

## ARBEITSRECHT

OKTOBER 2019

### Geschäftsführer als Arbeitnehmer?

Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH ist regelmäßig kein Arbeitsvertrag und damit ein Geschäftsführer kein Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts. Das gilt auch, wenn der Geschäftsführer vor Ausspruch der Kündigung als Geschäftsführer abberufen wurde. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen.

In einem aktuellen Urteil vom 26.03.2019, Az. II ZR 244/17, hat nunmehr aber der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass der Fremdgeschäftsführer einer GmbH bei europarechtskonformer Auslegung jedenfalls dann als Arbeitnehmer im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG anzusehen ist, wenn aufgrund der Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrages der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.

#### 1. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

Der im Jahr 1955 geborene klagende Geschäftsführer war seit 2005 Geschäftsführer bei der beklagten „T-GmbH“. Der Anstellungsvertrag enthielt folgende Klausel:

„§ 7

- (1) *Dieser Dienstvertrag wird für die Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2010 abgeschlossen*
- (2) (...)
- (3) *Unabhängig davon behalten sich beide Vertragsschließenden vor, mit Ihrem Eintritt in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu beenden. Eine solche Beendigung des Dienstverhältnisses gilt als Übergang in den Ruhestand und löst die Leistungen nach den Versorgungszusagen aus.*
- (4) (...)

Der Dienstvertrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 31.08.2018. Im Anschluss daran wurde die Beklagte mehrfach veräußert.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 03.08.2015 wurde der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten abberufen und mit Schreiben vom 03.09.2015 widerruflich freigestellt.

Mit Schreiben vom 23.06.2016 erklärte die Beklagte unter Beifügung des Gesellschafterbeschlusses vom selben Tag die Kündigung des Dienstvertrags des Klägers zum 31.12.2016.

Daraufhin klagte dieser beim Landgericht Hagen und wollte festgestellt haben, dass sein Dienstvertrag durch die Kündigung zum 31.12.2016 nicht beendet wurde.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die im Anschluss geführte Berufung am Oberlandesgericht Hamm führte ebenfalls nicht zum Erfolg.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, sodass der Kläger sein Begehren vor dem BGH weiterverfolgte. Dieser gab dem Kläger nunmehr Recht und hob das Urteil auf. Nach Zurückverweisung hat das Oberlandesgericht Hamm nun erneut zu entscheiden.

#### 2. Entscheidungsgründe

##### a) Anwendungsbereich des AGG

Der BGH prüfte zunächst, ob der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist. Dies bejahte er grundsätzlich, denn der Ausschluss für Kündigungen in § 2 Abs. 4 AGG gilt nur für Kündigungen, die in den Anwendungsbereich des KSchG fallen. Das KSchG findet aber auf GmbH-Geschäftsführer keine Anwendung.

Eine unmittelbare Anwendbarkeit des AGG über § 6 Abs. 3 AGG fällt aus Sicht des Gerichts aus, da eine Kündigungsklausel nicht den Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg regelt. Nur für solche Klauseln eröffnet § 6 Abs. 3 AGG aber die Anwendbarkeit des AGG. Einer Auslegung und Erweiterung des § 6 Abs. 3 AGG auf Kündigungen trat der BGH entschieden entgegen. Nach Ansicht des BGH ist nach deutschem Recht eine Auslegung gegen den Wortlaut und den Willen des Gesetzgebers nicht zulässig. Auch eine unionsrechtskonforme Auslegung dürfe nicht dazu führen, dass nationales Recht entgegen des Wortlautes (contra legem) ausgelegt wird.

Nach Ansicht des BGH wird der Anwendungsbereich des AGG aber durch § 6 Abs. 1 AGG eröffnet. Im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH hält das Gericht einen GmbH-Geschäftsführer jedenfalls dann für einen Arbeitnehmer, wenn der sachliche Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG gegeben

ist, wobei auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff abzustellen sei.

Dass in solchen Konstellationen der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff anzuwenden ist, hatte der BGH zuvor noch offengelassen. Nunmehr wird dies damit begründet, dass das AGG gleich vier Antidiskriminierungsrichtlinien umsetze, denen der deutsche Arbeitnehmerbegriff gerade nicht zu Grunde liege.

