

Dr. Kerstin Reiserer, RAin/FAinArbR

Arbeitnehmerschutz für Geschäftsführer? – EuGH und BAG leisten Schützenhilfe

In der juristischen Praxis galt es bisher als eindeutig, dass das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zur GmbH jedenfalls regelmäßig kein Arbeitsverhältnis ist. Der Geschäftsführer übernimmt als gesetzlicher Vertreter der GmbH im Unternehmen stets die oberste Leitungsmacht und hat damit eine Arbeitgeberstellung inne. Das entspricht letztlich auch dem Verständnis der Belegschaft, die – gefragt nach ihrem Arbeitgeber – stets den Namen des Geschäftsführers nennen würde. Dass der Geschäftsführer seinerseits an Weisungen aus der Gesellschafterversammlung gebunden ist, spielte für diese arbeitsrechtliche Bewertung bisher keine Rolle. Nach den neuesten Entscheidungen des EuGH einerseits und des 10. Senats des BAG andererseits lässt sich dieses Grundverständnis Deutscher Juristen zur Stellung des GmbH-Geschäftsführers heute nicht mehr aufrechterhalten.

I. Einleitung

Am 11.11.2010 hatte der EuGH die vielbeachtete Danosa-Entscheidung getroffen, die an dem Grundverständnis Deutscher Juristen zur Stellung des GmbH-Geschäftsführers rüttelte.¹ Frau Danosa, Alleingeschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft, war während ihrer Schwangerschaft abberufen worden. Sie hatte gegen ihre Abberufung unter anderem unter Verweis auf die „Mutterschutz-Richtlinie“, die RL 92/85/EWG aus dem Jahre 1992 geklagt und sie bekam Recht. Nach der Auffassung des EuGH ist die Geschäftsführerin regelmäßig als Arbeitnehmerin im unionsrechtlichen Sinne einzustufen. In der Entscheidung vom 9.7.2015² hat der EuGH diese Auffassung nun bestätigt. Das Organ einer Kapitalgesellschaft, wenn es gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, den Weisungen eines anderen Organs der Gesellschaft unterliegt und jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, ist als „Arbeitnehmer“ im Sinne des Unionsrechts zu behandeln. In dieser Entscheidung ging es um die Massenentlassungsanzeige im Zusammenhang mit der Stilllegung eines Betriebes und die Frage, ob der Geschäftsführer nach § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) für den Schwellenwert von 20 Personen mitzuzählen ist, was der EuGH ausdrücklich bejaht hat.

Aber damit nicht genug: Parallel zu den Entscheidungen des EuGH zur Arbeitnehmerstellung von Geschäftsführern hat sich auch der 10. Senat des BAG zu Wort gemeldet und in Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung des 5. Senats dem Geschäftsführer den Weg zu den Arbeitsgerichten wieder eröffnet.³

II. Status des GmbH-Geschäftsführers nach deutschem Verständnis

Die Diskussion, welchen Status der GmbH-Geschäftsführer eigentlich hat, ist ein Dauerbrenner. Man könnte es vereinfacht mit der Frage

zusammenfassen: Ist der Geschäftsführer der GmbH eigentlich Arbeitnehmer der Gesellschaft? Oder ist er nicht vielmehr deren Arbeitgeber?

Hintergrund der schwierigen Einstufung des GmbH-Geschäftsführers ist der Umstand, dass dieser rechtlich in einer Doppelstellung steht: Er ist zum einen Organ der Gesellschaft und damit als deren Vertreter befugt, die Gesellschaft nach außen im gesamten Rechts- und Geschäftsverkehr zu vertreten. Diese Befugnis wird ihm durch die Bestellung verliehen.

Der Geschäftsführer wird daneben aber regelmäßig auch als Angestellter der Gesellschaft im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig.⁴ Diese Anstellung des Geschäftsführers betrifft also das Innenverhältnis, das der Geschäftsführung zugrunde liegende Vertragsverhältnis des Geschäftsführers zur GmbH. So werden im Rahmen eines Dienstvertrages die persönlichen Beziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft geregelt wie die Vergütung, der Urlaub, die Altersversorgung und v. a. m.

