

# Betriebs Berater



48 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

28.11.2016 | 71. Jg.  
Seiten 2881–2944

## DIE ERSTE SEITE

**Boris Kurczinsk**, StB

Kassengesetz auf der Zielgeraden – Zeit für mehr Rechtssicherheit der Steuerpflichtigen

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Raimond Emde**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zum Vertriebsrecht 2015 – Teil 2 | 2883

## STEUERRECHT

**Robert C. Prätzler**, StB, und **Jürgen Stuber**, RA

Vorsteuerabzug bei Holdings – eine Bestandsaufnahme | 2903

**Dr. Manfred Reich**, RA/FAErBR/StB

Die Erbschaft- und Schenkungsteuerbefreiung für Kunstsammlungen nach dem BFH-Urteil vom 12.5.2016 | 2908

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Bettina Thormann**, WP/StB, und **Dr. Daniela Barth**

Enforcement von Non-GAAP Measures durch die DPR | 2923

## ARBEITSRECHT

**Dr. René Döring**, RA

Die Befreiung von der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG – alles eine Frage der Rückwirkung? | 2933

## BB-Kommentar

### „Kein Recht des Betriebsrates nach § 104 BetrVG auf Entfernung missliebiger Geschäftsführer aus dem Betrieb“

#### PROBLEM

Spätestens seit den Entscheidungen des EuGH zu Danosa, Balkaya und Holtermann in den Jahren 2010 und 2015 (EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, Danosa, ECLI:EU:C:2010:674, EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, Balkaya, ECLI:EU:C:2015:455, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. *Lelley*, RIW 2015, 614, und EuGH, 10.9.2015 – C-47/14, Holtermann, ECLI:EU:C:2015:574, RIW 2015, 816 m. RIW-Komm. *Mankowski*) ist eine Entwicklung zum weiten „unionsrechtlichen“ Arbeitnehmerbegriff zu beobachten. Aufgrund dessen stellt sich in verschiedenen Zusammenhängen wiederholt die Frage, ob Geschäftsführer einer GmbH für bestimmte nationale Arbeitsrechtsvorschriften als Arbeitnehmer einzustufen sind. Denn unter Zugrundelegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs kann – je nach betroffener Norm – auch der deutsche (Fremd-)Geschäftsführer dem Arbeitnehmerbegriff unterfallen. Vor diesem Hintergrund war es nur eine Frage der Zeit, bis erstmals eine Norm des Betriebsverfassungsrechts hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf einen Geschäftsführer zur gerichtlichen Überprüfung anstand. Das LAG Hamm hatte nunmehr die Frage zu entscheiden, ob § 104 S. 1 BetrVG im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH auf Geschäftsführer Anwendung findet.

#### ZUSAMMENFASSUNG

In der Entscheidung des LAG Hamm vom 2.8.2016 ging es darum, ob der Betriebsrat berechtigt ist, nach § 104 S. 1 BetrVG vom Arbeitgeber die Entlassung des Geschäftsführers der Arbeitgeberin zu verlangen. Der Betriebsrat fühlte sich durch den Geschäftsführer der Komplementärin der Arbeitgeberin, einer GmbH & Co. KG, wiederholt nicht ausreichend und falsch informiert. Dadurch sei der Betriebsfrieden ernstlich gestört worden. Deshalb beantragte er im Beschlussverfahren, der Arbeitgeberin aufzugeben, den Geschäftsführer der Komplementärin aus dem Betrieb zu entfernen.

Dabei argumentierte der Betriebsrat im Kern wie folgt: Wenn § 104 BetrVG schon für einen „kleinen“ Arbeitnehmer gelte, dann müsse die Vorschrift auch für Geschäftsführer eingreifen. Für diese Sichtweise glaubte der Betriebsrat eine Stütze sowohl im Sinn und Zweck der Norm als auch in der Rechtsprechung des EuGH zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gefunden zu haben. Nach der Rechtsprechung des EuGH könne der Arbeitnehmerbegriff Organvertreter erfassen. Da § 104 BetrVG auch der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien diene, sei bei seiner Auslegung der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zu Grunde zu legen.

