

Rechtsanwälte Matthias Busch, FAArbR / Dr. Andreas Schönhöft, FAArbR und FASr, Köln

## Anwendbarkeit des TzBfG auf den Geschäftsführer-anstellungsvertrag?

### I. Einleitung

In einem wenig beachteten Urteil des BGH vom 25. 7. 2002<sup>1</sup> lehnte der BGH die Anwendbarkeit des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge<sup>2</sup> vom 21. 12. 2000 (TzBfG) auf einen Geschäftsführer-anstellungsvertrag ab. Dies begründete er damit, dass der konkret rechtshängige Fall nicht im zeitlichen Geltungsbereich des TzBfG liege. Dabei ließ der BGH ausdrücklich die Frage offen, ob ein Geschäftsführer überhaupt unter den persönlichen Anwendungsbereich des TzBfG fallen könne. Die Frage der Anwendbarkeit des TzBfG hat in der Praxis jedoch eine erhebliche Bedeutung, da regelmäßig zeitlich befristete Anstellungsverträge oder sog. „Koppelungsklauseln“ mit Geschäftsführern vereinbart werden. Der folgende Beitrag nimmt diese Entscheidung zum Anlass, die Frage der persönlichen Anwendbarkeit des TzBfG auf Geschäftsführer-anstellungsverträge einer kritischen Prüfung zu unterziehen und mögliche praktische Auswirkungen darzustellen.

### II. Persönlicher Anwendungsbereich des TzBfG

Basierend auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt § 620 Abs. 1 BGB grundsätzlich den Abschluss befristeter Arbeitsverträge<sup>3</sup>. Um die Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes durch den Abschluss befristeter Kettenarbeitsverträge zu unterbinden, hatte die Rechtsprechung frühzeitig einschränkende Grundsätze für die Zulässigkeit von Befristungen von Arbeitsverträgen entwickelt<sup>4</sup>. Das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) vom 16. 4. 1985<sup>5</sup> fasste im Wesentlichen die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zusammen. An die Stelle des BeschFG trat das TzBfG, das dabei im Ansatz den Regelungen des BeschFG unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben folgte<sup>6</sup>. Die Zulässigkeit der Befristung von Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern wurde bis zum jetzigen Zeitpunkt – soweit ersichtlich – nicht in Frage gestellt. Begründet wurde dies vor allem mit der arbeitgeberähnlichen Stellung von Geschäftsführern und mit dem Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes für Geschäftsführer als Organvertreter gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Die Gefahr der Umgehung zwingender Kündigungsvorschriften bestand damit mangels deren Anwendbarkeit nicht.

Nach § 620 Abs. 3 BGB i. V. mit § 3 TzBfG findet das TzBfG auf alle Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag Anwendung. Einschränkungen des Anwendungsbereichs in personeller Hinsicht, z. B. für leitende Angestellte, Kleinunternehmer oder auf öffentliche oder private Arbeitgeber, sieht das Gesetz nicht vor<sup>7</sup>. Während eine Befristungskontrolle nach früherer ständiger Rechtsprechung dann nicht erfolgte, wenn das Arbeitsverhältnis nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fiel (sog. „Umgehungstheorie“)<sup>8</sup>, lässt sich dieser Zusammenhang seit Inkrafttreten des TzBfG nicht mehr aufrechterhalten. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit dem TzBfG der früher vollzogenen Anlehnung der Befristungskontrolle an das Kündigungsschutzgesetz ausdrücklich eine Absage erteilt und damit einen Paradigmenwechsel eingeleitet<sup>9</sup>. Eine Befristungskontrolle findet daher bei allen befristeten Arbeitsverhältnissen i. S. des TzBfG statt. Maßgeblich für die Frage der Anwendbarkeit des TzBfG ist demnach, ob der Geschäftsführer Arbeitnehmer i. S. des TzBfG ist.

