

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 18. Januar 2007
17 Uhr

Dr. Oliver Lücke
Kanzlei Spitzweg und Partner

„Arbeitsrecht für Organmitglieder“

ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

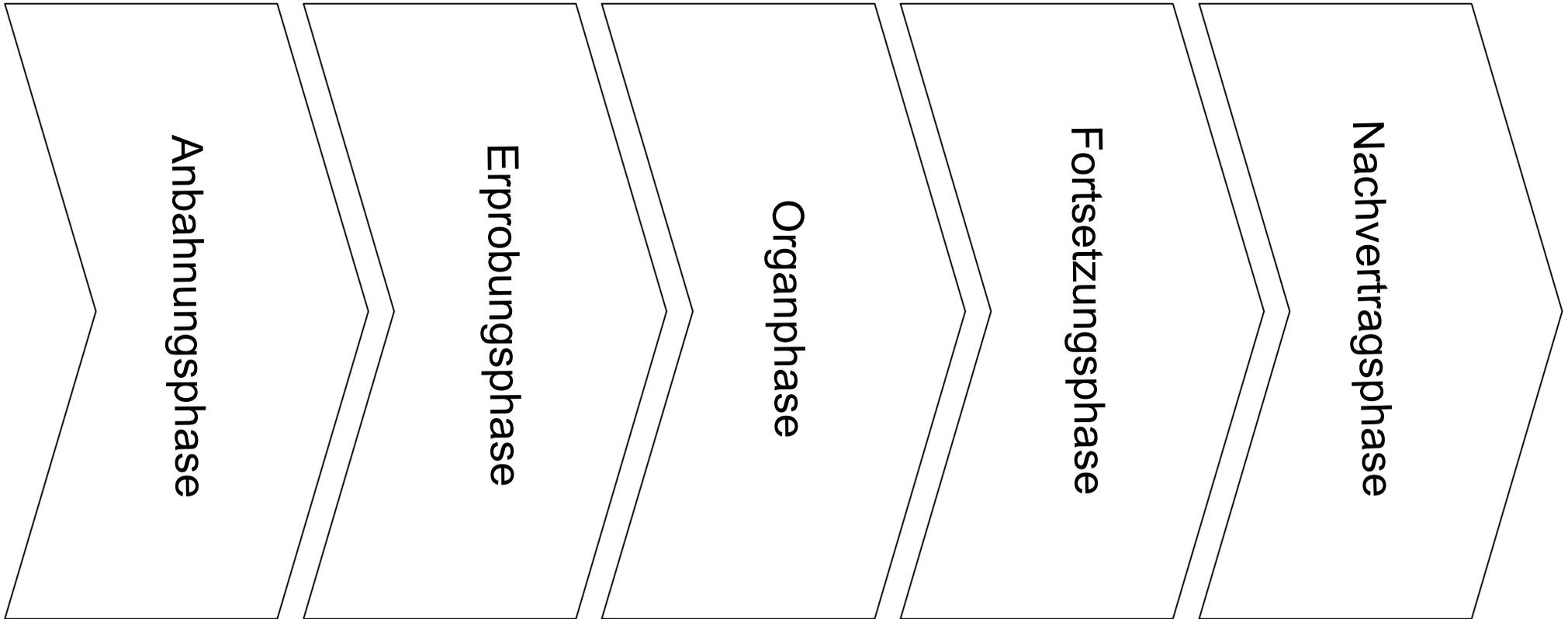
Arbeitsrecht für Organmitglieder ?

