

**Inauguraldissertation**

**zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch  
die Juristenfakultät der Universität Leipzig**

**Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer**

erstmals vorgelegt  
am 08.03.2010  
erneut vorgelegt am 24.04.2012  
von Nina Christine Perchtold

Dekan der Juristenfakultät der Universität Leipzig:	Prof. Dr. Christian Berger
Erstgutachter:	Prof. Dr. Burkhard Boemke
Zweitgutachter	Prof. Dr. Cord Meyer
Tag der mündlichen Prüfung:	18.12.2012

Berichte aus der Rechtswissenschaft

**Nina Christine Perchtold**

**Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer**

Shaker Verlag  
Aachen 2013

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Leipzig, Univ., Diss., 2012

Copyright Shaker Verlag 2013

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-1623-9

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: [www.shaker.de](http://www.shaker.de) • E-Mail: [info@shaker.de](mailto:info@shaker.de)

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Einführung in die Problematik der janusköpfigen Stellung des Geschäftsführers.....</b>	<b>1</b>
<b>B</b>	<b>Geschäftsführer als Arbeitnehmer und als Organ.....</b>	<b>5</b>
I.	Nähere Erläuterung des Arbeitnehmerbegriffes .....	5
1.	Definitionsansätze der Literatur .....	8
a)	Lehre vom einheitlichen Arbeitnehmerbegriff .....	8
b)	Einheitlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes unter teleologischer Reduktion des Schutzzwecks bzw. Arbeitnehmerbegriff als Korrelatbegriff.....	9
c)	Kriterium der Fremdnützigkeit der Tätigkeit bzw. Eingliederung in die betriebliche Organisationsstruktur .....	10
d)	Kriterium der wirtschaftlich-sozialen Existenzbedingung und Kritik .....	11
e)	Kriterium der persönlichen Abhängigkeit bzw. Unselbstständigkeit und Relativität des Arbeitnehmerbegriffes.....	12
2.	Typologische Betrachtung der Rechtsprechung .....	13
a)	Vertrag bzw. tatsächliche Vertragsdurchführung als Ausgangspunkt.....	14
b)	Unternehmerrisiko als Abgrenzungsmerkmal .....	15
c)	Teleologische Begriffsbestimmung / Ratio des Arbeitnehmerbegriffs .....	16
d)	Persönliche Abhängigkeit.....	16
3.	Gesetzlicher Arbeitnehmerbegriff .....	17
4.	Konsequenz und eigene Stellungnahme .....	19
II.	Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person .....	20
1.	Allgemeine Voraussetzungen.....	21
2.	Tatbestandsmerkmale.....	22
a)	Wirtschaftliche Dependenz .....	22
b)	Soziale Schutzbedürftigkeit.....	23
3.	Konsequenzen und eigene Stellungnahme .....	24
III.	Detaillierter Meinungsstand zum Geschäftsführer .....	26
1.	Negierung des arbeitnehmerähnlichen Status .....	26
2.	Meinungsstand hinsichtlich der Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses .....	27
a)	Ansicht des Reichsarbeitsgerichtes .....	27
b)	Ansicht des BGH .....	27
c)	Ansicht des BAG .....	29
d)	Ansicht der Literatur .....	30
(aa)	Freies Dienstverhältnis.....	31