### 1. Arbeitnehmerbegriff des TzBfG

Inwieweit ein Geschäftsführer Arbeitnehmer nach dem TzBfG sein kann, wurde von der Literatur nur in wenigen Ausnahmefällen problematisiert<sup>10</sup>. Das TzBfG selbst definiert den Arbeitnehmerbegriff nicht. Der europarechtliche Hintergrund des TzBfG verpflichtet zunächst eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs vorzunehmen. Nach den europarechtlichen Vorgaben ist gem. § 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge die Bestimmung eines Arbeitsverhältnisses nach der „gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition“ vorzunehmen<sup>11</sup>. Damit ist auch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses i. S. des TzBfG auf der Grundlage des „allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs“ zu beurteilen<sup>12</sup>. Nach dem sog. „allgemeinen Arbeitnehmerbegriff“ wird von einem im gesamten Arbeitsrecht einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers ausgegangen. Lediglich in Randbereichen wurde für bestimmte Zwecke eine Modifikation des Arbeitnehmerbegriffs durch Einbeziehung oder Ausklammerung von Beschäftigungsgruppen vorgenommen<sup>13</sup>.

### 2. Arbeitnehmerstatus eines Geschäftsführers nach dem „allgemeinen Arbeitnehmerbegriff“

Entscheidend ist daher auch für den Arbeitnehmerbegriff des TzBfG der Grad der persönlichen Abhängigkeit, d. h. die Wei-

Matthias Busch ist Partner und Dr. Andreas Schönhöft ist Rechtsanwalt bei avogado, Rechtsanwälte, Köln und Hamburg.

- 1... BGH vom 25. 7. 2002 – III ZR 207/01, NJW 2002 S. 3104.
- 2... BGBl. I 2000 S. 1966. Das TzBfG ist am 1. 1. 2001 in Kraft getreten.
- 3... Zur Entwicklung des Befristungsrechts vgl. *Backhaus*, NZA 2001 Beil. zu Heft 24 S. 8.
- 4... Vgl. RAG vom 19. 5. 1928 – RAG 90/28, ARS 3 S. 3; grundlegend BAG vom 12. 10. 1960 – 3 AZR 65/56, NJW 1961 S. 798.
- 5... BGBl. I 1985 S. 710.
- 6... Das TzBfG dient der Umsetzung der europäischen Richtlinien über befristete Arbeitsverhältnisse vom 28. 6. 1999 (ABIEG 1999 Nr. L 175 S. 4) und über die Teilzeitarbeit vom 15. 12. 1997 (ABIEG 1998 Nr. L 14 S. 9).
- 7... H. M. vgl. *Annuß/Thüsing/Maschmann*, TzBfG, 2. Aufl. 2006, § 14 Rdn. 6; *Boewer*, TzBfG 2002, § 14 Rdn. 35; *Dämer*, NZA 2003 Beil. zu Heft 16 S. 33 (34); *Däubler*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, TzBfG 2004, 6. Aufl., § 14 Rdn. 7; *Bauer*, NZA 2000 S. 1039 (1042); *Bezan/Müller*, DSfR 2002 S. 87 (93); *Klert*, NZA 2001 S. 296 (301); *Rolls*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, § 14 Rdn. 2; a.A. für Kleinbetriebe *Schiefer*, DB 2000 S. 2118 (2121) mit Hinweis auf die Begründung des Gesetzesentwurfs BT-Drucks. 14/4374 S. 18, so nun auch ausdrücklich BAG vom 6. 11. 2003 – 2 AZR 690/02, DB 2004 S. 2755 = ZIP 2004 S. 1428.
- 8... Vgl. nur BAG vom 8. 4. 1992 – 5 AZR 189/86, NZA 1992 S. 838.
- 9... *Maschmann*, a.a.O. (Fn. 7), § 14 Rdn. 2 u. 6; BAG vom 6. 11. 2003, a.a.O. (Fn. 7), ZIP 2004 S. 1428 (1430).
- 10... Ablehnend *Boewer*, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rdn. 13; *Stück*, GmbH 2006 S. 1009 (1014); wohl in Ausnahmefällen bejahend *Annuß/Thüsing/Mengel*, TzBfG, 2. Aufl. 2006, § 6 Rdn. 13.
- 11... Vgl. Rahmenvereinbarung der EGB, UNICE und CEEP vom 28. 6. 1999 zur Richtlinie 1999/70/EG, ABl. Nr. L 175 S. 43; vgl. auch den 17. Erwägungsgrund der Richtlinie.
- 12... Wohl einhellige Meinung: *Mengel*, a.a.O. (Fn. 10), § 6 Rdn. 3; *Boewer*, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rdn. 6; *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG, 2005, § 1 Rdn. 3a; *Prels/Gothardt*, DB 2001 S. 145 (148); *Sievers*, TzBfG, 2. Aufl. 2007, § 14 Rdn. 5.
- 13... Vgl. *ErfK/Prels*, 8. Aufl., 2008, § 611 BGB Rdn. 35; *Wank*, NZA 1999 S. 225.