München, 18. Januar 2007

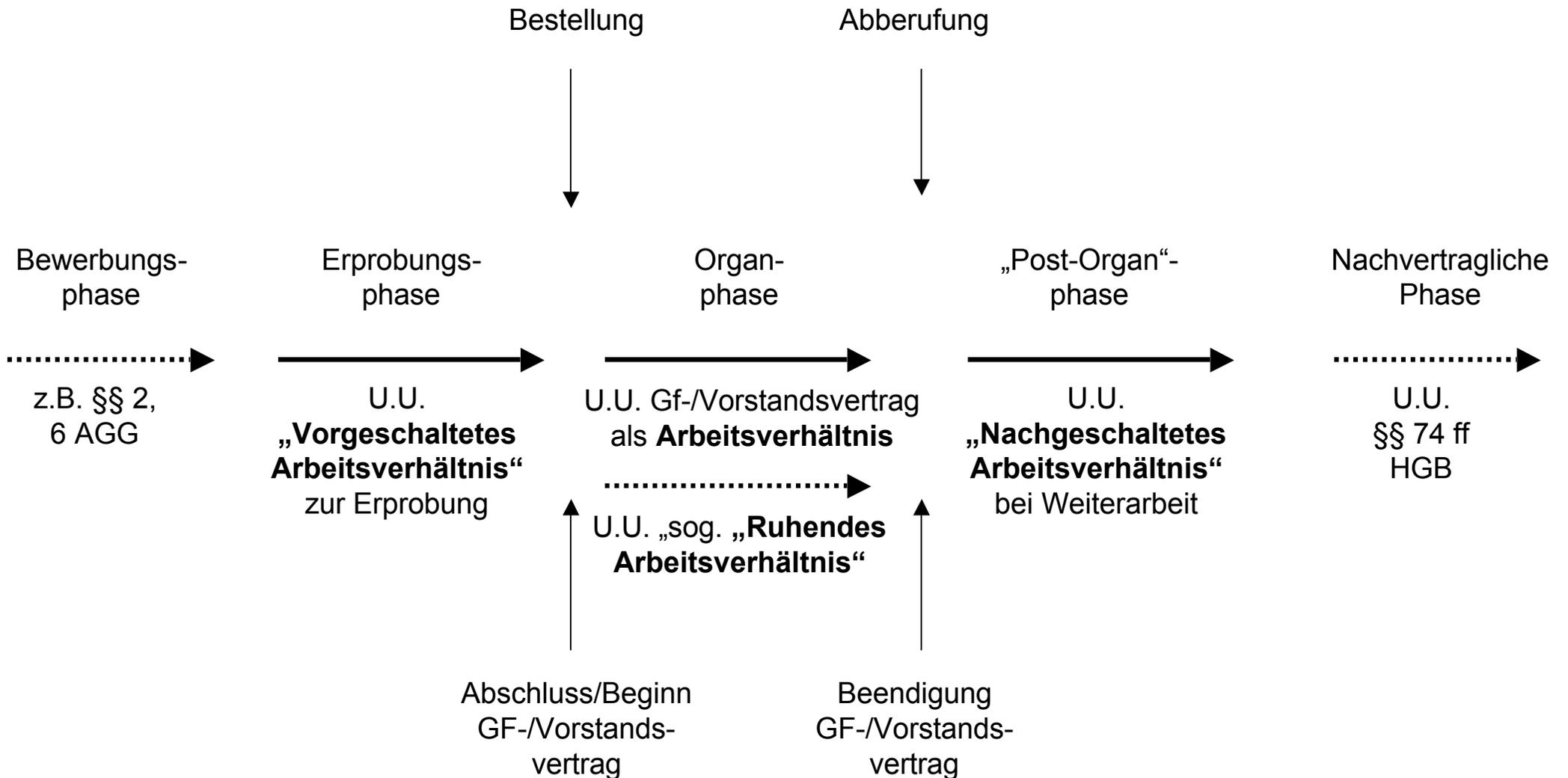
RA, FAArbR Dr. Oliver Lücke

SPITZWEG Partnerschaft

Mögliche Phasen vertraglicher Beziehungen von Organmitgliedern



Arbeitsrecht für Organmitglieder !



Verhältnis Bestellung/Anstellung

Sog. Doppelstellung von Geschäftsführer und Vorstandsmitglied

Bestellung

Übertragung der
gesetzes- und satzungsmäßigen
Rechte/Pflichten

Körperschaftliche Beziehung

← →
Trennungstheorie

Anstellung

Vertragliche Regelung der Gegen-
leistungen für die Dienstleistung

Schuldrechtliche Beziehung

Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff BGB

(mit Geschäftsbesorgungselementen § 675 BGB)

Rechtsnatur des Dienstvertrages

Freier Dienstvertrag

Dienstleistung für andere
in persönlicher **Selbständigkeit**

Geltung der §§ 611 ff BGB;
grds. keine Ergänzung/Überlagerung durch
Bestimmungen des Arbeitsrechts

u.U. **Arbeitnehmerähnliche Person**
= Direkte oder analoge Anwendung einzelner
arbeitsrechtlicher Schutzgesetze

Arbeitsvertrag

Dienstleistung für andere
in **persönlicher Abhängigkeit**

Ergänzung/Überlagerung der zivilrechtlichen
Regelungen der §§ 611 ff BGB durch
Bestimmungen des Arbeitsrechts

Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff BGB

(mit Geschäftsbesorgungselementen § 675 BGB)

Rechtsnatur des Dienstvertrages ?

