternehmen eingewirkt worden sei, weil sie eine Bestellung zum Geschäftsführer abgelehnt hätten. Ebenfalls lässt er Vorbringen vermissen, wonach ihm persönlich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Fall angedroht worden sei, dass er sich nicht zum Geschäftsführer bestellen lasse. 41

- bb) Zur Rüge, das Landesarbeitsgericht habe Vortrag im Schriftsatz vom 16. Juni 2016 nicht beachtet und die dort angebotenen Beweise nicht erhoben, ist nicht dargelegt, welchen konkreten entscheidungserheblichen Sachvortrag - nebst Beweisantritt - es insofern übergangen habe. Dies ist auch objektiv nicht ersichtlich. Der Kläger hat in diesem Schriftsatz erneut lediglich behauptet, Mitarbeitern, die nicht den Sprung zum nächsten Level schafften, werde eine Trennung nahegelegt. Soweit darin weiter ausgeführt ist, unterhalb des Level 4 habe es keine „landing position“ gegeben, das heiße eine Position, auf der man bis zum Erreichen des Rentenalters habe verweilen können, ist dies für den Streitfall schon deshalb ohne Belang, weil der Kläger sich vor seiner Beförderung zum Managing Director zum 1. Dezember 2010 bereits auf Level 4 und danach auf Level 3 befunden hat. Soweit er vorgetragen hat, die Gehaltssteigerung sei beendet gewesen, wenn eine Beförderung nicht in dem geplanten Zeitrahmen erfolgte, lässt dies kein unredliches Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer erkennen. 42
- f) Zu seinem Einwand, die Beklagte täusche den Geschäftsführern zum Zeitpunkt der Bestellung vor, der Verlust des Kündigungsschutzes werde durch die Gewährung von Aktien vollständig kompensiert, zeigt der Kläger zum einen nicht auf, dass er einen entsprechenden Vortrag bereits in den Vorinstanzen gehalten hat. Zum anderen ist sein Vorbringen auch insoweit un schlüssig. Es wird insbesondere nicht dargelegt, worin im Einzelnen die Täuschungshandlung bestehen soll. 43
- g) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es liege auch kein institutioneller Rechtsmissbrauch vor, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung ebenfalls stand. 44
- aa) Institutioneller Rechtsmissbrauch ist gegeben, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise entgegen dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile 45

zu verschaffen (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 27; 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 38, BAGE 142, 308; Staudinger/Looschelders/Olzen [2015] § 242 Rn. 217; MüKoBGB/Schubert 7. Aufl. § 242 Rn. 211*). In diesem Fall ist eine Einschränkung der sich aus dem Rechtsinstitut oder der Rechtsnorm scheinbar ergebenden Rechtsfolgen geboten, wenn sie anderenfalls zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, untragbaren Ergebnis führen würden (*BGH 27. Oktober 1967 - VZR 153/64 - zu 2 b der Gründe, BGHZ 48, 396; Palandt/Grüneberg 76. Aufl. § 242 Rn. 40; Staudinger/Looschelders/Olzen [2015] § 242 Rn. 217, 219; MüKoBGB/Schubert aaO*).

bb) Danach sind keine Umstände festgestellt, die die Annahme rechtfertigen, die Beklagte habe sich entgegen dem Sinn und Zweck der Bestellung eines Geschäftsführers dieses Rechtsinstituts nur bedient, um sich in mit Treu und Glauben unvereinbarer Weise zum Nachteil des Klägers Vorteile zu verschaffen. 46

(1) Die Praxis der Beklagten, Beschäftigte ab einer bestimmten Führungsebene zu Geschäftsführern mit im Innenverhältnis beschränkten Befugnissen zu bestellen, ist nicht objektiv funktionswidrig. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts resultiert die hohe Anzahl von Geschäftsführern bei der Beklagten aus ihrer früheren partnerschaftlichen Organisation, deren Struktur in die Rechtsform einer GmbH übertragen worden sei. Bei einer Beschäftigtenzahl von etwa 3.000 Mitarbeitern sei auch keine Situation gegeben, in der das gesetzlich angelegte System der Geschäftsführung gem. §§ 35 ff. GmbHG durch die hohe Anzahl von Geschäftsführern mit im Innenverhältnis gestuften Befugnissen konterkariert wäre. Eine zulässige Verfahrensrüge hat der Kläger insoweit nicht erhoben. Auch die Anzahl von 247 Geschäftsführerbestellungen innerhalb von elf Jahren ist demnach noch kein Hinweis auf Rechtsmissbrauch. Das Gesetz selbst sieht in § 35 Abs. 2 GmbHG eine Mehrzahl von Geschäftsführern vor. Es schließt auch ein Hierarchieverhältnis bezüglich der internen Befugnisse der Geschäftsführer nicht aus (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*) 47



*GmbHG 21. Aufl. § 37 Rn. 33; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider GmbHG 11. Aufl. § 37 Rn. 35).*

(2) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht ferner angenommen, es sei un- 48  
erheblich, dass die historische Entwicklung der Beklagten keinen zwingenden  
Grund für die Bestellung einer hohen Anzahl von Geschäftsführern darstelle  
und die Vermittlung einer hohen Wertigkeit im Verhältnis zum Kunden auch an-  
ders und möglicherweise besser erreichbar sei. Auf welche Weise eine Gesell-  
schaft die besondere Verantwortlichkeit ihrer Mitarbeiter gegenüber Kunden  
zum Ausdruck bringt, ist grundsätzlich Teil ihrer unternehmerischen Organisati-  
onsfreiheit, die nur auf offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür  
gerichtlich überprüfbar ist (*zur Gestaltung von Anforderungsprofilen vgl. BAG*  
*2. März 2017 - 2 AZR 546/16 - Rn. 23; zur unternehmerischen Organisations-*  
*entscheidung BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 55/14 - Rn. 29, BAGE 155, 381). Für*  
solche Umstände gibt es im Streitfall keine Anhaltspunkte.

(3) Allein der Hinweis des Klägers auf eine durchschnittliche Verweildauer 49  
der Geschäftsführer der Beklagten von nur knapp vier Jahren ist ebenfalls nicht  
geeignet, eine institutionell rechtsmissbräuchliche Bestellungspraxis der Be-  
klagten zu belegen, da die Durchschnittsbetrachtung weder die Gründe noch  
den jeweils konkreten Zeitpunkt des Ausscheidens erkennen lässt.

II. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße 50  
nicht ihrerseits gegen Treu und Glauben iSd. § 242 BGB, ist ohne Rechtsfehler.  
Es kann daher dahinstehen, ob der Kläger sich anderenfalls darauf rechtzeitig  
gem. § 6 Satz 1 KSchG berufen hätte. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht  
angenommen, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die  
Kündigung allein deshalb erklärt habe, um einen Anspruch des Klägers auf wei-  
tere Teile seiner Aktienrechte zu verhindern. Nach seinen nicht angegriffenen  
Feststellungen wäre dieser Zeitpunkt am 1. Dezember 2015 erreicht gewesen.  
Die Kündigung sollte das Anstellungsverhältnis jedoch mehr als ein Jahr vorher,  
nämlich zum 31. August 2014 auflösen. Zudem war der Verlust der Aktienrech-

te aufgrund der Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht kompensationslos. Aufgrund der von der Beklagten veranlassten Beendigung des Anstellungsverhältnisses kamen zu den bereits unverfallbaren weitere Aktienrechte hinzu.

III. Der Hilfsantrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis der Parteien gerichtlich aufzulösen, fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 51

IV. Der Kläger hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 52

Koch

Niemann

Rachor

Nielebock

Sieg