Dem Geschäftsführer seine Stellung als Organ der Gesellschaft zu erläutern, war bisher klar strukturiert. Seine Rechte und Pflichten als Organ der Gesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind im Wesentlichen gesetzlich bestimmt, vor allem zu Bestellung und Abberufung hat der Gesetzgeber klare Vorgaben gemacht. Sieht die Satzung der Gesellschaft keine Sonderregelung vor, was selten der Fall ist, kann der Geschäftsführer jederzeit von seiner Organstellung abberufen werden. Dies regelt § 38 Abs. 1 GmbHG.

Dagegen fehlt bis heute eine klare Regelung des Gesetzgebers zur arbeitsrechtlichen Einordnung des GmbH-Geschäftsführers. Nur vereinzelt und einseitig befassen sich Normen des Arbeitsrechts mit dem Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers. So hat der Gesetzgeber den GmbH-Geschäftsführer an einigen Stellen von der Geltung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte (§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG) und den allgemeinen Kündigungsschutz (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG). Und auch im BetrVG ist eine klare Regelung vorgesehen, die den Geschäftsführer vom Anwendungsbereich ausnimmt, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

In der juristischen Literatur gab es schon immer Befürworter einer Arbeitnehmereigenschaft zumindest des Fremdgeschäftsführers sowie des von den Gesellschaftern abhängigen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers. Gedanklicher Ansatzpunkt für diese Auffassung war

¹ EuGH, 11.11.2010 – C-232/09, Danosa, ECLI:EU:C:2010:674, EWS 2009, 488, DB 2011, 2270.

² EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, Balkaya, ECLI:EU:C:2015:455, BB 2015, 2554 m. BB-Komm. *Lelley*.

³ BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, GmbHR 2015, 27; BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, DB 2011, 2262 ff.

⁴ Zur heute ganz herrschenden Trennungstheorie vgl. BGH, 24.11.1980 – II ZR 182/79, BB 1981, 197.

bisher regelmäßig das Argument, dass sich die persönliche Lage und die soziale Stellung dieses Geschäftsführers nicht allzu deutlich von der eines leitenden Angestellten oder gar Prokuristen unterscheidet.⁵ Das ist sicher nicht von der Hand zu weisen, wenn man sich im Einzelfall die Einschränkungen anschaut, mit denen GmbH-Geschäftsführer klarkommen müssen bei ihrer Tätigkeit. Es gibt viele Beispiele, in denen Fremdgeschäftsführer, man könnte sagen an der kurzen Leine geführt werden. Regelmäßige Vorgaben der Gesellschafterversammlung oder gar klare Anweisungen des Hauptgesellschafters sind keine Seltenheit, eine Situation, die vor allem in eigentümergeführten mittelständischen GmbHs oft anzutreffen ist. Daneben wurde aber auch immer wieder der Vergleich mit dem Sozialversicherungsrecht herangezogen, um die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers, der keine oder nur wenig Anteile an der Gesellschaft hält, zu begründen. Bekanntlich werden ja GmbH-Geschäftsführer anders als Vorstände einer AG sozialversicherungsrechtlich als abhängig Beschäftigte eingestuft. So ist der Versuch, einen Geschäftsführer etwa mit einer Drittelbeteiligung aus der Sozialversicherung herauszuführen, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Sperrminoritäten vorsieht, ein nahezu aussichtsloses Unterfangen.

In der juristischen Praxis galt es dagegen bisher als eindeutig, dass das Dienstverhältnis des Geschäftsführers jedenfalls regelmäßig kein Arbeitsverhältnis ist.⁶ Vor allem der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der entgeltliche Anstellungsvertrag des Geschäftsführers kein Arbeitsvertrag, sondern stets ein freier Dienstvertrag ist. Dabei bestand stets Übereinstimmung, dass sich die Bindung des Geschäftsführers an Weisungen der Gesellschafterversammlung aus der organschaftlichen Stellung des Geschäftsführers ergibt und nicht mit der arbeitsrechtlichen Weisungsgebundenheit gleichgesetzt werden kann. Auch der Gesichtspunkt der Eingliederung in einen Betrieb kann, so die h.M., nicht als Indiz für die persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers gewertet werden, da auch sie korporationsrechtlich bedingt ist. Aus arbeitsrechtlicher Sicht steht deshalb bisher der Geschäftsführer vielmehr für die GmbH selbst und nimmt als oberste Leitungsmacht Arbeitgeberfunktion wahr.⁷ Vor allem im Hinblick auf diese Arbeitgeberstellung wurde somit von der herrschenden Meinung bisher zu Recht die gleichzeitige Qualifikation als Arbeitnehmer der Gesellschaft ausgeschlossen.