Gesetzgeberische Grundlagen/Aussagen:

1. Schweigen des Gesetzgebers zur grundsätzlichen Fragestellung:

Weder gibt es inzwischen ein Arbeitsvertragsgesetz und eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs noch gibt es Aussagen des Gesetzgebers, ob es sich bei GmbH-Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern grds. um Arbeitnehmer oder selbständige Dienstnehmer handelt.

2. Vereinzelt Aussagen sind zweideutig:

- a) Teilweise hat der Gesetzgeber Organmitglieder ausdrücklich vom Geltungsbereich wichtiger arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen ausgeschlossen: vgl. etwa **§ 14 KSchG - § 5 BetrVG**
- b) Teilweise hat der Gesetzgeber arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen ausdrücklich als auch auf Organmitglieder anwendbar erklärt: vgl. etwa **§ 17 BetrAVG - § 6 AGG**

=> Kein näherer Erkenntnisgewinn !

Arbeitnehmerbegriff

**Sozial-
versicherungsrecht**



Beschäftigter
(§ 7 SGB IV)



BSG

Steuerrecht



**Nichtselbständige
Arbeit**
(§§ 19 EStG, 1 LStDV)



BFH

Arbeitsrecht



Arbeitnehmer
(keine Legal-
definition)

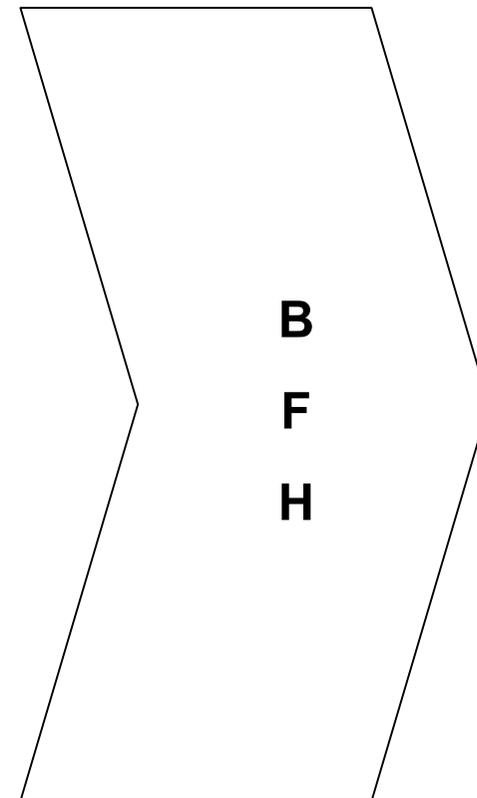
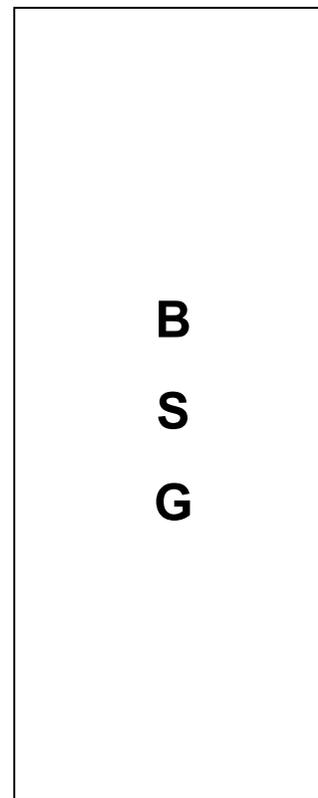
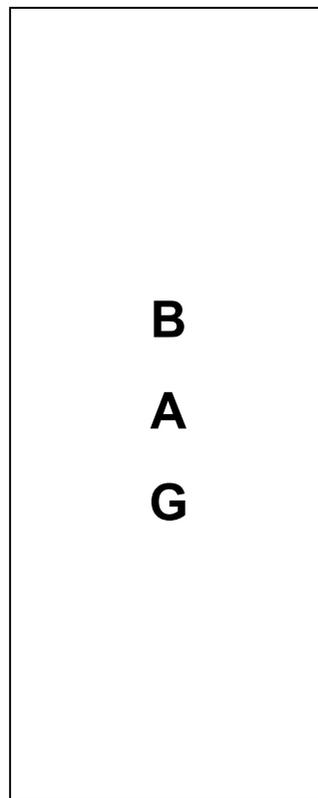
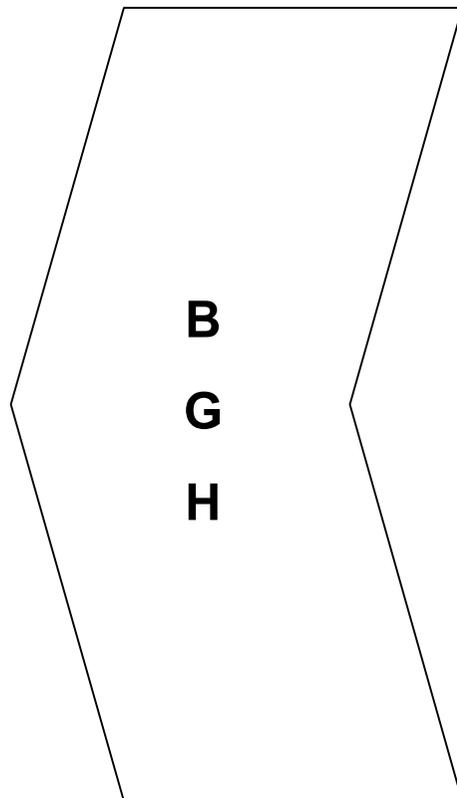


