

Betriebs Berater

17 | 2022

KI-Verordnung ... LkSG ... Steuerquote ... Entnahme ... Freie Mitarbeiter ... Recht ... Wirtschaft ...

25.4.2022 | 77. Jg.
Seiten 897–960

DIE ERSTE SEITE

Philipp Reusch, RA/Attorney-at-Law

Die glückselige Insel – Sustainable Products Initiative

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Gerhard Wiebe, RA

Produktsicherheitsrechtliche Betrachtung des Vorschlags für eine KI-Verordnung | 899

Janik Goßler, LL.M., RA, und **Markus Palder**, LL.M.

Distributionslogistik, Vertriebsmittler, Endkunde – Glieder der Lieferkette im Sinne des LkSG? | 906

STEUERRECHT

Andreas Schreib, RA/StB, **Jörg Wingler**, RA/StB, und **Markus Weinfurtnner**, StB

Die effektive Steuerquote nach den OECD Global Anti-Base Erosion Model Rules – Herausforderung für die Steuerabteilung bereits heute | 919

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Silvia Kraus, WPin/StBin, und **Dr. Holger Seidler**, RA/StB/WP

Ausgewählte Fragestellungen zur Bilanzierung von Entnahmen im handelsrechtlichen Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften | 939

ARBEITSRECHT

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Freie Mitarbeiter und Geschäftsführer vor den Arbeitsgerichten (Teil II) | 949

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Freie Mitarbeiter und Geschäftsführer vor den Arbeitsgerichten (Teil II)

Der Geschäftsführer einer GmbH wird von BGH und BAG zumindest im Regelfall nicht als Arbeitnehmer angesehen, sondern steht in einem freien Dienstverhältnis. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG schließt für gesetzliche Vertreter juristischer Personen den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten grundsätzlich aus. Dennoch sind Klagen von Geschäftsführern vor den Arbeitsgerichten, die sich auf arbeitsrechtliche Ansprüche stützen, keine Seltenheit. Die Stellung des Geschäftsführers ist in den letzten Jahren in verschiedener Hinsicht der eines Arbeitnehmers angenähert worden. Der vom EuGH entwickelte unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff umfasst im Grundsatz auch den Geschäftsführer.¹ In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist seit langem anerkannt, dass der GmbH-Geschäftsführer, soweit er keine Mehrheitsbeteiligung hält oder sonst maßgeblichen Einfluss auf die GmbH hat, abhängig Beschäftigter und somit sozialversicherungspflichtig im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ist.² Denn der Geschäftsführer ist an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden (§ 37 Abs. 1 GmbHG), seine rechtliche Stellung wird schon aus diesem Grund häufig mit einem Arbeitnehmer als vergleichbar angesehen. Es kann vor diesem Hintergrund nicht überraschen, dass Geschäftsführer im Streitfall den Schutz des Arbeitsrechts suchen und sich deshalb auch an die Arbeitsgerichte wenden.

In prozessualer Hinsicht hat das BAG in den letzten Jahren das Tor zur Arbeitsgerichtsbarkeit für Geschäftsführer weiter aufgestoßen, indem für die Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht mehr auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern auf den der gerichtlichen Entscheidung abgestellt wird.³ Die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG steht daher der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht mehr entgegen, wenn der Geschäftsführer nach Klageerhebung, aber vor der Entscheidung über den Rechtsweg abberufen wird oder sein Amt niederlegt. Der folgende Beitrag geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen für Klagen von Geschäftsführern der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist und in welchen Fallkonstellationen eine arbeitsgerichtliche Klage auch in der Sache Erfolg verspricht.

I. Der Rechtsweg bei Klagen von GmbH-Geschäftsführern

Die Arbeitsgerichte sind im Wesentlichen zuständig für Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis (vgl. § 2 Abs. 1 und 2 ArbGG). Unabhängig davon, ob sich der Geschäftsführer auf ein Arbeitsverhältnis beruft, wird ihm der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten im Regelfall schon durch § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG versperrt. Denn die Vorschrift schließt den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für gesetzliche Vertreter einer juristischen Person grundsätzlich aus.

1. Die Sperrwirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

Nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit solche Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags zur

Vertretung berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig. Dies gilt unabhängig davon, ob das der Organstellung zugrundeliegende Rechtsverhältnis als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Es soll vermieden werden, dass Streitigkeiten „im Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht geführt werden. Der Geschäftsführer kann daher – anders als etwa ein freier Mitarbeiter – auch in sog. *sic non*-Fällen die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht durch die bloße Rechtsbehauptung begründen, er sei Arbeitnehmer.⁴

Die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG greift jedoch dann nicht ein, wenn der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht.⁵ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Geschäftsführer Rechte mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – ggf. wieder – in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt.