Aufregung war durch zwei Entscheidungen des BAG zu diesem Thema aus dem Jahre 1999 entstanden. Angefangen hatte es mit dem Beschluss vom 6.5.1999. Dort hatte der 5. Senat festgelegt, dass die Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis eines Organvertreters generell nicht (mehr) zuständig sind.⁸ Auch wenn es in dieser Entscheidung in erster Linie um Zuständigkeitsfragen ging, war bereits in diesem Beschluss erstmals angeklungen, dass der Senat die Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses zwischen juristischer Person und Vertretungsorgan wegen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis als denkbar ansah. Nur zwanzig Tage später, am 26.5.1999⁹ wurde der 5. Senat deutlicher und legte klar fest, dass das Dienstverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers im Einzelfall auch ein Arbeitsverhältnis sein kann. Der Status als Repräsentationsorgan der Gesellschaft stehe – so der 5. Senat – einer arbeitsrechtlichen Weisungsabhängigkeit nicht mehr zwingend entgegen. Ob ein Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft

steht, soll – so das BAG – davon abhängen, ob die Gesellschaft eine über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat. Oder anders ausgedrückt: Unterliegt der Geschäftsführer einem umfassenden Direktionsrecht der Gesellschaft im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung seiner Tätigkeit, soll ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Dabei stellte der 5. Senat ausdrücklich fest, dass nicht der Umfang der Vertretungsbefugnis maßgeblich sein soll, sich die Abgrenzung vielmehr an den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Dienstverhältnis orientieren soll. Mit anderen Worten: Nach Vorstellung des 5. Senats in der Entscheidung vom 26.5.1999 waren also GmbH-Geschäftsführer-Dienstverträge wie alle freien Dienstverträge nach allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und freiem Dienstverhältnis andererseits zu prüfen. Damit sollten letztlich die Kriterien, die für die Beurteilung freier Mitarbeiterverhältnisse entwickelt worden sind, nach Vorstellung des BAG auch bei GmbH-Geschäftsführern herangezogen werden.¹⁰ Das BAG hat diese Rechtsprechung fortgesetzt in der Entscheidung vom 25.10.2007.¹¹ Dort ging es um einen zum Geschäftsführer beförderten früheren Arbeitnehmer, der sich nach der Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrages auf allgemeinen Kündigungsschutz berief, allerdings ohne Erfolg.

Fasst man all die Argumente zusammen, die seitens der Literatur einerseits oder der Rechtsprechung andererseits für den Status des Arbeitnehmers sprechen sollen, wird doch eins deutlich: das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer allein soll nach bisheriger Vorstellung im deutschen Recht die Arbeitnehmerstellung des GmbH-Geschäftsführers nicht begründen können.

III. Der EuGH gewährt Geschäftsführern Arbeitnehmerschutz

1. Danosa-Entscheidung des EuGH vom 11.11.2010

Das dem EuGH vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen des lettischen Kassationsgerichts betraf die alleinige Geschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Frau Dita Danosa. Diese war durch Beschluss der Gesellschafterversammlung als Geschäftsführerin abberufen worden. Da Frau Danosa zum Zeitpunkt

⁵ So etwa *Martens*, in: Dieterich (Hrsg.), FS Hilger/Stumpf, 1983, 437, 440f.; zur historischen Entwicklung der arbeitsrechtlichen Einordnung der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen vgl. *Gissel*, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, 1987, S. 10; besondere Rechtsprechung liegt vor zum Geschäftsführer einer Betriebskrankenkasse, BAG, 25.7.1996 – 5 AZB 5/96, BB 1996, 2204.

⁶ BGH, 14.7.1980 – II ZR 161/79, BB 1980, 1397; BGH, 29.1.1981 – II ZR 92/80, BB 1981, 752; 11.5.1981, DB 1981, 1661; 26.3.1984 – II ZR 229/83, BB 1984, 1381 und 26.3.1984 – II ZR 120/83, BB 1984, 1892, NJW 1984, 2366 und 2528; für den stellvertretenden Geschäftsführer: BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, DB 1999, 1906; dagegen OLG Frankfurt, 6.6.2005 – 18 U 140/04; für den Geschäftsführer einer Vor-GmbH: BAG, 13.5.1996 – 5 AZB 27/95, BB 1996, 1774; für den Geschäftsführer, dessen Bestellung unterblieben ist: BAG, 25.6.1997 – 5 AZR 41/96, BB 1997, 2008; ferner die ausführliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen bei *Hueck*, ZfA, 1985, 25, 27 ff.