(bb) Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungs- charakter .....	33
(cc) Auftragsverhältnis.....	35
(dd) Arbeitsverhältnis.....	35
(ee) Zwitterstellung .....	37
<b>3. Eigene Stellungnahme .....</b>	<b>38</b>
a) Subsumtion des GmbH-Geschäftsführers unter die Arbeitnehmerkriterien .....	40
b) Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers .....	41
c) Fortbestand von Kündigungsmöglichkeiten .....	43
d) Widerspruch der BGH-Ansicht zu dessen insolvenzrechtlicher Rechtsprechung .....	43
e) Schlussfolgerung aus dem Gesetz .....	45
(aa) Schlussfolgerung aus der Existenz des § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG .....	45
(1) Bezeichnung als „arbeitgeberähnlich“ .....	46
(2) Divergierende Interessenlage als primär Argument.....	46
(3) „Argumentum e contrario“ .....	48
(bb) Schlussfolgerung aus der Existenz des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG und Konsequenzen .....	48
(1) Rückschluss aus der rudimentären Gesetzesbegründung .....	49
(2) Systematische Auslegung .....	50
(3) Teleologische Auslegung .....	51
(cc) Schlussfolgerung aus der Existenz des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.....	51
(dd) Zusammenfassung und Konsequenzen .....	52
f) Differenzierung nach dem Grad der gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen im Innenverhältnis .....	54
g) Kriterium der Kapitalbeteiligung und Missbrauchsprävention .....	56
h) Einheit der Rechtsordnung.....	56
<b>IV. Konsequenzen gesellschaftsrechtlicher Aspekte für die Einordnung des Geschäftsführers .....</b>	<b>57</b>
<b>1. Einordnung des Geschäftsführers aufgrund         seiner Funktion und Rolle.....</b>	<b>57</b>
a) Aufgabe bzw. Bedeutung und Pflichten des Geschäftsführers .....	58
(aa) Eintragungspflicht .....	59
(bb) Reichweite, insbesondere Konsequenz des § 37 Abs. 1 GmbHG .....	60
b) Typendifferenzierung von Geschäftsführern .....	62
(aa) Typendifferenzierung im Gesellschaftsrecht.....	62
(1) Fremdgeschäftsführer .....	63
(2) Gesellschaftergeschäftsführer.....	63
(bb) Typendifferenzierung im Arbeitsrecht .....	64
<b>2. Drittangestellter Geschäftsführer .....</b>	<b>65</b>
a) Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft .....	66
(aa) Detaillierter Meinungsstand.....	68

(1) Ansicht des BGH .....	68
(2) Ansicht der Literatur .....	68
(3) Ansicht des BAG .....	69
(bb) Fazit und eigene Stellungnahme .....	69
b) Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG .....	70
(aa) Anstellungsvertrag mit der Komplementär- GmbH. 70	
(bb) Anstellungsvertrag mit der KG .....	71
(1) Meinungsstand der BAG Rechtsprechung .....	72
(a) Frühere Rechtsprechung des BAG .....	73
(b) Aktuelle Rechtsprechung des BAG .....	75
(2) Rechtsprechung des BGH .....	76
(3) Ergebnis und eigene Stellungnahme .....	78
c) Konstellation bei Drittanstellung .....	80
(aa) Bestellung zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft und kumulative Tätigkeit für die Holding .....	80
(bb) Bestellung eines bisherigen Arbeitnehmers der Holding zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bei ausschließlicher Tätigkeit für die Tochtergesellschaft .....	81
(1) Reiner Bestellsakt ohne Anstellungsvertrag .....	82
(2) Neuer Anstellungsvertrag der Muttergesellschaft .....	82
(a) Meinungsstand der Rechtsprechung und Literatur im Zweipersonenverhältnis .....	83
(b) Situation in der Dreipersonenkonstellation aus Sicht der Verfasserin .....	83
(cc) Problematik bei einem Direktvertrag mit der Tochtergesellschaft aus Sicht der Verfasserin .....	84
(dd) Parallele Verträge und Tätigkeit des Geschäftsführers für beide Gesellschaften .....	85
(1) Literaturansicht .....	86
(2) Ansicht der Verfasserin .....	87

## **C Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer.....88**

### **I. Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Regelungen ....88**

### **II. Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen .....90**

#### **1. Allgemeiner Kündigungsschutz ..... 90**

a) Existenz und Konsequenzen von Bereichsausnahmen .....	90
(aa) § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG .....	91
(1) „Ratio legis“ des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG .....	92
(2) Konsequenz für die Zuständigkeitsproblematik .....	93
(a) „Sic-non“-Fall .....	93
(b) Besonderheiten bei einem GmbH-Geschäftsführer	
94	
(3) Reichweite des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG .....	95
(a) Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei dem Geschäftsführer einer Holding .....	95
(b) Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei dem Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG .....	96
(i) Frühere Rechtsprechung des BAG .....	96
(ii) Aktuelle Rechtsprechung des BAG .....	97

