

Vom Chef zum Arbeitnehmer

URTEIL. Eigentlich tritt der Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitgeber auf. Er kann jedoch im Einzelfall als Arbeitnehmer gelten. Wann, das entscheiden die Gerichte.

Von **Michael Kliemt** und **Michael Weth**

Im Verhältnis zu Arbeitnehmern des Unternehmens stehen die Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft mit beiden Beinen im Lager des Arbeitgebers. Sie werden als Arbeitgeber wahrgenommen, erteilen den Arbeitnehmern Weisungen, stellen sie ein oder kündigen ihnen. Gegenüber dem Betriebsrat treten sie ebenfalls für den Arbeitgeber auf. Schon vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Frage, ob (Fremd-)Geschäftsführer Arbeitnehmer sind, spontan mit einem klaren „Nein“ zu beantworten. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) waren Organmitglieder regelmäßig nicht als Arbeitnehmer einzustufen.

Die Auswirkungen in der Praxis

Doch eindeutig und langlebig ist im Arbeitsrecht wenig – schon gar nicht, wenn der Europäische Gerichtshof (EuGH) seine Finger im Spiel hat. Dieser hat 2010 und 2015 in mehreren Entscheidungen einen weiten sogenannten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff geprägt (EuGH vom 11.11.2010, Az. C-232/09 „Danosa“; EuGH vom 9.7.2015, Az. C-229/14 „Balkaya“ und EuGH vom 10.9.2015, Az. C-47/14 „Holtermann“). Seitdem stellt sich die Frage neu, ob und wann der (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH für bestimmte nationale Arbeitsrechtsvorschriften als Arbeitnehmer einzustufen ist. Denn legt man den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde, kann diesem je nach betroffe-



Der GmbH-Geschäftsführer: bei bestimmten Normen gilt er sogar als Arbeitnehmer.

ner nationaler Norm auch der deutsche (Fremd-)Geschäftsführer unterfallen.

In der Praxis kann die Beantwortung der Frage erhebliche Auswirkungen haben. Bei Massenentlassungen kann die Einstufung als Arbeitnehmer unter Umständen sogar für die Wirksamkeit der Kündigung des (Fremd-)Geschäftsführers maßgeblich sein. Aber auch für andere Vorschriften, wie beispielsweise dem Urlaubsrecht (Mindesturlaub, Übertragbarkeit und Abgeltung von Urlaub), kann sie Bedeutung erlangen.

Arbeitnehmer nach § 104 BetrVG?

Zu welchen „kuriosen“ Konstellationen die Rechtsprechung des EuGH bisweilen führen kann, verdeutlicht der nachfolgende Fall: Dabei wollte der Be-

triebsrat eines Unternehmens sich den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zunutze machen und kurzerhand den Geschäftsführer des Unternehmens nach § 104 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) aus dem Betrieb entfernen lassen (LAG Hamm vom 2.8.2016, Az. 7 TaBV 11/16). § 104 Satz 1 BetrVG berechtigt den Betriebsrat, vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers zu verlangen, wenn dieser den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat und diese Störungen auf einem gesetzeswidrigen Verhalten beruhen oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze verursacht sind.

In dem Verfahren vor dem LAG Hamm fühlte sich der Betriebsrat durch den Ge-

schäftsführer der Komplementärin der Arbeitgeberin, einer GmbH & Co. KG, wiederholt nicht ausreichend und falsch informiert. Dadurch sei der Betriebsfrieden ernstlich gestört worden. Deshalb beantragte das Gremium im Beschlussverfahren, der Arbeitgeberin aufzugeben, den Geschäftsführer der Komplementärin aus dem Betrieb zu entfernen. Der Betriebsrat vertrat die Auffassung: Wenn schon die Entfernung eines „kleinen“ Arbeitnehmers möglich sei, dann müsse die Vorschrift erst recht für den Geschäftsführer gelten. Für diese Sichtweise glaubte der Betriebsrat eine Stütze in der EuGH-Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gefunden zu haben.