BAG (und BGH)

Arbeitnehmerbegriff (2)

Richtung der langjährigen ständigen Rechtsprechung

Dienst-
nehmer



Arbeit-
nehmer

Arbeitnehmerbegriff (3)

Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff

- I. **Selbständig** ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 HGB). **Unselbständig** ist, wem das nicht möglich ist (§ 84 Abs. 2 HGB)
- II. **Ständige BAG-Rechtsprechung**

Arbeitnehmer ist, wer auf privatrechtlicher Grundlage im Dienste eines anderen in persönlicher Abhängigkeit, d.h. fremd bestimmt, zur Arbeit verpflichtet ist.

Maßgeblich für die Abgrenzung ist der nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilende

Grad der persönlichen Abhängigkeit

Arbeitnehmerbegriff (4)

Nach ständiger BAG-Rechtsprechung ist die Zuordnung zu einer der beiden genannten Gruppen Berufstätiger (Arbeitnehmer - Selbständiger) anhand einer alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden Abwägung vorzunehmen („Gesamtbild“): Dabei kommt es darauf an, welche Indizien überwiegen, die die für die Arbeitnehmereigenschaft oder die für die Selbständigkeit sprechen.

Maßgeblich dabei insbesondere Kriterien bzw. Indizien, wie

**Weisungs
gebundenheit**

**Eingliederung in
die Organisation
der Auftraggebers**

Sonstige Indizien

Das Gesamtbild ergibt sich aus den - rechtlich relevanten - tatsächlichen Verhältnissen.

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die ständige BGH-Rechtsprechung (und hL)

BGH, Urteil vom 16.12.1953 - BGHZ 12, 1 ff (8) zum Vorstandsmitglied:

„Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind nicht Angestellte im arbeitsrechtlichen Sinne.“

BGH, Urteil vom 9.2.1978 - NJW 1978, 1435 zum GmbH-Geschäftsführer

„Das Anstellungsverhältnis der Mitglieder von Vertretungsorganen einer juristischen Person ist aber kein Arbeitsverhältnis; Organmitglieder sind nicht Arbeitnehmer i. S. der arbeitsrechtlichen Bestimmungen, sondern sie selbst üben Arbeitgeberfunktionen aus.“

Beiner, Der Vorstandsvertrag, 2005, S. 86 (u.a unter Bezugnahme auf *Lücke* in: Beck'sches Mandatsbuch Vorstand der AG, § 2 Rdnr. 92)

„Das Anstellungsverhältnis ist mithin kein Arbeitsverhältnis.“

Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb - AR-Kommentar, 2. Aufl. 06, BGB, Vor § 611, Rz.96:

„Das Vorstandsmitglied einer AG ist demgegenüber nie Arbeitnehmer.“

Beckmann, Die Trennung der GmbH von ihrem Geschäftsführer, 2005, S. 39:

„Demgegenüber geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass das Anstellungsverhältnis des abhängigen Geschäftsführers ausnahmslos als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß §§ 675, 611 BGB zu bewerten ist.“

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BAG-Rechtsprechung

BAG, Urteil vom 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 - NZA 1999, 987 ff

Leitsätze:

- 1. Das Anstellungsverhältnis einer (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin kann im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein (nicht entscheidungserhebliche Abweichung von BGH, NJW 1978, 1435 = AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG).**
- 2. Ob das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, hängt nicht vom Umfang der Vertretungsbefugnis der (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin im Innenverhältnis ab, sondern richtet sich nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung vom freien Dienstverhältnis.**

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BAG-Rechtsprechung (2)

Aus den Gründen:

„Ein Arbeitsverhältnis ... haben die Parteien mit dem „Geschäftsführervertrag“ vom ... nicht begründet. Dies folgt nicht schon daraus, dass die Kl. als stellvertretende Geschäftsführerin und gesetzliches Vertretungsorgan nicht in einem Arbeitsverhältnis hätte stehen können.“

*„**Durch den Anstellungsvertrag wird materiellrechtlich zwar in der Regel ein freies Dienstverhältnis begründet, im Einzelfall kann es sich aber auch um ein Arbeitsverhältnis handeln.** Die Auffassung, das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zur GmbH sei notwendig ein freies Dienstverhältnis, da mit der Organstellung die Arbeitnehmereigenschaft von vornherein unvereinbar sei (so BGH, NJW 1978, 1435 = AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG ...), überzeugt nicht.“*

*„Zwischen den Parteien bestand unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Position der Kl. kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freies Dienstverhältnis. **Die beiden Rechtsverhältnisse unterscheiden sich nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erbringung der Dienstleistung...***

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BAG-Rechtsprechung (3)

Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft einer stellvertretenden Geschäftsführerin kommt es nicht entscheidend darauf an, welchen Gebrauch sie im Innenverhältnis nach § 37 I GmbHG von ihrer im Außenverhältnis wegen §§ 44, 35, 37 II GmbHG unbeschränkten Vertretungsbefugnis machen darf.

§ 37 I GmbHG ist eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane untereinander. Sie besagt nichts über die Weisungsbindung und damit über den arbeitsrechtlichen Status des Geschäftsführers. Ein unternehmerisches Weisungsrecht hat die Gesellschaft vielmehr auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer....

Ob ein Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, hängt davon ab, ob diese eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, verfügt. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur vor, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann

Der Umfang der Vertretungsbefugnis für den Dienstherrn ist dagegen kein maßgebliches Kriterium.“

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BFH-Rechtsprechung

BFH, Urteil vom 10.03.2005 - V R 29/03

Geschäftsführungsleistungen eines GmbH-Geschäftsführers können als selbständig i.S. des § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG zu beurteilen sein. Die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers steht dem nicht entgegen (Änderung der Rechtsprechung)

„Ob das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, hängt auch nicht vom Umfang der Vertretungsbefugnisse des Geschäftsführers im Innenverhältnis (vgl. § 37 Nr.1 GmbHG) ab, sondern richtet sich nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung selbständiger von nichtselbständiger Tätigkeit (ebenso BAG in NJW 1999, 3731). Abzustellen ist deshalb grundsätzlich auch bei der Beurteilung der Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers auf die Umstände des Einzelfalles.“

„Die für und gegen die Selbständigkeit sprechenden Merkmale, die im Einzelfall unterschiedlich gewichtet werden können, sind gegeneinander abzuwägen.“

„Indiz, aber ... nicht in erster Linie Ausschlag gebend kann nach ständiger Rechtsprechung die sozial- und arbeitsrechtliche Einordnung der Tätigkeit als selbständig oder unselbständig sein.“

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BGH-Rechtsprechung

BGH, Urteil vom 21.01.2003 - IX ZR 39/02 - NZA 2003, 439 ff

„Die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH ohne Kapitalbeteiligung insolvenzrechtlich als Arbeitnehmer behandelt werden kann, hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Sie ist zu bejahen.