sungsgebundenheit im Hinblick auf Zeit, Ort und Weise der konkreten Leistungserbringung sowie die Eingliederung in die betriebliche Organisation<sup>14</sup>. Während Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines Vertrags in persönlicher Abhängigkeit Dienste leistet, wird der Dienstverpflichtete selbstständig und eigenverantwortlich tätig<sup>15</sup>. Die Frage der Arbeitnehmerstellung eines Geschäftsführers und die Anwendbarkeit von arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen zugunsten eines Geschäftsführers ist in der Rechtsprechung und Literatur schon seit langem umstritten. Im Einzelnen werden hierzu folgende Meinungen vertreten.

#### a) Lehre

Die wohl herrschenden Meinung in der Lehre<sup>16</sup> lehnt mit Hinweis auf die fehlende Weisungsgebundenheit und auf die gesetzlichen Ausschlüsse des Geschäftsführers aus dem Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Vorschriften z. B. in §§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, die Arbeitnehmerzugehörigkeit von Geschäftsführern ab. Der Geschäftsführer unterliege durch §§ 41, 43 Abs. 3, 64 GmbHG gesetzlichen Mindestpflichten, von deren verantwortlicher Erfüllung weder der Gesellschaftsvertrag noch die Gesellschafter dispensieren können<sup>17</sup>. Ferner könne der Geschäftsführer die typische Unternehmerfreiheit für sich in Anspruch nehmen und als Vertretungsorgan der Gesellschaft gleichzeitig Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen<sup>18</sup>. Eine Gleichstellung des Geschäftsführers mit einem Arbeitnehmer sei darüber hinaus rechtspolitisch verfehlt<sup>19</sup>, da wichtige Schutzpflichten der GmbH schon aus dem Organverhältnis abzuleiten seien und der Sozialschutz des Geschäftsführers nicht überspannt werden dürfe<sup>20</sup>. Außerdem wird angeführt, dass es dem Geschäftsführer an einer Unselbstständigkeit i. S. einer Unterworfenheit unter ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht fehle<sup>21</sup>. Allerdings wird von Teilen der Literatur das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bei einem Fremdgeschäftsführer nicht grundsätzlich abgelehnt<sup>22</sup>.

#### b) Rechtsprechung

Wie die überwiegende Lehre vertritt der BGH die Ansicht, dass die Stellung als Geschäftsführer mit dem Status eines Arbeitnehmers generell unvereinbar sei<sup>23</sup>. Im Fall der Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers wendet er dennoch teilweise arbeitsrechtliche Normen und Grundsätze, wie z. B. die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB, an<sup>24</sup>. Auch die jüngere zivilrechtliche Instanzrechtsprechung ist dem BGH gefolgt und unterwirft den Geschäftsführeranstellungsvertrag den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts und nicht denen des Arbeitsrechts<sup>25</sup>.