Das LAG Hamm teilte diese Auffassung nicht. Für den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes und damit für die Anwendung des § 104 BetrVG sei allein § 5 BetrVG maßgeblich. Dieser lege in Abs. 2 im Wege der Fiktion fest, wer nicht als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG gelte. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG falle unter § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, sodass § 104 BetrVG auf ihn keine Anwendung finde. Hieran ändere auch das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs nichts. Denn dies setze voraus, dass die Normen in Ausfüllung europäischer Richtlinien erlassen wurden. Da § 104 BetrVG nicht auf der Umsetzung einer den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu Grunde legenden EU-Richtlinie beruhe, sei der Arbeitnehmerbegriff nicht im unionsrechtlichen Sinne auszulegen. Insbesondere diene § 104 BetrVG nicht der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien (2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG). Der Arbeitnehmerbegriff des § 104 BetrVG weise keinerlei Bezug zur Antidiskriminierungsrichtlinie auf.

Nach Auffassung des LAG Hamm findet § 104 BetrVG auf Geschäftsführer daher keine Anwendung.

#### PRAXISFOLGEN

Obwohl jede andere Entscheidung überraschend gewesen wäre, ist die klare Positionierung des LAG Hamm für die Praxis dennoch begrüßenswert. Der Geschäftsführer ist Teil des Arbeitgebers, nicht Arbeitnehmer im Sinne des § 104 BetrVG – auch nicht aus unionsrechtlichem Blickwinkel. § 104 BetrVG kann daher nicht dazu missbraucht werden, aus Sicht des Betriebsrates missliebige Geschäftsführer aus dem Betrieb zu „entfernen“ und damit austauschen zu lassen. Etwaigen weiteren auf die Entfernung von Geschäftsführern gerichteten Verfahren von Betriebsräten hat das LAG Hamm damit eine klare Absage erteilt.

Richtigerweise betont das LAG Hamm dabei die für das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs bei der Anwendung des nationalen Rechts maßgebliche Voraussetzung, dass es sich um solche Rechtsvorschriften handeln muss, die in Ausfüllung der erlassenen europäischen Richtlinien ergangen sind. Soweit mithin nationale Normen auf der Umsetzung von Richtlinien beruhen, die den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu Grunde legen, ist davon auszugehen, dass diese Schutzgesetze auch für (Fremd-)Geschäftsführer Anwendung finden können. Als Beispiele seien das MuschG, das AGG, das Arbeitszeitgesetz oder das Bundesurlaubsgesetz genannt. Dagegen dürften Gesetze und Rechtsnormen, die nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen, weiterhin nicht auf (Fremd-)Geschäftsführer anwendbar sein, da allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist. Beispiele hierfür sind das Arbeitsgerichtsgesetz, das Entgeltfortzahlungsgesetz oder § 1 KSchG.

Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses kam das LAG Hamm zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Vorschrift des § 104 BetrVG allein nationalem Recht zuzuordnen ist und keine Auslegung im unionsrechtlichen Sinne erfolgen muss. Begrüßenswert ist daneben auch die explizite Klarstellung des LAG Hamm hinsichtlich der Anwendbarkeit der Fiktion des § 5 Abs. 2 BetrVG auf den Geschäftsführer der Komplementärin einer GmbH & Co. KG. Abschließend und nur am Rande sei erwähnt, dass es sich bei der Argumentation des Betriebsrats ohnehin um einen „Kunstgriff“ gehandelt hat. Denn der Betriebsrat wollte aus der von ihm zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum besonderen Schutz von Arbeitnehmern eine Rechtsposition ableiten, die einen Schutz des „Arbeitnehmers“ im Ergebnis gerade verhindert hätte. Nichts anderes geschähe nämlich, wenn man den gesetzlichen Vertreter des Arbeitgebers zunächst – unter dem Deckmantel des Arbeitnehmerschutzes – als Arbeitnehmer qualifizierte, nur um ihn dann anschließend aus dem Betrieb „entfernen“ zu können.

**Prof. Dr. Michael Kliemt** ist Rechtsanwalt und Partner bei der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei Kliemt & Vollstädt in Düsseldorf. Zu seinen Spezialgebieten gehören die arbeitsrechtliche Begleitung von Restrukturierungen sowie betriebsverfassungsrechtliche und tarifvertragliche Fragestellungen.



**Michael Weth** ist Rechtsanwalt bei der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei Kliemt & Vollstädt in Düsseldorf. Einen Kernbereich seiner Tätigkeit bildet die Betreuung von Rechtsstreitigkeiten im Bereich der betrieblichen Altersversorgung.