„In den in Bezug genommenen Entscheidungen wird nur dem Geschäftsführer mit Mehrheitsbeteiligung, nicht jedoch dem Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung der Insolvenzschutz abgesprochen (BGHZ 77, 94, 102 f...). Dieser differenzierende Ansatz ist von der obergerichtlichen Rechtsprechung zustimmend aufgenommen worden (OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1393, 1340; OLG Jena ZIP 1996, 241, 242). Er entspricht auch dem Standpunkt des Bundesarbeitsgerichts. Dieses hat zum Anwendungsbereich der §§ 1, 7 BetrAVG wiederholt entschieden, dass zu den in § 17 Abs. 1 Satz 2 genannten Personen die Organmitglieder einer juristischen Person zählen, wenn sie nicht selbst Unternehmer seien. Unternehmer sei der Geschäftsführer nur, wenn er zugleich Gesellschafter sei und über mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile verfüge (BAGE 66, 1, 5; BAG, GmbHR 1998, 84, 86).

Organ: Dienst- oder Arbeitnehmer ?

Die neuere BGH-Rechtsprechung

*Der differenzierenden Betrachtungsweise bei der Anwendung der genannten arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen auf Geschäftsführer einer GmbH liegt die Einschätzung zugrunde, dass sich der Geschäftsführer typischerweise in einer Doppelrolle befinde (Timm, aaO, S. 13; Uhlenbruck, aaO, §59 Rdnr. 15 I) und es **maßgeblich von dem Umfang seiner Beteiligung an dem Unternehmen, der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sowie dem Inhalt des Anstellungsvertrages abhängt, ob seine Rolle als „konkreter Prinzipal“ (vgl. RGZ 120, 300, 303) oder als arbeitnehmerähnliche Person im Vordergrund stehe. Dieser Abgrenzung stimmt der Senat zu.***

*Von diesem Ausgangspunkt aus hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise **angenommen, dass der Kläger sich trotz seiner Stellung als Geschäftsführer in persönlicher Abhängigkeit von der Gesellschaft befunden habe.** ... Rechtlich einwandfrei hat das Berufungsgericht als Umstände, die für die vielgestaltige Abhängigkeit des Klägers von der Gesellschaft sprechen, die Weisungsgebundenheit in Grundstücks- und Kreditgeschäften sowie Personalangelegenheiten (§ 3 Abs. 3 des Anstellungsvertrages), die Verpflichtung des Geschäftsführers, seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen (§ 3 Abs. 4 des Anstellungsvertrages, was eine anderweitige Einkommenserzielung ausschließt (BSG ZIP 1983, 103) sowie die Vergütungs- und Urlaubsregelung (§§ 4 und 5 des Anstellungsvertrages) hervorgehoben, die auf Tarifverträge Bezug nimmt und auch im übrigen wie in Arbeitsverträgen üblich ausgestaltet ist (Verfall des Urlaubs im folgenden Kalenderjahr, Festlegung des Urlaubs durch die Gesellschaft). Schließlich hat das Berufungsgericht die Höhe des Bruttoeinkommens, das sich ... in der Höhe leitender Angestellter bewegt, sowie die Erstattungsregelung der Reisekosten nach „lohnsteuerlichen Sätzen“ (§ 6 des Anstellungsvertrages) angeführt.“*

„Vorgeschaltetes“ Arbeitsverhältnis ?

Denkbare Fallgestaltungen:

1. Abschluss eines **befristeten Arbeitsverhältnisses** zum Zwecke der Erprobung des als Organmitglied vorgesehenen Mitarbeiters/-in
2. Abschluss eines **unbefristeten Arbeitsverhältnisses** zum Zwecke der Erprobung des zur Erprobung des als Organmitglied vorgesehenen Mitarbeiters/-in (mit ausdrücklich vorgesehenem neuen Dienstvertrag)
3. Abschluss eines **unbefristeten Vorstands- oder Geschäftsführer-Dienstvertrages**, in dem geregelt ist, dass beabsichtigt wird, den Mitarbeiter/-in nach einer Erprobungsphase zum Organmitglied zu berufen (ohne, dass der Abschluss eines neuen Dienstvertrages vorgesehen wäre).