Das LAG Hamm teilte diese Auffassung nicht. Für den Anwendungsbereich des 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 einer GmbH & Co. KG falle darunter, 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 zugrunde legenden EU-Richtlinie beruhe, sei der Arbeitnehmerbegriff nicht im unionsrechtlichen Sinne auszulegen. Nach dem Beschluss des LAG Hamm findet § 104 BetrVG auf Geschäftsführer daher keine Anwendung. Entsprechendes gilt für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft.

Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer

Obwohl jede andere Entscheidung überraschend gewesen wäre, ist die klare Positionierung für die Praxis begrüßenswert. Denn die Unsicherheit, welche Vorschriften und Rechtsbereiche den Geschäftsführer als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne erfassen, ist nach den Entscheidungen des EuGH nach wie vor groß. Daher stellt sich die Frage, in

welchen Konstellationen ein Geschäftsführer überhaupt Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein kann.

Der EuGH bejahte in seinen Entscheidungen die Arbeitnehmereigenschaft eines Organs der Gesellschaft unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Organ und der Gesellschaft ein Unterordnungsverhältnis vorliegt. Ein solches sei bereits dann gegeben, wenn die Tätigkeiten nach Weisung oder Aufsicht ausgeübt werden und jederzeit eine Abberufung vom Amt erfolgen könne (EuGH vom 11.11.2010, Az. C-232/09 „Danosa“, Rz. 51; EuGH vom 9.7.2015, Az. C-229/14 „Balkaya“, Rz. 39). Die rechtliche Qualifikation des zugrunde liegenden Beschäftigungsverhältnisses nach dem nationalen Recht sei hingegen irrelevant.

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien kann jedenfalls der Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzustufen sein. Denn für diesen besteht die Möglichkeit, wenn keine weiteren Vereinbarungen mit der Gesellschaft getroffen wurden oder das Mitbestimmungsgesetz eingreift, ihn jederzeit gegen seinen Willen abzurufen. Gleichzeitig unterliegt er den Weisungen und der Aufsicht der Gesellschafterversammlung. Die Kriterien des EuGH knüpfen jedoch nicht an die Frage an, ob der Geschäftsführer Gesellschaftsanteile hält. Grundsätzlich kann daher auch der Gesellschafter-Geschäftsführer Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein.

Keine Tätigkeiten nach Weisung

Nach den Kriterien des EuGH dürfte eine Arbeitnehmereigenschaft dagegen in folgenden Konstellationen abzulehnen sein: Besitzen Geschäftsführer mindestens 50 Prozent der Gesellschaftsanteile, üben sie ihre Tätigkeit regelmäßig nicht nach Weisung oder Aufsicht aus. Gleiches gilt bei Geschäftsführern, die zwar weniger als 50 Prozent der Gesellschaftsanteile besitzen, aber aufgrund der Satzung eine Sperrminorität haben. Denn sie können Weisungen verhindern

und führen ihre Tätigkeit dementsprechend ebenfalls nicht nach Weisung aus. Schließlich dürfte auch die Einstufung von Geschäftsführern solcher Gesellschaften als Arbeitnehmer ausscheiden, die nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) mitbestimmt sind, da für diese kraft Gesetzes die Regeln des Aktiengesetzes (AktG) für die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern gelten. Danach kann der Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden, § 31 MitbestG in Verbindung mit § 84 Abs. 3 AktG. Die Voraussetzung der jederzeitigen Abberufbarkeit dürfte daher nicht vorliegen.

Für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft dürfte nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien eine Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls zu verneinen sein. Denn sie sind selbstständig und frei von Weisungen tätig. Zudem ist deren jederzeitige Abberufbarkeit kraft Gesetzes (§ 84 Abs. 3 AktG) eingeschränkt.

Unionsrechtliche Vorgabe für Gesetz?