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann auch dann gegeben sein, wenn der Kläger nach seiner Abberufung als Organmitglied Ansprüche aus einem während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein selbstständiger Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird. Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der bisherige Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt. Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche.⁶

1 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. *Lelley*, NZA 2015, 861, „Balkaya“ zum Geschäftsführer einer GmbH nach deutschem Recht; zum Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung s. EuGH, 10.9.2015 – C-47/14, NZA 2016, 183, „Holterman“.

2 Aus jüngerer Zeit etwa BSG, 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R, StB 2021, 150, NZS 2021, 643; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R, BeckRS 2020, 18965; BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R, NZS 2020, 183; BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662; s. dazu auch *Lau*, NZS 2019, 452.

3 BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60; BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180; BAG, 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342.

4 Zur *sic non*-Rechtsprechung und den entsprechenden Fallgruppen s. *Powietzka*, BB 2022, 827.

5 BAG, 23.8.2011 – 10 AZB 51/10, AP Nr. 69 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, BeckRS 2014, 73465.

6 BAG, 15.3.2011 – 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874; BAG, 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, BeckRS 2014, 73465.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Nach früherer Rechtsprechung des BAG kam es für das Eingreifen der Fiktionswirkung auf die Umstände zum Zeitpunkt der Klageerhebung (genauer: der Zustellung der Klage) an.⁷ Diese Rechtsprechung hat das BAG im Jahr 2014 geändert. Demnach sind nach Rechtshängigkeit eingetretene Veränderungen, die die Rechtswegzuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen, bis zur Entscheidung über den Rechtsweg – ggf. auch noch während des Beschwerdeverfahrens – zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigen. Dagegen können nachträgliche Veränderungen nicht zum Verlust des einmal gegebenen Rechtswegs führen (§ 17 Abs. 1 S. 1 GVG – Grundsatz der *perpetuatio fori*). Hat der Geschäftsführer nach Klageerhebung beim Arbeitsgericht sein Amt niedergelegt oder wurde er abberufen, sind daher die Arbeitsgerichte zuständig, wenn es sich tatsächlich um ein Arbeitsverhältnis handelt oder ein sic-non-Fall vorliegt.⁸

Der Geschäftsführer kann daher – auch nach Klageerhebung – durch eine Amtsniederlegung selbst die Sperrung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG beseitigen. Eine beim Arbeitsgericht anhängige Klage wird dadurch zulässig. Ebenso entfällt nachträglich die Sperrwirkung, wenn der Geschäftsführer Klage beim Landgericht erhoben hat und sodann aus dem Amt abberufen wird. Der Geschäftsführer kann in solchen Fällen die Zulässigkeit des von ihm selbst beschrittenen Rechtswegs rügen und die Verweisung zum Arbeitsgericht beantragen.⁹

3. Zusammenfassung

Der Geschäftsführer kann somit wegen § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründen, indem er lediglich behauptet, sein Dienstverhältnis sei ein Arbeitsverhältnis. Diese Behauptung begründet keinen sic-non-Fall im Sinne der Rechtsprechung, da selbst bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Rechtswegzuständigkeit nicht gegeben wäre. Der Arbeitnehmerstatus ist daher keine doppelrelevante Tatsache. Die Sperrwirkung gilt aber dann nicht (mehr), wenn

- er sich auf ein ruhendes Arbeitsverhältnis aus der Zeit vor seiner Bestellung beruft, das nicht wirksam aufgehoben worden sei,
- er zum Zeitpunkt der Rechtswegentscheidung nicht mehr Geschäftsführer ist (Abberufung oder Amtsniederlegung) und behauptet, der Dienstvertrag sei in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis gewesen oder
- er behauptet, nach der Beendigung der Organstellung habe sich das Vertragsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt.