⁷ So ausdrücklich *Hueck*, ZfA 1985, 25, 31.

⁸ BAG, 6.5.1999 – 5 AZB 22/98, BB 1999, 1437, NZA 1999, 839.

⁹ BB 1999, 1276; kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil bei *Reiserer*, DStR 2000, 31, 32; abweichend OLG Frankfurt, 6.6.2005 – 18 U 140/04.

¹⁰ Vgl. auch BAG, 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06, BB-Rechtsprechungsreport *Roesner*, BB 2008, 228, DB 2008, 355, wonach im Einzelfall zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft auch ein Arbeitsverhältnis bestehen kann.

¹¹ BAG, 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06, BB-Rechtsprechungsreport *Roesner*, BB 2008, 228, DB 2008, 355, ausführlich hierzu *Bauer/Arnold*, DB 2008, 350.

der Abberufung schwanger gewesen war, hielt sie den Abberufungsbeschluss für rechtswidrig und berief sich hierzu insbesondere auf RL 92/85/EWG vom 19.10.1992 („Mutterschutz-Richtlinie“). Das innerstaatliche Recht sieht ähnlich wie in Deutschland für den Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft zwei Positionen vor: Die Gesellschafterversammlung bestellt den Geschäftsführer und hat auch die Befugnis ihn jederzeit durch Gesellschafterbeschluss wieder abzuberufen. Daneben soll mit dem Mitglied des Leitungsorganes von Kapitalgesellschaften ein Arbeitsvertrag geschlossen werden. Die Besonderheit in dem vorgelegten Sachverhalt bestand darin, dass es unstrittig nur einen Abberufungsbeschluss gab, ob ein Arbeitsvertrag oder sonstiger Dienstvertrag geschlossen worden war, blieb bis zum Schluss streitig.¹²

Das lettische Kassationsgericht hatte das Argument von Frau Danosa, sie unterliege dem Schutz der Mutterschutz-Richtlinie aufgegriffen und dem EuGH im Rahmen der Vorabentscheidung die Frage vorgelegt, ob Mitglieder eines Leitungsorganes einer Kapitalgesellschaft unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen. Diese Frage hat der EuGH klar und deutlich bejaht und dies damit begründet, dass auch das Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft – meist – seine Leistung nach Weisungen Dritter erbringt – eines weiteren Gesellschaftsorgans – und hierfür eine Vergütung erhält. Und dass die Geschäftsführerin von der Gesellschafterversammlung und damit von einem Organ jederzeit entlassen werden kann, welches von ihr jedenfalls nicht kontrolliert wurde und welches jederzeit gegen ihren Willen entscheiden konnte.

2. Berücksichtigung vom Geschäftsführer bei der Massenentlassungsanzeige: Urteil vom 9.7.2015

Die jüngste Entscheidung des EuGH vom 9.7.2015¹³ zum Status des GmbH-Geschäftsführers betraf eine Betriebsschließung.

Eine GmbH in Deutschland mit knapp 20 Mitarbeitern stellte Anfang 2003 den Geschäftsbetrieb ein und kündigte allen Mitarbeitern. Eine Massenentlassungsanzeige wurde nicht eingereicht unter anderem mit der Begründung, dass gem. § 17 Abs. 5 Nr. 5 KSchG Mitglieder des Organs, die zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen sind, für den Schwellenwert von 20 nicht mitzuzählen sind. Im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens hatte sich ein Mitarbeiter auf die Unwirksamkeit seiner Kündigung berufen unter Hinweis auf die fehlende Massenentlassungsanzeige. Dies hat das Arbeitsgericht Verden veranlasst, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH unter anderem die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Massenentlassungsanzeige mit zu berücksichtigen ist.

Das Unionsrecht regelt die Massenentlassungsanzeige in der Richtlinie 98/59, die wichtige Grundregeln für Massenentlassungen enthält. Die Richtlinie endet mit der Formulierung „Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder für den Arbeitnehmer günstigere tarifvertragliche Vereinbarungen zuzulassen oder zu fördern“. Im deutschen Recht findet sich die Massenentlassungsanzeige in § 17 des Kündigungsschutzgesetzes, wobei der Gesetzgeber in Abs. 5 Nr. 1 geregelt hat, dass als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift nicht gelten in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Die nationale

Regelung ist damit klar. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 ist der Geschäftsführer der GmbH für die Berechnung des Schwellenwertes nicht mit zu berücksichtigen.