(iii) Aktuelle Rechtsprechung des BGH .....	98
(iv) Eigene Stellungnahme .....	98
(bb) § 14 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 14 Abs. 2 KSchG .....	99
(1) Personenkreis im Sinne des § 14 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG .....	100
(2) Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG .....	101
(3) Reichweite des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG .....	102
(a) Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG beim Geschäftsführer einer Holding .....	103
(b) Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG beim Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG .....	104
(i) Ansicht der Rechtsprechung .....	104
(ii) Stimmen in der Literatur .....	105
(iii) Eigene Stellungnahme .....	106
b) Rechtsschutz des Geschäftsführers gegen die Kündigung des Anstellungsvertrages .....	108
(aa) Gerichtszuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten .....	108
(bb) Einschlägigkeit der allgemeinen Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO .....	109
(cc) Anfechtungsklage .....	110
2. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit .....	111
a) Vereinbarkeit des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG mit Art. 12 GG .....	111
(aa) Schutzbereich des Art. 12 GG .....	112
(bb) Eigene Stellungnahme .....	114
b) Kompatibilität des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 3 GG .....	115
(aa) Grundsätze zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 3 GG .....	115
(bb) Problematik der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmer-Geschäftsführern und leitenden Angestellten bezüglich der Anwendbarkeit des KSchG .....	116
(cc) Eigene Stellungnahme der Verfasserin zur Ungleichbehandlung .....	117
c) Vereinbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG .....	119
d) Vereinbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG .....	121
(aa) Allgemeine Grundsätze .....	121
(aa) Eigene Stellungnahme .....	121
3. Bedeutung des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG .....	122
4. Konsequenzen des § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG .....	123
5. Besonderer Kündigungsschutz nach § 9 Mutterschutzgesetz (MuSchG) bzw. § 85 SGB IX .....	124
a) Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte .....	124
(aa) Ansicht des BGH .....	125
(bb) Eigene Stellungnahme .....	126
b) Sonderkündigungsschutz nach § 9 MuSchG und § 18 BEEG .....	127

(aa) Meinung des BAG .....	128
(bb) Auffassung des BSG .....	128
(cc) Ansicht der Literatur .....	129
(dd) Eigene Stellungnahme .....	129
6. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	131
a) Allgemeine Grundsätze .....	131
b) Rechtsfolgen .....	132
c) Vorrang individueller Vereinbarung .....	134
d) Ansicht der Rechtsprechung .....	134
e) Ansicht der Literatur .....	135
f) Konsequenz und eigene Stellungnahme .....	136
7. Anwendbarkeit sonstiger arbeitsrechtlicher Vorschriften wie EfZG, BUrlG, TzBfG .....	137
8. Anwendbarkeit des AGB-Rechts .....	137
a) Allgemeiner Anwendungsbereich .....	137
b) Erweiterter Anwendungsbereich nach § 310 Abs. 3 BGB .....	139
(aa) Geschäftsführer als Verbraucher .....	139
(bb) Unternehmereigenschaft der GmbH .....	140
(cc) Rechtsfolgen des § 310 Abs. 3 Nr. 1 Nr. 2 BGB .....	141
c) Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 BGB .....	141
d) Konsequenzen und eigene Stellungnahme .....	142
III. Organätigkeit im Anschluss an ein zuvor bestehendes Arbeitsverhältnis .....	143
IV. Rechtslage nach Abberufung bei Weiterarbeit .....	144
V. Zusammenfassendes Zwischenergebnis .....	144
<b>D Der Geschäftsführer als Selbstständiger .....</b>	<b>147</b>
I. Allgemeine Grundsätze .....	147
II. Analoge Applikation arbeitsrechtlicher Vorschriften auf Organführungskräfte .....	148
1. Analogie und Voraussetzungen der Analogie .....	148
a) Voraussetzung nach Ansicht der gesellschaftsrechtlichen Literatur .....	150
b) Voraussetzung nach Ansicht der arbeitsrechtlichen Literatur .....	150
c) Paritätische Interessenslage .....	151
(aa) Situation beim Fremdgeschäftsführer bzw. Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer .....	152
(bb) Situation beim Alleingesellschafter bzw. Mehrheitsgesellschaftergeschäftsführer .....	152
2. Direkte bzw. entsprechende Anwendung einzelner arbeitsrechtlicher Normen .....	153
a) §§ 1 ff KSchG .....	153
b) Verlängerte Kündigungsfristen im Sinne des § 622 BGB .....	155
(aa) Meinungsstand .....	156