Das BAG hingegen vertritt eine differenziertere Auffassung bei der Statusfrage des Geschäftsführers. Nach Ansicht des BAG sei die Arbeitnehmerzugehörigkeit mit der Organstellung nicht von vorne herein unvereinbar<sup>26</sup>. Ob der Geschäftsführer in einem Arbeitsverhältnis stehe, hänge davon ab, ob die GmbH eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände habe, unter denen der Geschäftsführer seine Leistungen zu erbringen habe.

Danach liege ein Arbeitsverhältnis nur vor, wenn die GmbH dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und die Modalitäten der Leistungsbestimmung bestimmen könne. Auf etwaige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Innenverhältnis gem. § 37 GmbHG komme es nicht entscheidend an, denn § 37 GmbHG sei eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane untereinander. Die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Dienstverhältnis sei nach dem unterschiedlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit möglich. Der Arbeitnehmer erbringe die geschuldete Leistung im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisati-

on. Entscheidend sei daher, ob der Geschäftsführer einem umfassenden Weisungsrecht in der Weise unterliege, dass die Zeit, den Ort, die Dauer, den Inhalt, die Durchführung und die sonstigen Modalitäten der Tätigkeit betreffe<sup>27</sup>.

Verfügt der Geschäftsführer lediglich über eine Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft oder ist er überhaupt nicht an ihr beteiligt, so kann sich für ihn eine Situation ergeben, die jener eines Arbeitnehmers vergleichbar ist. Befolgt er nämlich die tatsächlichen Vorgaben durch den beherrschenden Gesellschafter oder die Gesellschaftermehrheit nicht, verliert er seine Organstellung, sein persönliches Einkommen und seine Anstellung.

Dies gelte allerdings dann nicht, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfüge, wodurch Entscheidungen gegen seinen Willen nicht ergehen können<sup>28</sup>.

Nach Meinung des BAG könne der Arbeitnehmerstatus z. B. dann bejaht werden, wenn der Geschäftsführer vertraglich dem Hauptgesellschafter als disziplinarischem Vorgesetzten mit Einspruchsrecht in Sachfragen unterstehe, wenn er dessen Zustimmung bei Einstellungen und Entlassungen benötige und der Geschäftsführer Anschaffungen für die Gesellschaft nur in geringem Umfang tätigen dürfe<sup>29</sup>.

Von diesen Grundsätzen ist das BAG auch nicht in seiner Rechtsprechung<sup>30</sup> zum sog. Drittanstellungsverhältnis abgewichen. Vielmehr hat es hier ausdrücklich erklärt, dass unabhängig von der tatsächlichen Arbeitnehmerzugehörigkeit eines Geschäftsführers, lediglich die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte durch die gesetzliche Fiktion in § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen werde. Diese Fiktion gilt unabhängig davon, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis angesehen werden müsse<sup>31</sup>. Damit bleibt dem Geschäftsführer einer GmbH der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für Streitigkeiten um Rechte