In diesen Konstellationen ist die sic-non-Rechtsprechung zu beachten. Ist die Arbeitnehmereigenschaft zugleich Voraussetzung der Rechtswegzuständigkeit und des geltend gemachten Anspruchs und damit der Begründetheit der Klage (sog. doppelrelevante Tatsache), genügt für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bereits die bloße Rechtsbehauptung des Geschäftsführers, er sei Arbeitnehmer (gewesen). Ob er tatsächlich als Arbeitnehmer anzusehen ist bzw. war, ist dann eine Frage der Begründetheit der Klage.¹⁰

II. Geschäftsführer als Arbeitnehmer?

Entweder schon bei der Rechtswegfrage oder im Rahmen der Begründetheit der Klage wird somit über den Arbeitnehmerstatus zu entscheiden sein. Ob der Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitnehmer anzusehen ist, wird von verschiedenen Gerichten bekanntlich unterschiedlich beurteilt. Von dieser Einordnung hängt maßgeblich ab, ob der Geschäftsführer mit seiner Klage, die er vor die Arbeitsgerichte

gebracht und auf arbeitsrechtliche Grundlagen stützt hat, auch in der Sache Erfolg haben kann. Anders ist dies, wenn das Klagebegehren kein Arbeitsverhältnis voraussetzt. Klagt der Geschäftsführer z.B. auf die Zahlung eines vertraglich vereinbarten Bonus oder auf Schadensersatz wegen unterbliebener Zielvereinbarung (§ 280 BGB), hängt die Begründetheit der Klage nicht vom Arbeitnehmerstatus ab; dieser ist nur für die Frage des zulässigen Rechtswegs von Bedeutung. In der Praxis werden aber Klagen von Geschäftsführern meist gerade deshalb vor den Arbeitsgerichten erhoben, weil (zumindest auch) arbeitsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden.

1. Rechtsprechung des BGH

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Geschäftsführer einer GmbH kein Arbeitnehmer. Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft seien nicht Arbeitnehmer, sondern übten selbst Arbeitgeberfunktionen aus.¹¹

2. Rechtsprechung des BAG

Dagegen sieht es das BAG nicht als völlig ausgeschlossen an, dass der GmbH-Geschäftsführer den Status eines Arbeitnehmers haben kann, hält dies aber „allenfalls in extremen Ausnahmefällen“ für möglich.¹² Danach werde der Geschäftsführer einer GmbH in aller Regel auf der Grundlage eines Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Dies gelte unabhängig davon, ob er einen starken Anteilseigner, Mitgeschäftsführer etc. neben sich habe, der die konkrete Geschäftstätigkeit bestimmend mitgestalte. Es komme auch nicht darauf an, welchen Gebrauch der GmbH-Geschäftsführer im Innenverhältnis nach § 37 Abs. 1 GmbHG von seiner im Außenverhältnis unbeschränkten Vertretungsbefugnis machen dürfe. Auch das unternehmerische Weisungsrecht, das der Gesellschaft gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer zusteht, begründe nicht die für ein Arbeitsverhältnis erforderliche persönliche Abhängigkeit. Notwendig sei vielmehr eine Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers, „die so stark ist, dass sie darüber hinaus auf einen Status des betroffenen GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer schließen lässt“.¹³ Es bedürfe dazu eines umfassenden Weisungsrechts, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort und sonstige Modalitäten der Tätigkeit betreffen muss.¹⁴ Ob ein Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, hängt also nach der Rechtsprechung des BAG davon ab, ob diese eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände habe, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur vor, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen (vgl. § 106 S. 1 GewO) erteilen und so die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann.¹⁵

7 So noch BAG, 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, BeckRS 2014, 73465.

8 BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60; BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180; BAG, 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342.

9 S. dazu Powietzka, BB 2022, 827 ff.

10 Zu den insoweit in der Praxis häufigsten Anträgen s. Powietzka, BB 2022, 827 ff.

11 BGH, 9.2.1978 – II ZR 189/76, NJW 1978, 1435; BGH, 29.1.1981 – II ZR 92/80, NJW 1981, 1270; BGH, 10.5.2010 – II ZR 70/09, BB 2010, 2571 m. BB-Komm. *Wahl/Schult*, NJW 2010, 2343.

12 BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, NJW 2006, 1899; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 18/23, NJW 2019, 1627.

13 BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 614/04, NJW 2006, 1899; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 18/23, NJW 2019, 1627.

14 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, NJW 1999, 3731.

15 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, NJW 1999, 3731; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 18/23, NJW 2019, 1627.