Fragestellung: **Arbeits- oder freier Dienstvertrag ?**

Ruhendes Arbeitsverhältnis ?

Relevante Fragestellungen:

1. Auslegung der getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich der Aufhebung oder Nichtaufhebung des Arbeitsvertrages:

Wechselhafte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zuletzt BAG Urt.v. 14.06.2006 - 5 AZR 592/05 - NZA 2006, 1154 ff

„In dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrages durch einen angestellten Mitarbeiter liegt im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. ... Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen. Eine andere Auslegung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, für die zumindest deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssen.“

Ruhendes Arbeitsverhältnis ? (2)

2. Einhaltung des Schriftformerfordernisses gemäß § 623 BGB ?

Ausdrückliche Aufhebung erforderlich? ((-) LAG Nds, Urteil vom 26.6.06 - 5 Sa 2100/05; LAG Berlin, Urteil vom 15.2.06 - 13 Ta 170/05; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 16.3.06 - 4 Sa 494/05; ausdrücklich offen gelassen von BAG, Urt. v. 14.6.06, 5-AZR 592/05,)

Andeutungstheorie !? (vgl. Palandt/Heinrichs, § 133, Rz 19 mwN zur Rspr. von BGH und BAG)

3. Ordnungsgemäße Vertretung von GmbH/AG bei der Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses ?

a) PROBLEM: Weder Gesellschafterversammlung der GmbH noch Aufsichtsrat der AG sind für die Aufhebung eines mit der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisses zuständig, sondern Geschäftsführer bzw. Vorstand, so dass die Gesellschaft insoweit nicht ordnungsgemäß vertreten ist.

b) LÖSUNG:

(1) Annexkompetenz ?

(2) Schwebende Unwirksamkeit und grds. nachträgliche Genehmigungsfähigkeit gemäß §§ 182 ff BGB. Problem: Verwirkung nach 3 oder 5 Jahren !?

„Nachgeschaltetes“ Arbeitsverhältnis ?

Denkbare Fallgestaltungen nach Verlust der Organstellung:

1. Ausdrückliche Abänderung des Dienstvertrages in ein Arbeitsverhältnis
2. Faktische Weiterarbeit auf der 2. Führungsebene ohne ausdrückliche Abänderung des Dienstvertrages

Fragestellung:

**Fortgeltung des (freien) Dienstvertrages
oder
(ggf. konkludenter) Abschluss eines Arbeitsvertrages ?**

Abmahnungserfordernis !?

- I. Grundsätzliches Abmahnerfordernis im Arbeitsverhältnis!
- II. Grundsätzliches Abmahnerfordernis auch bei Organmitgliedern ?

- 1. Bisherige BGH-Rechtsprechung

- a) Urteil vom 14.2.00 - NJW 00, 1638 f

„Eine Abmahnung des Klägers war nicht geboten. Das Institut der Abmahnung ist im Arbeitsrecht im Hinblick auf die soziale Schutzwürdigkeit abhängig Beschäftigter entwickelt worden. Dieser Schutz Gesichtspunkt kann bei Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften nicht Ausschlag gebend sein. Sie kennen regelmäßig die ihnen obliegenden Pflichten und sind sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im Klaren.“

- b) Urteil vom 10.9.01 - DB 01, 2438

Leitsatz: „Der Geschäftsführer einer GmbH bedarf keiner Hinweise, dass er die Gesetze und die Satzung der Gesellschaft zu achten und seine organschaftlichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen hat; die Wirksamkeit der Kündigung seines Dienstvertrages aus wichtigem Grund setzt deswegen eine vorherige Abmahnung nicht voraus“.

- c) BAG, Urteil vom 08.08.2002, NZA 2002, 1323 (offen gelassen)

Abmahnungserfordernis !? (2)

2. Einführung des § 314 II BGB zum 1.1.2002

„Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig.“

3. Frühere BGH-Rechtsprechung noch haltbar?

(Str., vgl. Nachweise bei ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rz.45, Horstmeier, GmbHHR 2006, 400ff)

- a) Verhältnis § 314 II BGB zu § 626 I BGB? (Lex specialis?)
- b) Organpflichten als Vertragspflichten?
- c) Entbehrlichkeit der Abmahnung nach § 314 II 2 iVm. § 323 II Nr. 3 BGB?
(„besondere Umstände