- 14... Vgl. BAG vom 19. 1. 2000 – 5 AZR 644/98, DB 2000 S. 1520 = NZA 2000 S. 1102, m. w. N.
- 15... *Küttner/Röllner*, Personalbuch 2007, Nr. 190 Freie Mitarbeit Rdn. 2.
- 16... *Bauer/Grager*, ZIP 1997 S. 2177 (2178); *Boemke*, ZfA 1998 S. 202 (212); *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, Anh. § 6 Rdn. 3; *Roith/Altmeyen*, GmbH-Gesetz, 5. Aufl. 2005, § 6 Rdn. 41 f.; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1239; *Fleck*, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197; *Hueck*, FS Hilger/Stumpf, S. 365 (374); *Hümmerich*, NJW 1995 S. 1177; *MünchHdbArbR-Pi-chardi*, 2. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 114.
- 17... *Fleck*, a.a.O. (Fn. 16), S. 197 (203).
- 18... *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 16), Anh. 6, Rdn. 3.
- 19... *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 35 Rdn. 99.
- 20... *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 35 Rdn. 161.
- 21... *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a.a.O. (Fn. 19), § 35 Rdn. 97 b.
- 22... *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, 1991, S. 137; *Diller*, Gesellschaft und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 97; *Grob*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, 1987, S. 51; *Kamanabrou*, DB 2002 S. 146 (147); *Köhl*, DB 1996 S. 2597 (2601); *Nordheus*, Arbeitsrechtliche Einordnung von Organmitgliedern, Diss. Blefeld 1992, S. 148; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl. 2007, § 14 Rdn. 5; *Wank*, EWIR 1999 S. 1093 (1094).
- 23... Vgl. nur BGH vom 10. 1. 2000 – II ZR 251/98, DB 2000 S. 813.
- 24... Vgl. BGH vom 26. 3. 1984 – II ZR 120/83, DB 1984 S. 2238.
- 25... Vgl. OLG Hamm vom 26. 4. 2007 – 27 U 7/07, GmbHR 2007 S. 820.
- 26... Vgl. nur BAG vom 26. 5. 1999 – 5 AZR 664/98, DB 1999 S. 1906; vom 24. 11. 2005 – 2 AZR 614/04, DB 2006 S. 728 "in extremen Ausnahmefällen".
- 27... Vgl. nur BAG vom 26. 5. 1999, a.a.O. (Fn. 26).
- 28... Vgl. BAG vom 6. 5. 1998 – 5 AZR 612/97, DB 1998 S. 1869.
- 29... Vgl. BAG vom 15. 4. 1982 – 2 AZR 1101/79, ZIP 1983 S. 607.
- 30... Vgl. BAG vom 20. 8. 2003 – 5 AZB 79/02, DB 2003 S. 2183.
- 31... Vgl. BAG vom 6. 5. 1999 – 5 AZB 22/98, DB 1999 S. 1811 = ZIP 1999 S. 1456; vom 12. 3. 1987 – 2 AZR 336/86, DB 1987 S. 2659; vom 9. 5. 1985 – 2 AZR 330/84, DB 1986 S. 1474.

und Pflichten aus dem der Organstellung zugrundeliegenden Anstellungsverhältnis verschlossen. Eine Konstellation, in der bei einer Streitigkeit aus dem Geschäftsführeranstellungsverhältnis die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte eröffnet wird, ist mit der Aufgabe der Rechtsprechung zur sog. „Drittanstellung“ so gut wie nicht mehr denkbar. Möglich bleiben lediglich Zuständigkeitsvereinbarungen nach § 2 Abs. 4 ArbGG oder entsprechende Klauseln in der Satzung der GmbH.

### c) Würdigung

Die besseren Argumente sprechen für die differenzierende Lösung des BAG. Die Auffassung des BAG wird auch von Teilen der Literatur<sup>32</sup> gestützt. So soll es zumindest zusätzlich zu den herkömmlichen Kriterien darauf ankommen, ob der Geschäftsführer ein Unternehmerrisiko übernommen hat und diesem Risiko unternehmerische Chancen gegenüberstehen<sup>33</sup>. Im Gegensatz zur Tätigkeit als Selbstständiger sollen eine auf Dauer angelegte Tätigkeit für nur einen Auftraggeber, in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation für eine Stellung als Arbeitnehmer sprechen.

Richtig ist zwar, dass in der Praxis das der Organstellung zugrundeliegende Rechtsverhältnis i. d. R. ein freies Dienstverhältnis sein wird. Es erscheint aber nicht sachgerecht einen Geschäftsführer, der aufgrund des tatsächlichen Vollzugs seines Anstellungsverhältnisses in der persönlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer ähnlich ist, ausnahmslos von allen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften auszuschließen, weil die Statusfrage stets ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls beantwortet wird. Stark weisungsabhängige Fremdgeschäftsführer, die z. B. über Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit und die während der Arbeitszeit zu erledigenden Aufgaben nicht frei entscheiden können, sind ebenso schutzwürdig wie Arbeitnehmer. Daran ändert die formale Organstellung nichts. Es ist nicht überzeugend begründbar, dass in diesen Ausnahmefällen zwischen einem Geschäftsführer und einem Arbeitnehmer statusrechtlich differenziert werden müsse. Entscheidend kann nur die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses sein.