Das BAG hat diese Rechtsprechung zuletzt in einem Fall bestätigt, in dem es um die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes und den Schwellenwert von zehn Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) ging. Der klagende Arbeitnehmer hatte die Auffassung vertreten, im Betrieb würden mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Die beiden Fremdgeschäftsführer der beklagten GmbH seien mitzuzählen, so dass es insgesamt nicht 8,5, sondern 10,5 Arbeitnehmer seien. Das BAG ist dem nicht gefolgt. Zwar folge aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht per se, dass Geschäftsführer nicht zählten. Die Bestimmung regle nur, dass Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans einer juristischen Person nach dem Ersten Abschnitt des KSchG (§§ 1-14 KSchG) nicht als Arbeitnehmer gelten und deshalb selbst keinen Kündigungsschutz genießen. Ob sie als Arbeitnehmer im Sinne des § 23 KSchG anzusehen und deshalb für die Betriebsgröße mitzurechnen seien, richte sich nach den allgemeinen Kriterien. Für einen Ausnahmefall, in dem nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ein Geschäftsführer Arbeitnehmer sei, habe der Kläger jedoch keine ausreichenden Umstände vorgetragen.¹⁶ Die beiden Geschäftsführer wurden deshalb nicht als Arbeitnehmer angesehen und für den Schwellenwert nicht mitgezählt.

3. Keine Umwandlung freien Dienstvertrags in Arbeitsvertrag bei Verlust der Organstellung

An dem Befund, dass der GmbH-Geschäftsführer – von Ausnahmefällen abgesehen – kein Arbeitnehmer ist, ändert auch die Abberufung oder Amtsniederlegung in der Regel nichts. Denn nach ständiger Rechtsprechung wandelt sich der selbständige Dienstvertrag eines Vorstands oder Geschäftsführers mit dem Verlust der Organstellung nicht in ein Arbeitsverhältnis um.¹⁷ Dies kann im Einzelfall anders zu beurteilen sein, wenn der ehemalige Geschäftsführer nach seiner Abberufung oder Amtsniederlegung weisungsabhängig mit „Arbeitnehmer-tätigkeiten“ eingesetzt wird. Damit kann konkludent ein Arbeitsverhältnis begründet werden. Es ist daher größte Vorsicht geboten, wenn dem Ex-Geschäftsführer z.B. nach seiner Abberufung andere Aufgaben übertragen werden sollen.

4. Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

Der EuGH sieht dies alles bekanntlich anders. Nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Die Eigenschaft einer Person als Mitglied eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft schließt nicht aus, dass sich diese Person in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der Gesellschaft befindet. Zu prüfen sind die Bedingungen, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Mitglieds und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.¹⁸ Danach wird jedenfalls der Fremd-Geschäftsführer regelmäßig als Arbeitnehmer anzusehen sein. Hält der Geschäftsführer eine (Minderheits-)Beteiligung an der Gesellschaft, kommt es auf die Einflussmöglichkeiten an, die er in der Gesellschaft hat. Es ist u.a. zu prüfen, wer befugt ist, ihm Weisungen zu erteilen und deren Umsetzung zu kontrollieren. Nicht unerhebliche Einflussmöglichkeiten können ein Unterordnungsverhältnis und damit das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausschließen.¹⁹

Ob nun der nationale oder der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff Anwendung findet, richtet sich nach der in Frage stehenden Rechtsgrundlage. Regelungen, die keinen Bezug zu Unionsrecht haben, liegt der nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde. Bei Umsetzung von Unionsrecht ist zu differenzieren. So gilt etwa im Bereich des AGG, der Massenentlassung gemäß §§ 17 ff. KSchG oder des BURLG der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, da diese Vorschriften europäisches Richtlinienrecht umsetzen. Dagegen ist beim Betriebsübergang (§ 613a BGB) der jeweilige nationale Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten maßgeblich, da die Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG) in Art. 2 Abs. 1d) hierauf verweist.

III. Geschäftsführer als arbeitnehmerähnliche Person?

Geschäftsführer einer GmbH werden sich für die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte auch nicht darauf berufen können, sie seien zwar keine Arbeitnehmer, wohl aber arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG. Denn der Geschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine „arbeitgeberähnliche Person“. Er ist nicht einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig.²⁰

IV. Folgerungen für das materielle Recht

Für die Frage, ob der Geschäftsführer – selbst wenn er ggf. vor den Gerichten für Arbeits-sachen klagen kann – mit seiner auf arbeitsrechtliche Bestimmungen gestützten Klage auch in der Sache Erfolg haben kann, sind daher grundsätzlich folgende Konstellationen zu unterscheiden:

1. Allgemeiner (nationaler) Arbeitnehmerbegriff

Setzt das Klagebegehren ein Arbeitsverhältnis voraus und weist die geltend gemachte Rechtsgrundlage keinen Bezug zum Unionsrecht auf, wird die Klage unbegründet sein.