Das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs setzt bei der Anwendung des nationalen Rechts stets voraus, 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 zugrunde legen, ist davon auszugehen, dass diese Schutzgesetze auch für (Fremd-)Geschäftsführer Anwendung finden können. Auf der Umsetzung solcher EU-Richtlinien beruhen beispielsweise das Mutterschutzgesetz, das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das Arbeitszeitgesetz sowie das Bundesurlaubsgesetz. Dagegen dürfte der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht für Gesetze und Rechtsnormen gelten, die nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen. Daher ist bei diesen allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich. Dies betont auch das

GESCHÄFTSFÜHRER ALS ARBEITNEHMER

Ausgestaltung der Organstellung	Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne
Gesellschafter-Geschäftsführer mit mindestens 50 Prozent Gesellschaftsanteilen	nein
Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sperrminorität	nein
Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH nach dem MitbestG	nein
Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH nach DrittelbG	ja
Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer	ja
(Fremd-)Geschäftsführer	ja
Vorstand der AG	nein

Die Tabelle dient als grobe Orientierung. Ob tatsächlich ein Unterordnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des EuGH besteht, ist im Einzelfall zu prüfen.

SCHUTZVORSCHRIFTEN

Risiko der Einstufung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne	
§ 17 KSchG (Massenentlassungsrichtlinie, Richtlinie 98/59/EG)	ja
AGG (Richtlinie 2000/78/EG, Richtlinie 2000/43/EG, Richtlinie 2002/73/EG)	ja
ArbZG (Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie, Richtlinie 2003/88/EG)	ja
BEEG (Richtlinie 96/34/EG, Richtlinie 2010/18/10)	ja
BUrlG (Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie, Richtlinie 2003/88/EG)	ja
Mutterschutzgesetz (Mutterschutzrichtlinie, Richtlinie 92/85/EWG)	ja
§ 1 KSchG	nein
ArbGG	nein
BetrVG (§ 5, § 104)	nein
Entgeltfortzahlungsgesetz	nein

Die Übersicht gibt – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einen ersten Überblick über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften und Gesetze, bei denen der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen ist und bei welchen nicht.

LAG Hamm zutreffend. Beispiele hierfür sind das Arbeitsgerichtsgesetz, das Entgeltfortzahlungsgesetz oder § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Mehr dazu auch in der Übersicht auf dieser Seite.

Auswirkung bei Massenentlassungen

Einer der für die Praxis bedeutsamsten Fälle ist die Anwendbarkeit des § 17 KSchG auf den (Fremd-)Geschäfts-

führer. Zwar beruht § 17 KSchG auf der Umsetzung einer europäischen Richtlinie (Massenentlassungsrichtlinie), die den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt. Erfüllt der Geschäftsführer mithin dessen Voraussetzungen, liegt es nahe, ihn für die Massenentlassungsanzeige bei der Anzahl der regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer mitzuzählen

und bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen. Indes stünde dies im Widerspruch zum eindeutigen Willen des deutschen Gesetzgebers, der die Grenze der europarechtskonformen Auslegung bildet: Denn nach § 17 Abs. 5 KSchG gelten „Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Personen berufen ist“, nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 KSchG.

Dennoch: Wird der Geschäftsführer selbst im Rahmen der Entlassungen gekündigt und ist eine Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit (BA) nicht oder nicht korrekt erfolgt (§ 17 Abs. 3 KSchG), besteht die Gefahr, dass er sich auf die vermeintliche Unwirksamkeit seiner Kündigung beruft. Daraus resultieren rechtliche Unwägbarkeiten: Ob die Nicht- oder Falschanzeige tatsächlich zur Unwirksamkeit der Kündigung des Geschäftsführers führt und ob er sich in jedem Fall auf die Nicht-/Falschanzeige berufen kann, ist bislang ungeklärt. Zweifelhaft ist dies dann, wenn er selbst zur Erstattung der Anzeige gegenüber der BA berufen gewesen wäre und diese unterlassen oder falsch erstattet hat.

Fazit: Es kommt auf den Einzelfall an

Arbeitnehmer oder nicht? Diese Frage kann für (Fremd-)Geschäftsführer nicht generell beantwortet werden. Auch hier kommt es, wie so oft, auf die näheren Umstände des Einzelfalls und die jeweils betroffene Rechtsnorm an. Klarheit bringen nur die nach und nach für einzelne Normen ergehenden Entscheidungen, so wie jüngst die des LAG Hamm zu § 104 BetrVG. ■



PROF. DR. MICHAEL

KLIEMT ist Fachanwalt und Partner der Kanzlei Kliemt & Vollstädt in Düsseldorf.



MICHAEL WETH ist Rechtsanwalt bei der Kanzlei Kliemt & Vollstädt in Düsseldorf.