Die gegenteilige Auffassung, die die Anwendbarkeit des TzBfG lediglich mit dem pauschalen Verweis auf die gesetzlichen Ausschlüsse in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen ablehnt, verkennet, dass das TzBfG gerade keinen expliziten Ausschluss für Geschäftsführeranstellungsverhältnisse vorsieht. In diesem Zusammenhang muss auch unterstellt werden, dass für den Gesetzgeber die bestehenden Unklarheiten infolge der strittigen Diskussion über den möglichen Arbeitnehmerstatus eines Geschäftsführers bekannt waren. Insoweit hätte er diese Unklarheiten durch einen eindeutigen Ausschluss der gesetzlichen Organvertreter aus dem Anwendungsbereich des TzBfG beseitigen können, wie dies z. B. in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG geschehen ist. Ein genereller Ausschluss wird auch nicht durch die rechtspolitische Entwicklung und Intention des TzBfG getragen. Nach den europäischen Vorgaben sollten ausdrücklich keine Ausnahmen für den personellen Anwendungsbereich des TzBfG gelten<sup>34</sup>. Insbesondere soll die Befristungskontrolle nicht mehr von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) abhängig gemacht werden, sondern grundsätzlich bei jedem befristeten Arbeitsverhältnis durchzuführen sein. Die weite Fassung des Gesetzeswortlauts bringt zum Ausdruck, dass von den Bestimmungen des TzBfG sämtliche Arbeitsverhältnisse, unabhängig von ihrer hierarchischen Einordnung, erfasst werden und sie mithin auch für Arbeitnehmer in leitenden Positionen Geltung beanspruchen<sup>35</sup>.

Diese Meinung wird auch durch das Urteil des BGH vom 25. 7. 2002<sup>1</sup> gestützt, in dem der BGH nicht grundsätzlich den Anwendungsbereich des TzBfG auf ein Geschäftsführeranstellungsver-

hältnis von vorne herein ablehnt. Vielmehr ist die Eröffnung des Anwendungsbereichs des TzBfG in jedem Einzelfall nach den vom BAG zutreffend entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsverhältnissen und freien Dienstverhältnissen zu überprüfen.

### III. Praktische Auswirkungen der Anwendbarkeit des TzBfG

Gem. § 3 TzBfG findet das TzBfG auf befristete Arbeitsverträge sowie über die Verweisungsnorm des § 21 TzBfG zum größten Teil auch auf auflösend bedingte Arbeitsverträge Anwendung. Der Auffassung folgend, dass auch ein Geschäftsführeranstellungsverhältnis im Einzelfall unter das TzBfG fallen kann, unterliegen in diesen Fällen sowohl die mit Geschäftsführern häufig geschlossenen befristeten Anstellungsverträge als auch die sog. „Koppelungsklauseln“ in Form der auflösenden Bedingung einer Befristungskontrolle. Soweit eine Befristung nicht aus Gründen des § 14 Abs. 2 und 2a TzBfG zulässig ist, bedarf die Befristung daher eines Sachgrunds. Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Normalfall ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ist, stellt die Befristung eine vom Arbeitgeber zu rechtfertigende Ausnahme dar<sup>36</sup>. Fehlt der sachliche Grund, ist die Befristungsabrede bzw. die Vereinbarung der auflösenden Bedingung nicht wirksam, sodass es zu keiner Auflösung des Dienstvertrags des Geschäftsführers in den hier diskutierten Fällen käme.