Aus Sicht des EuGH steht diese deutsche Regelung der Richtlinie 98/89 entgegen, denn die Richtlinie soll der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten dienen, sodass der Arbeitnehmerbegriff autonom und einheitlich ausgelegt werden muss. Wie schon in der Danosa-Entscheidung verweist der EuGH auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach der Begriff des Arbeitnehmers anhand objektiver Kriterien zu definieren ist, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. In diesem Kontext besteht – so der EuGH – das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisungen Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dass der Geschäftsführeranstellungsvertrag nach der deutschen Rechtsprechung kein Arbeitsvertrag ist, ist nach Auffassung des EuGH ohne Bedeutung. Nicht zuletzt auch unter Verweis auf die Danosa-Entscheidung und weitere Urteile hebt der EuGH nochmals hervor, dass die Natur des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ohne Bedeutung ist. Der Geschäftsführer erbringe seine Tätigkeit gegen Entgelt, wobei er unter Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft tätig ist, der Gesellschafterversammlung. Er könne jederzeit gegen seinen Willen abberufen werden. Obwohl dieser Gesichtspunkt in dem Sachverhalt nicht ausschlaggebend war weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass die Frage, ob der Geschäftsführer Anteile hat oder nicht, letztlich nicht entscheidend sei.

Der betroffene deutsche Arbeitgeber hatte unter anderem auch damit argumentiert, dass Mitglieder der Geschäftsführung anders als Arbeitnehmer nicht des Schutzes durch die Richtlinie 98/59 bedürften. Dieser Ansicht folgt der EuGH nicht und sieht keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Geschäftsführer einer GmbH sich zwangsläufig in einer anderen Lage befindet als sonstige Arbeitnehmer der Gesellschaft. Dabei gibt der EuGH allerdings zu Recht zu bedenken, dass es vorliegend gar nicht in erster Linie um den Schutz des Geschäftsführers geht, sondern der im Übrigen betroffenen Arbeitnehmer, die sich bei Verstoß gegen den Schwellenwert allesamt auf die Nichteinhaltung des Massenentlassungsverfahrens berufen können.

IV. Das BAG eröffnet Geschäftsführern den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Aber nicht nur der EuGH, sondern auch das BAG und dort der 10. Senat erweist sich – neuerdings – als Fürsprecher der Geschäftsführer einer GmbH und eröffnet den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten, der fast 20 Jahre verschlossen war.

Das BAG hatte sich in der Vergangenheit in stetiger Regelmäßigkeit mit der Frage zu beschäftigen, ob einem zum GmbH-Geschäftsführer aufgestiegenen Arbeitnehmer für die Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag gegen die Gesellschaft der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten freisteht.¹⁴ Dass dies nicht völlig unproble-

12 Ausführlich zu Inhalt und Begründung der Danosa-Entscheidung, Reiserer, Arbeitnehmerschutz für Geschäftsführer?, DB 2011, 2262 ff.

13 BB 2015, 2554, ausführlich hierzu Lunk, NZA 2015, 917.

14 Etwa BAG, 26.10.2012 – 10 AZB 60/12 mit Anm. Arnold, FD-ArbR 2013, 343396.

matisch möglich ist, zeigt sich an der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Danach gelten Personen in Betrieben einer juristischen Person, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglied eines Vertretungsorgans zur Vertretung einer juristischen Person berufen sind, nicht als Arbeitnehmer. Der GmbH-Geschäftsführer, der die Gesellschaft nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich vertritt, fällt insoweit auch unter die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Somit bleibt dem GmbH-Geschäftsführer bei einem Rechtsstreit mit der GmbH der Weg zu den Arbeitsgerichten grundsätzlich versperrt, da es sich gerade nicht um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG handelt.