Dies stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar, denn bisher vertrat der BGH die Auffassung, dass Organmitgliedern grundsätzlich der Arbeitnehmerstatus abzuerkennen sei.

Gleichzeitig stellte der BGH aber auch klar, dass GmbH-Geschäftsführer weiterhin dem nationalen Arbeitnehmerbegriff nicht unterfallen. Dabei bezieht sich der BGH auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), nach der GmbH-Geschäftsführer nur in „extremen Ausnahmefällen“ auf der Basis eines Arbeitsvertrages tätig würden.

## b) Sachliche Rechtfertigung?

Schließlich hatte der BGH zu prüfen, ob die Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters durch die Kündigungsklausel gerechtfertigt war.

Das Oberlandesgericht Hamm hatte dies angesichts der anschließenden hohen betrieblichen Altersversorgung auf Grundlage einer Analogie zu § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG angenommen. Diese Analogie lehnte der BGH aber ab.

Damit verblieb nur der generelle Rechtfertigungsgrund des § 10 Satz 1 AGG. Danach können objektive, angemessene und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigte Gründe eine Altersdiskriminierung rechtfertigen.

Der BGH verwies diesbezüglich den Rechtsstreit zurück, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, etwaige Rechtfertigungsgründe nach § 10 Satz 1 darzulegen. Dabei können nach Ansicht des Gerichts betriebs- und unternehmensbezogene Interessen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters insoweit rechtfertigen, wie sie sich als Teil einer allgemeinen Sozialpolitik darstellen.

Zudem stellte der BGH klar, dass es generell nicht nachvollziehbar sei, einen GmbH-Geschäftsführer seines Alters wegen zu diskriminieren. Schließlich sei gerade die Erfahrung, die ein älterer Geschäftsführer in eine GmbH einbringt, oftmals ein Gewinn für das Unternehmen.

## Praxishinweis

Aus dieser Rechtsprechung folgt nun für Fremd- und Minderheitsgesellschafter eine Zweiteilung:

Findet der nationale Arbeitnehmerbegriff Anwendung, sind sie nur in extremen Ausnahmefällen Arbeitnehmer und im Zweifel keine arbeitnehmerähnliche Personen.

Deshalb greift der für Arbeitnehmer vorgesehene Schutz nur in Ausnahmefällen und bei entsprechenden Regelungen im Anstellungsvertrag.

Ist allerdings der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zu Grunde zu legen, stehen die gesetzlichen Schutzmechanismen für Arbeitnehmer auch dem GmbH-Geschäftsführer zu.

Im Ergebnis kann die Trennung zwischen nationalem und unionsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff, wenn sie auch systematisch nachvollziehbar ist, nicht so richtig überzeugen.

Unklar bleibt, wann der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff gilt, denn selbst bei einem Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff im zu Grunde liegenden Unionsrecht gelangt gleichwohl der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff zur Anwendung, wenn anderenfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinien und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gefährdet wären.

Letztlich darf aber die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs nicht dazu führen, dass bestimmte Personengruppen willkürlich von dem durch eine Richtlinie gewährten Schutz ausgeschlossen werden.

Offen bleibt auch, welche legitimen Ziele eine (angemessene) Benachteiligung wegen des Alters rechtfertigen. Daraus folgt eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Es kann deshalb nur empfohlen werden, auf diskriminierende Klauseln – gleich ob wegen des Alters oder aus anderen vom AGG geschützten Gründen – entweder ganz zu verzichten oder diese nur sehr sparsam und aus wohl überlegten betrieblichen Gründen zu verwenden. Dies sollte künftig unbedingt auch im Zusammenhang mit Anstellungsverträgen mit Fremd- oder Minderheitsgeschäftsführern der Fall sein.



## Carsten Ullrich

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (TÜV®)

**Telefon** +49 (0)351 424 73 9-11

**Telefax** +49 (0)351 424 73 9-60

**E-Mail** ullrich@ullrich-rechtsanwaelte.de

**Internet** www.ullrich-rechtsanwaelte.de