#### 1. Sachgründe i. S. des § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG

Nach §§ 14, 21 TzBfG ist ein befristeter bzw. auflösend bedingter Arbeitsvertrag nur zulässig, soweit die Befristung bzw. die auflösende Bedingung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Als gesetzlich genannte Sachgründe kommen bei Befristungen mit Geschäftsführern vor allem die in §§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und Nr. 6 TzBfG genannten Gründe in Betracht.

#### a) Organstellung als Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG

Gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG ist die „Eigenart der Arbeitsleistung“ ein möglicher sachlicher Grund für die Befristung. Eine Definition des vorstehenden Begriffs hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs bezieht sich dieser sachliche Grund insbes. auf das von der Rechtsprechung aus der Rundfunkfreiheit abgeleitete Recht der Rundfunkanstalten, programmgestaltende Mitarbeiter aus Gründen der Programmplanung lediglich für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen<sup>37</sup>. Ausgeweitet wurde der Anwendungsbereich allerdings bereits auf wissenschaftliche Mitarbeiter einer Parlamentsfraktion<sup>38</sup> und Berufssportler<sup>39</sup>. Bei letzteren sollen die besondere Erfolgsorientierung und die Branchenüblichkeit den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung begründen. Diese Gesichtspunkte könnten auch auf Geschäftsführer zutreffen. So könnte man annehmen, dass, ähnlich wie im Verhältnis eines Fußballtrainers zu seinen Spielern, auch in der Beziehung eines Geschäftsführers zu seiner Gesellschaft ein besonderes Vertrauensverhältnis liegt. Auch eine gewisse Üblichkeit von zeitlich befristeten Anstellungsverträgen mit Geschäftsführern ließe sich darstellen.

Der Einordnung der Geschäftsführertätigkeit als eine Arbeitsleistung, die aufgrund Ihrer Eigenart eine Befristung rechtfertigt, steht

32... Haase, GmbHR 2007 S. 821 (822), m. w. N.; Kamanabrou, DB 2002 S. 146 (147), m. w. N.

33... Vgl. Wank, NZA 1999 S. 225 (227).

34... Vgl. Preis/Gotthardt, DB 2000 S. 2065.

35... Annuß/Thüsing/Annuß, TzBfG, 2. Aufl. 2006, § 1 Rdn. 2.

36... Maschmann, a.a.O. (Fn. 7), § 14 Rdn. 22; Dörner, NZA 2003 Beil. zu Heft 16 S. 33 (40).

37... BT-Drucks. 14/4347 S. 19.

38... Vgl. BAG vom 26. 8. 1998 – 7 AZR 450/97, NZA 1999 S. 149.

39... Vgl. BAG vom 29. 10. 1998 – 7 AZR 436/97, DB 1999 S. 853.

aber entgegen, dass die Gesellschaft jederzeit die Möglichkeit hat, den Geschäftsführer unter Einhaltung der ordentlichen Fristen von seinen Verpflichtungen aus dem Anstellungsvertrag durch Kündigung zu entbinden. Der Eigenart der Geschäftsführertätigkeit wird insoweit schon dadurch im ausreichenden Maße Rechnung getragen, dass einem Geschäftsführer gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG jederzeit gekündigt werden kann, ohne diese Kündigung sozial rechtfertigen zu müssen. Selbst wenn die Parteien des Dienstvertrags ausdrücklich vereinbart haben, dass das KSchG entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auf das Dienstverhältnis Anwendung finden soll, sei die Abberufung des Geschäftsführers ein personenbedingter Kündigungsgrund i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG, sodass die Kündigung keiner weiteren sozialen Rechtfertigung mehr bedürfe<sup>40</sup>. Es besteht damit keine Notwendigkeit für ein befristetes Geschäftsführeranstellungsverhältnis.