Die Einschränkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG greift allerdings nur soweit, wie die dort geregelte gesetzliche Vermutung auch reicht.¹⁵ Denn Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, „Hausstreitigkeiten im Arbeitgeberlager“ vor den Arbeitsgerichten zu vermeiden.¹⁶ Bei den in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG genannten Personen handelt es sich um Vertreter juristischer Personen und Personengesamtheiten, die für diese eine Arbeitgeberfunktion wahrnehmen. Sie sind letztlich der „personalisierte Arbeitgeber“.¹⁷

In der Rechtsprechung galt daher bislang, dass sich die gesetzliche Vermutung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auf alle Ansprüche des GmbH-Geschäftsführers, die ihren Entstehungsgrund im Anstellungsverhältnis haben, bezieht und insoweit bei entsprechenden Streitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH die ordentlichen Gerichte zuständig sind, nicht die Arbeitsgerichte.¹⁸ Dies galt ohne Rücksicht darauf, ob wegen der Besonderheiten des Einzelfalles das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH ausnahmsweise als Arbeitsverhältnis angesehen werden musste. Auch dann, wenn der Organvertreter an sich wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person angesehen wurde, konnte er mit seiner Klage nicht vor die Arbeitsgerichte ziehen. Den Höhepunkt der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes hierzu bildete der Beschluss des 5. Senats vom 6.5.1999, in dem der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten auch für den Fall ausgeschlossen wurde, dass der Geschäftsführer einer GmbH gegen die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses Klage erhoben hat, obwohl er im Zeitpunkt der Klageerhebung als Geschäftsführer bereits abberufen war.¹⁹ Damit stellte das BAG auch den abberufenen Geschäftsführer in das „Lager“ des Arbeitgebers.²⁰

Seit dem Jahr 2011 hat die Antwort auf die Frage der Reichweite der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG durch die Rechtsprechung des BAG nach und nach eine Änderung erfahren. Dies kann nicht zuletzt auf den Wechsel der Zuständigkeit für Fragen des Arbeitnehmerstatus vom 5. Senat zum 10. Senat des BAG in den Jahren 2011 bis 2013 zurückgeführt werden.

Nach neuerer Rechtsprechung des BAG soll unter bestimmten Voraussetzungen die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht (mehr) greifen und damit der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bei Streitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH geebnet sein. Dies kann sich etwa dann ergeben, wenn dem Rechtsstreit zwischen dem Mitglied des Vertretungsorgans und der juristischen Person nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis, sondern eine weitere Rechtsbeziehung zugrunde liegt.²¹ Das soll beispielsweise der Fall sein, wenn der in der Zwischenzeit abberufene Geschäftsführer Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht

aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach seiner Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar läge der Bestellung einer Person zum Geschäftsführer eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und die grundsätzlich zu einer Aufhebung eines vorgeschalteten Arbeitsvertrages führt. Dies sei aber keinesfalls zwingend. Die Bestellung zum Geschäftsführer könne zum einen auf einem Arbeitsvertrag beruhen; zum anderen bliebe der Arbeitsvertrag aber auch dann bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsvertrages die Einhaltung der Schriftform nach § 623 BGB voraussetze.²²

Ende des Jahres 2014 hat das BAG seine Rechtsprechung zur Rechtswegzuständigkeit bei Streitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH weiter fortentwickelt.²³ Nach der bis dahin geltenden Rechtsprechung mussten die Voraussetzungen für das Eingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG im Zeitpunkt der Zustellung der von dem Geschäftsführer erhobenen Klage vorliegen. War der Geschäftsführer bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam abberufen worden, so blieb der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten durch § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gesperrt. Der noch amtierende Geschäftsführer musste seinen Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten austragen.²⁴

Nun hat das BAG entschieden, dass nicht mehr die Organstellung des (noch) bestellten Geschäftsführers im Zeitpunkt der Klageerhebung entscheidender Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit des Rechtswegs ist. Vielmehr komme es für das Eingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auf den Zeitpunkt einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit an. Wird ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch bestellter Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen, begründet dies in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten also in Zukunft die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen.²⁵ Gleiches gilt, wenn der Geschäftsführer bis zu diesem Zeitpunkt wirksam sein Amt niederlegt.²⁶ Sowohl die Abberufung als Geschäftsführer als auch die Amtsniederlegung lassen sich zu jedem späterem Zeitpunkt sicher feststellen. Dagegen würde – so das BAG – das ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung die Möglichkeit der Manipulation eröffnen. Denn käme es allein auf diesen Zeitpunkt an, hätten es die Gesellschafter nach einer Kündigung in der Hand, durch ein Hinausschieben der Abberufungsentscheidung eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch in den Fällen auszuschließen, in denen unzuweifelhaft ein Arbeitsverhältnis vorliegt, so der 10. Senat des BAG.²⁷

15 So auch *Stagat*, NZA 2015, 193, 194.

16 *Natter/Gross/Perschke*, ArbGG, 2. Aufl., § 5, Rn. 40.