(1) Ansicht des BGH .....	156
(2) Ansicht des BAG .....	157
(3) Ansicht der Literatur .....	158
(bb) Eigene Stellungnahme .....	160
c) Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte .....	161
(aa) Meinungsstand .....	162
(bb) Eigene Stellungnahme .....	163
d) §§ 9 MuschG und 18 BEEG .....	165
(aa) Meinungsstand .....	165
(bb) Eigene Stellungnahme .....	165
e) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	166
(aa) Meinungsstand .....	167
(bb) Eigene Stellungnahme .....	167
f) Zeugnisanspruch i.S.d. § 630 BGB .....	168
(aa) Ansicht des BGH .....	168
(bb) Meinungsstand der Literatur .....	169
(cc) Eigene Stellungnahme .....	170
g) Pfändungsschutz der Vergütung gemäß § 850ff. ZPO .....	171
(aa) Meinungsstand der Rechtsprechung .....	171
(bb) Ansicht der Literatur .....	172
(cc) Eigene Stellungnahme .....	172
h) Gesetz über betriebliche Altersvorsorge .....	173
(aa) Wortlaut und Ratio legis der Norm .....	173
(bb) Rechtsprechung des BGH .....	174
(cc) Literaturansicht .....	175
(dd) Eigene Stellungnahme .....	176
i) AGG .....	176
(aa) Existenz des § 6 Abs. 3 AGG .....	177
(bb) Meinungsstand zur Interpretation des § 6 Abs. 3 AGG .....	178
(1) Reichweite der Benachteiligungsverbote .....	178
(2) Anwendbarkeit der Benachteiligungsverbote auf den Gesellschaftergeschäftsführer .....	179
(cc) Probleme im Hinblick auf Gemeinschaftsrecht .....	180
(1) Differenzierung der Richtlinie .....	180
(2) Europarechtlicher Arbeitnehmerbegriff und Konsequenzen .....	181
(3) Nationale Rechtslage und diesbezügliche Problematik .....	182
(4) Eigene Stellungnahme .....	183
j) Ansprüche eines Geschäftsführers aus betrieblicher Übung .....	183
(aa) Meinungsstand der Rechtsprechung .....	184
(1) Frühere Behandlung der Problematik seitens des BGH .....	185
(2) Aktuelle Behandlung der Problematik seitens des BGH .....	185
(3) Konsequenz .....	186
(bb) Meinungsstand der Literatur .....	186
(cc) Eigene Stellungnahme .....	187

k)	Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches .....	188
(aa)	Ansicht der Rechtsprechung .....	189
(bb)	Stimmen in der Literatur .....	190
(cc)	Eigene Stellungnahme .....	192
l)	Betriebsübergang, § 613 a BGB .....	193
(aa)	Ansicht der Rechtsprechung .....	193
(bb)	Stimmen in der Literatur .....	194
(cc)	Eigene Stellungnahme .....	195
m)	Anwendbarkeit des TzBfG .....	195
(aa)	Differenzierung zwischen mitbestimmter und nichtmitbestimmter GmbH .....	195
(1)	Mitbestimmte GmbH .....	196
(2)	Nichtmitbestimmte GmbH .....	196
(bb)	Anwendbarkeit des TzBfG auf den Geschäftsführer .....	196
3.	Wettbewerbsverbotsvorschriften der §§ 74 ff. HGB .....	197
a)	Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbotsvereinbarungen bei einem GmbH-Geschäftsführer .....	198
(aa)	Konsequenz des § 85 GmbHG .....	198
(1)	Rechtsprechung des BGH .....	199
(2)	Meinungsstand der Literatur .....	200
(3)	Eigene Stellungnahme .....	200
(bb)	Konsequenz der allgemeinen nachvertraglichen Treuepflicht .....	201
b)	Fazit .....	202
c)	Generelle Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten .....	203
(aa)	Meinungsstand der Rechtsprechung .....	203
(1)	Kunden- bzw. Mandantenschutzklauseln .....	203
(2)	Rechtsgedanke des § 138 BGB .....	205
(bb)	Ansicht der Literatur .....	206
(cc)	Eigene Stellungnahme .....	206
d)	Analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB, insbesondere des § 74 Abs. 2 HGB .....	207
(aa)	Rechtsansicht des BGH anhand verschiedener Entscheidungen .....	207
(1)	Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1984 .....	207
(2)	BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1992 .....	209
(bb)	Rechtsansicht der Literatur .....	211
(cc)	Eigene Stellungnahme .....	213
(1)	Situation beim Fremdgeschäftsführer .....	214
(a)	Vergleich zur Situation bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer .....	214
(b)	Kriterium der mangelnden Kapitalbeteiligung .....	215
(c)	Keine Vereitelung des Schutzes des Unternehmens .....	217
(2)	Gesellschaftergeschäftsführer .....	217