Beispiel: Ein Geschäftsführer klagt gegen eine Kündigung mit der Begründung, der Betriebsrat sei nicht angehört worden (§ 102 BetrVG) und die Schriftform sei nicht gewahrt (§ 623 BGB). Beide Vorschriften sind nur auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Der Geschäftsführer ist aber (nach BAG mit Ausnahme „extremer Ausnahmefälle“) kein Arbeitnehmer.

2. Gesetzliche Sonderregelung: § 14 Abs. 1 KSchG

Im Hinblick auf die ordentliche Kündigung ist zudem § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG zu berücksichtigen. Danach gelten Organmitglieder nicht als Arbeitnehmer; sie können sich daher nicht auf §§ 1–14 KSchG berufen.²¹ Der allgemeine Kündigungsschutz ist nicht anwendbar. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die organ-schaftliche Stellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs

16 BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, BB 2021, 1523 Ls, NZA 2021, 857.

17 BGH, 10.1.2000 – II ZR 251/98, NJW 2000, 1864; BGH, 8.1.2007 – II ZR 267/05, NJW-RR 2007, 1632; BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, BB 2019, 1468, NJW 2019, 1627 m. w. N.

18 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. Lelley, NZA 2015, 861, „Balkaya“; ebenso bereits EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143, „Danosa“.

19 EuGH, 10.9.2015 – C-47/14, NZA 2016, 183, „Holterman“

20 BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, BB 2019, 1468, NJW 2019, 1627.

21 BAG, 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, BB 2021, 1523 Ls, NZA 2021, 857; BAG, 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179.

der Kündigung (noch) besteht. Anders als für die Frage des zulässigen Rechtswegs (s.o., unter I. 2.) sind nachträgliche Veränderungen der Sachlage nach Zugang der Kündigung unerheblich.²² Berufet sich der Geschäftsführer mit seiner Kündigungsschutzklage ausschließlich auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG), ist die Klage daher in der Regel unbegründet, da der Geschäftsführer – selbst wenn er ausnahmsweise Arbeitnehmer sein sollte – wegen § 14 KSchG nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterfällt.

Dies kann ggf. anders sein, wenn er ein weiteres Rechtsverhältnis als Arbeitnehmer behauptet, für das § 14 KSchG nicht gilt (etwa einen ruhende Arbeitsvertrag aus der Zeit vor der Geschäftsführerbestellung, der nicht wirksam aufgehoben worden sei, s.o., unter I. 1.). § 14 KSchG ist zudem dispositiv. Es ist zulässig, mit einem GmbH-Geschäftsführer die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereinbaren.²³ Diese Fälle werden aber in der Praxis eher selten sein.

3. Entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen?

Während § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG den gesetzlichen Vertreter (selbst im Falle eines Arbeitnehmerstatus) explizit von arbeitnehmerschützenden Bestimmungen ausschließt, werden andererseits arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen teilweise entsprechend auf GmbH-Geschäftsführer angewendet. Auch wenn es sich regelmäßig nicht um Arbeitnehmer handelt, kann ein vergleichbares Schutzbedürfnis bestehen, das die (ggf. analoge) Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften rechtfertigen kann. Ein prominentes Beispiel ist die Rechtsprechung des BGH, die in der Vergangenheit für Fremd-Geschäftsführer die Kündigungsfristen des § 622 BGB angewendet hat.²⁴

Dem ist jedoch das BAG in einem Urteil vom 11.6.2020 entgegengetreten.²⁵ Für die seit 1993 geltende Fassung des § 622 BGB fehle es an einer Regelungslücke, so dass eine analoge Anwendung der Vorschrift nicht zulässig sei. Der Gesetzgeber habe die Kündigungsfristen des § 622 BGB nur für Arbeitsverhältnisse vorgesehen und die – bekannte – Rechtsprechung des BGH nicht ins Gesetz übernommen. Außerdem wäre es ein Wertungswiderspruch, § 622 BGB auf Geschäftsführer anzuwenden, nicht aber auf arbeitnehmerähnliche Personen. Die gesetzliche Kündigungsfrist des Geschäftsführers richte sich daher nach § 621 BGB (d.h. Kündigung spätestens am 15. eines Monats zum Monatsende, wenn die Vergütung nach Monaten bemessen ist; sechs Wochen zum Quartalsende, wenn die Vergütung z. B. als Jahresgehalt vereinbart ist).