17 BAG, 20.8.2003 – 5 AZB 79/02; BB 2003, 2352 m. BB-Komm. *Graef, Natter/Gross/Perschke*, ArbGG, 2. Aufl., § 5, Rn. 40; *Stagat*, NZA 2015, 193, 194.

18 BAG, 20.5.1998 – 5 AZB 3/98, NZA 1998, 1247.

19 BAG, 6.5.1999 – 5 AZB 22/98, BB 1999, 1437, NZA 1999, 839.

20 So auch *Stagat*, NZA 2015, 193, 194.

21 BAG, 15.3.2011 – 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874.

22 BAG, 15.3.2011 – 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874; so auch: BAG, 23.8.2011 – 10 AZB 51/10, DB 2011, 2386; BAG, 26.10.2012 – 10 AZB 60/12, DB 2012, 2699; BAG, 4.2.2013 – 10 AZB 78/12, DB 2013, 521; BAG, 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137.

23 BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14; BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, GmbHR 2015, 27.

24 BAG, 15.11.2013 – 10 AZB 28/13 (Rn. 23 m. w. N.), GmbHR 2014, 137.

25 BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, GmbHR 2015, 27.

26 BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180 ff.

27 BAG, 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180 ff.; BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, GmbHR 2015, 27; bestätigt vom neunten Senat in der jüngsten Entscheidung vom 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, wo es um einen angestellten Verbandsge-

In Zukunft haben Geschäftsführer damit die Möglichkeit, die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten selbst herbeizuführen. Denn nach der Entscheidung des 10. Senats vom 3.12.2014 reicht es hierfür aus, dass der Geschäftsführer sein Amt bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit niederlegt. Jetzt ist nur noch erforderlich, dass er behauptet, ohnehin nur Arbeitnehmer gewesen zu sein, um in den Genuss des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu kommen.²⁸

Aus Sicht der Geschäftsführer mag dieser Wandel in der Rechtsprechung zunächst als Sieg gefeiert werden. So wird doch der Zugang zu den Arbeitsgerichten oft schon als erster Schritt in den erstrebten Bereich des Arbeitnehmerschutzrechtes gefeiert. Der erste Gütertermin wird vom Arbeitsrichter in der Regel innerhalb von 4–8 Wochen bestimmt, Gerichtskosten sind vor Einreichung der Klage nicht einzuzahlen und außerdem tragen die Parteien in der I. Instanz ihre Kosten selbst, sodass auch die Risikobereitschaft nicht im Nachhinein bestraft wird. Prozessual hat die Öffnung der Arbeitsgerichte für GmbH-Geschäftsführer aber sehr wohl auch Nachteile. Denn Geschäftsführer einer GmbH, denen die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages ausgesprochen wurde, sehen sich regelmäßig mit der Situation konfrontiert, dass mit Zugang der fristlosen Kündigung die Gehaltszahlungen unverzüglich eingestellt werden. Die Gestaltungs- bzw. Feststellungsklagen gegen die Unwirksamkeit der Abberufung und/oder fristlose Kündigung führen erst nach Monaten oder gar Jahren zu einer rechtskräftigen Entscheidung, die dann Grundlage für weitere Vergütungsansprüche sein kann. Um die Sicherung der Liquidität des bisherigen Organs zu ermöglichen, wurden deshalb bisher Vergütungsansprüche gerne im Wege der Urkundenklage geltend gemacht. Der Geschäftsführer legte seinen Geschäftsführerdienstvertrag und die letzten Gehaltsabrechnungen im Original vor und konnte innerhalb weniger Wochen den ersten vollstreckbaren Titel in der Hand halten. Denn zu ihrer „Verteidigung“ müsste die Gesellschaft beweisen können, dass das Anstellungsverhältnis durch die Kündigung beendet worden ist, sodass keine Vergütungsansprüche mehr bestehen. Dies wird im Fall der außerordentlichen Kündigung in der Regel mit den im Urkundenprozess zur Verfügung stehenden Beweismitteln – Urkunden oder Parteivernehmung – schwer gelingen.²⁹ Hier war der Geschäftsführer also bisher sogar im Vorteil gegenüber sonstigen Arbeitnehmern, die vor den Arbeitsgerichten gem. § 46 II 2 ArbGG mit der Urkundenklage ausgeschlossen sind. Im Hinblick darauf, dass die Zahlungen von der Agentur für Arbeit die bisherige Nettovergütung des Geschäftsführers in der Regel auch nicht ansatzweise erreichen, war der Urkundenprozess ein wünschenswertes prozessuales Gestaltungsmittel.