e)	Analogiefähigkeit einzelner Regelungen der §§ 74 ff. HGB.....	218
(aa)	§ 74 a Abs. 1 HGB .....	218
(1)	Rechtsprechung des BGH.....	218
(2)	Ansicht der Literatur .....	219
(3)	Eigene Stellungnahme .....	219
(bb)	§ 74 c HGB.....	220
(1)	Rechtsprechung des BGH.....	221
(2)	Ansicht der Literatur .....	222
(3)	Eigene Stellungnahme .....	222
(cc)	§ 75 Abs. 1, 2 HGB .....	224
(a)	„Ratio legis“ .....	224
(b)	Rechtsfolgen .....	225
(c)	Konsequenz des § 314 BGB und eigene Stellungnahme 225	225
(dd)	§ 75 a HGB.....	226
(1)	Rechtsprechung des BGH.....	226
(2)	Literaturansicht.....	227
(3)	Eigene Stellungnahme .....	228
III.	Anwendung des AGB-Rechts auf den selbstständigen GmbH-Geschäftsführer .....	229
1.	Anwendungsbereich des AGB-Rechts gemäß § 310 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB .....	230
a)	Ansicht des BGH .....	230
b)	Ansicht der Literatur .....	231
c)	Konsequenz und eigene Stellungnahme .....	232
2.	Anwendbarkeit des § 310 Abs. 4 S. 2 BGB .....	234
a)	Allgemeine Grundsätze .....	235
b)	Eigene Stellungnahme .....	235
c)	Konsequenzen für die AGB-Prüfung.....	236
IV.	Organtätigkeit im Anschluss an ein zuvor bestehendes Arbeitsverhältnis .....	237
a)	Frühere Ansicht des BAG .....	238
b)	Rechtsprechungswandel.....	238
c)	Konsequenz des Schriftformerfordernisses für Aufhebungsverträge .....	238
d)	Neuere BAG-Rechtsprechung .....	240
e)	Meinungsstand der Literatur zu der Problematik .....	243
(aa)	Ablehnende Literaturstimmen.....	243
(bb)	Befürwortende Literaturstimmen .....	244
f)	Eigene Stellungnahme .....	246
V.	Rechtsslage nach Abberufung des Organs.....	248
1.	Konsequenzen der Abberufung.....	249
a)	Bei formgerechter Aufhebung des vorherigen Arbeitsvertrages .....	249
aa)	Grundsatz kein Wiederaufleben des vorherigen Arbeitsverhältnisses .....	249
bb)	Ausnahme bei Weiterarbeit und Umwandlung in ein Arbeitsverhältnis .....	250

b) Bei formunwirksamer Aufhebung des vorherigen Arbeitsvertrages .....	252
2. Eigene Stellungnahme .....	253
VI. Zusammenfassendes Zwischenergebnis .....	254
<b>E Abschließende Zusammenfassung der Arbeit und Ausblick .....</b>	<b>257</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>260</b>
Verwendete Abkürzungen:.....	281