Diese Entscheidung aus Erfurt wird für die Praxis keine allzu weitreichenden Folgen haben. Anstellungsverträge von Geschäftsführern sehen in den meisten Fällen Kündigungsfristen vor, die deutlich länger als die gesetzlichen Fristen des § 621 sind. Das Urteil macht aber deutlich, dass das BAG keine Tendenz erkennen lässt, den GmbH-Geschäftsführer – etwa in Anlehnung die Rechtsprechung von EuGH und BSG²⁶ – dem Arbeitnehmer anzunähern und Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes auf (Fremd-)Geschäftsführer zu erstrecken. Im Gegenteil wurde zumindest im Hinblick auf Kündigungsfristen entgegen der bisherigen BGH-Rechtsprechung eine klare Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern einerseits und selbstständigen Geschäftsführern andererseits vorgenommen. Dies wird zu berücksichtigen sein, wenn Geschäftsführer die (analoge) Anwendung anderer arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen einfor-

dern. Sofern die Vorschrift nur Arbeitnehmer erfasst, wird gut begründet werden müssen, weshalb der Gesetzeszweck bzw. der Wille des Gesetzgebers eine Einbeziehung auch von Geschäftsführern erfordert und dass die (für eine analoge Anwendung der Vorschrift erforderliche) Regelungslücke besteht.

4. Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs

Aussicht auf Erfolg hat der Geschäftsführer v.a. dann, wenn die Rechtsgrundlage seiner Klage auf europarechtlichen Normen beruht, denen der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Geschäftsführer eine Kündigung mit der Begründung angreift, sie verstoße gegen das AGG²⁷ oder die erforderliche Massentlassungsanzeige (§ 17 KSchG) sei unterblieben. Auch für eine Entschädigungsklage nach § 15 AGG ist er als Arbeitnehmer anzusehen. Auch für das BUrlG ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgebend, so dass der Geschäftsführer wohl eine Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG beanspruchen kann.

In all diesen Fällen haben auf Grundlage des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs auch die ordentlichen Gerichte arbeitsrechtliche Vorschriften anzuwenden. Unabhängig davon, ob er seine Klage gleich vor dem Landgericht erhoben hat oder das Arbeitsgericht die Sache an die ordentlichen Gerichte verwiesen hat, kann der Geschäftsführer somit den Schutz des Arbeitsrechts durchsetzen, wenn das geltend gemachte Klagebegehren auf dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff beruht.

Für die Frage des zulässigen Rechtswegs ist aber zu beachten, dass die sic-non-Rechtsprechung gerade in diesen Fällen nicht greift. Denn für die Frage des zulässigen Rechtswegs (§§ 2, 5 ArbGG) ist der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgebend, die zugrundeliegenden Vorschriften weisen keinen Bezug zum Unionsrecht auf.²⁸ Kommt es für die Begründetheit der Klage auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an, der mit dem nationalen Arbeitnehmerbegriff nicht deckungsgleich ist, ist die Arbeitnehmereigenschaft keine doppelrelevante Tatsache.²⁹ Die Arbeitsgerichte sind demnach nicht schon aufgrund der bloßen Rechtsbehauptung eines Arbeitsverhältnisses zuständig, sondern der Arbeitnehmerstatus muss bereits für die Rechtswegfrage aufgeklärt werden, ggf. durch Beweisaufnahme.

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR, ist Partner bei Pohl & Bauer Rechtsanwältinnen Partnerschaft mbB, Mannheim. Außerdem ist er als Of Counsel für Gowling WLG (UK) LLP, Stuttgart tätig. Er ist Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.



22 BAG, 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, CB 2018, 156, NZA 2018, 358.

23 BGH, 10.5.2010 – II ZR 70/09, BB 2010, 2571 m. BB-Komm. *Wahl/Schult*, NZA 2010, 889.

24 BGH, 29.1.1981 – II ZR 92/80, NJW 1981, 1270; BGH, 26.3.1984 – II ZR 120/83, NJW 1984, 2528.

25 BAG, 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179.

26 Aus jüngerer Zeit etwa BSG, 7.7.2020 – B 12 R 17/18 R, StB 2021, 150, NZS 2021, 643; BSG, 8.7.2020 – B 12 R 2/19 R, BeckRS 2020, 18965; BSG, 19.9.2019 – B 12 R 25/18 R, NZS 2020, 183; BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662; s. dazu auch *Lau*, NZS 2019, 452.

27 Vgl. BGH, 26.3.2019 – II ZR 244/17, NZA 2019, 706: Diskriminierung wegen des Alters.

28 BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, BB 2019, 1468, NJW 2019, 1627.

29 *Powietzka* BB 2022, 827 ff.