Befürworter der Entscheidungen des 10. Senats werden sagen, es steht dem Geschäftsführer auch in Zukunft frei, vor den Landgerichten seine Vergütung einzuklagen, wenn er sich nicht auf den Status eines Arbeitnehmers beruft. Aber darin liegt gerade die Crux: Geschäftsführer, die nach dem bisherigen deutschen Arbeitnehmerbegriff nicht als Arbeitnehmer eingestuft werden und nach § 14 KSchG nicht auf gesetzlichen Kündigungsschutz zurückgreifen können, versuchen im Fall der streitigen Auseinandersetzung mit der Gesellschaft natürlich gerne, ihren Arbeitnehmerstatus in den Ring zu werfen, um damit eine Verhandlungsposition zu erreichen. Damit steht der Geschäftsführer also in Zukunft vor der Entscheidung

Pest oder Cholera: Macht er seine Ansprüche im Zusammenhang mit einer außerordentlichen Kündigung vor dem Arbeitsgericht geltend, kann er sich auf seinen Arbeitnehmerstatus berufen, muss im Gegenzug aber auf die Möglichkeit der schnellen Zahlungsklage im Wege des Urkundenprozess verzichten. Klagt er seine Vergütungsansprüche dagegen beim Landgericht ein, kann er sich nicht auf seinen Arbeitnehmerstatus berufen. Denn in diesem Fall müsste das Landgericht unter Verweis auf die neuste Rechtsprechung des 10. Senats des BAG die Zuständigkeit ablehnen und an das Arbeitsgericht abgeben.

V. Ergebnis

Vor vier Jahren war mein Fazit zur Danosa-Entscheidung: Die Headline „schwängere Geschäftsführerinnen genießen Kündigungsschutz“ hat es insich!³⁰ Heute lässt sich konstatieren: Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts kann der Geschäftsführer einer GmbH bereits für sich beanspruchen. Auch der Weg zu den Arbeitsgerichten ist ihm, wenn er sich geschickt verhält, für alle Streitigkeiten aus dem Geschäftsführerdienstverhältnis eröffnet. Eines ist jedoch (noch) nicht überwindbar: Für die Kündigung des Geschäftsführers gilt gem. § 14 Abs. 1 KSchG nicht der allgemeine Kündigungsschutz und da es bei der Kündigung generell auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ankommt, spielt es auch keine Rolle, ob der Geschäftsführer später sein Amt niederlegt. Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht anwendbar und Abfindungsverhandlungen sind darauf beschränkt, was im Geschäftsführerdienstvertrag verabredet war. Dennoch bleibt es auch in Zukunft spannend und wir sollten weiter darauf achten, was die Deutsche Gerichtsbarkeit aus den Vorlagen des EuGH und des 10. Senats des BAG alles ableiten wird, die Möglichkeiten bleiben wahrlich vielfältig!

Dr. Kerstin Reiserer ist Fachwältin für Arbeitsrecht und Mitbegründerin der Kanzlei RB Reiserer Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Heidelberg. Lehrbeauftragte an der Universität Mannheim. Autorin zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referentin bei großen Fachtagungen.



schäftsführer ging; sehr kritisch zu der Ausweitung des Zuständigkeitsbereichs der Arbeitsgerichte *Geck/Fiedler*, BB 2015, 1077 ff.

28 Die Frage, inwieweit die sogenannten Sic-Non-Fälle für Organvertreter gelten ist nach wie vor umstritten, vgl. hierzu MAH-Reiserer, § 9 Rn. 7 (verneinend) *Stargat*, NZA 2015, 193, 197 (bejahend); der 9. Senat kommt in der Entscheidung vom 8.9.2015 zu dem Ergebnis, dass die Beendigung der Fiktionswirkung des § 5 I 3 ArbGG nach Beendigung der Organstellung nicht nur sog. Sic-non-Fälle betrifft, sondern allgemein gilt, BAG, 8.9.2015 – 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1344.

29 Ausführlich hierzu: *Reiserer/Peters*, Die anwaltliche Vertretung von Geschäftsführern und Vorständen bei Abberufung und Kündigung, DB 2008, 176 ff.

30 DB 2011, 2262.