#### b) Wunsch des Arbeitnehmers als Grund nach § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG

Ein in der Person des Arbeitnehmers bestehender Grund liegt vor, wenn der ausdrücklich geäußerte Wunsch des Arbeitnehmers gerade in einer befristeten Beschäftigung besteht oder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektive Anhaltspunkte vorliegen, aus denen dies gefolgert werden kann<sup>41</sup>. Die Grundsätze der Befristungskontrolle dürfen jedoch durch eine extensive Anwendung dieses Sachgrunds nicht ausgehebelt werden. Daher ist ein bloßes Einverständnis mit der Befristung nicht ausreichend. Vielmehr muss der Arbeitnehmer gerade an der Befristung als solcher Interesse haben. Bezogen auf den Geschäftsführeranstellungsvertrag ist demnach entscheidend, ob bei Vertragsschluss objektive Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Geschäftsführer auch bei einem Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags nur einen befristeten Vertrag abgeschlossen hätte<sup>42</sup>. Dies wird in der Praxis im Hinblick auf den fehlenden Kündigungsschutz nach dem KSchG tatsächlich häufig der Fall sein. Um zu vermeiden, dass die GmbH den Dienstvertrag jederzeit ordentlich kündigen kann, ist eine Befristungsvereinbarung aus der Sicht des Geschäftsführers notwendig, denn ein wirksamer befristeter Dienstvertrag ist grundsätzlich während der Laufzeit des Vertrags ordentlich nicht kündbar. Allerdings darf sich aus dem Vertrag keine ausdrückliche oder konkludente Abrede ergeben, die den Parteien trotz der Befristungsvereinbarung die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung einräumt. Fehlt eine solche Abrede spricht viel dafür, dass die Befristungsabrede zur Absicherung der wirtschaftlichen Existenz diene und damit dem ausdrücklichen Wunsch des Geschäftsführers entsprach.

#### c) Unbenannter Sachgrund

Gemeinsam ist den in § 14 TzBfG als sachlicher Grund anerkannten Fallgestaltungen ein rechtlich anerkennenswertes Interesse – meist des Arbeitgebers – daran, anstelle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit eines befristeten Arbeitsvertrags zu wählen. Anerkannt als unbenannte Sachgründe sind bisher u. a. die Wahrung der personellen Kontinuität des Betriebsrats<sup>43</sup> sowie das Vorliegen eines Verschleißtatbestands, wenn die vereinbarte Befristung geeignet ist, der Gefahr nachlassender Motivationskraft vorzubeugen. Dabei muss es sich um einen vertragstypischen, das übliche Maß deutlich übersteigenden Verschleiß handeln, weil sonst nahezu jeder Arbeitsvertrag befristet abgeschlossen werden könnte<sup>44</sup>. Der allgemeine altersbedingte Verschleiß durch die längere Ausübung desselben Berufs ist kein Sachgrund für eine Befristung<sup>45</sup>. Unabhängig von der Tatsache, dass hier die gleichen Gegenargumente wie bei der Eigenart der Arbeitsleistung greifen, erscheint schon fraglich, ob die Motivation von Geschäftsführern mit der Länge der Beschäftigung nachlässt. Auch in diesem Fall ist der Arbeitgeber auf die Möglichkeit der Kündigung unter Einhaltung der

Kündigungsfrist zu verweisen. Ein Befristungsgrund der sich ausschließlich auf die formale Organstellung eines Geschäftsführers stützt, ist weder mit arbeitsmarktpolitischen Gründen noch anderen rechtlich anerkennenswerten Gesichtspunkten zu rechtfertigen.

#### 2. Sonderproblem „Koppelungsklauseln“

In Anstellungsverträgen von Geschäftsführern wird häufig durch eine sog. „Koppelungsklausel“ vorgesehen, dass im Fall einer Abberufung vom Amt des Geschäftsführers das Anstellungsverhältnis entweder sofort erlischt oder seitens der Gesellschaft aus wichtigem Grund sofort gekündigt werden kann<sup>46</sup>. Dadurch wird die Trennung zwischen Amt und Vertrag in der Weise aufgehoben, dass das Schicksal des Dienstverhältnisses mit dem jeweiligen Schicksal des Organverhältnisses verbunden wird<sup>47</sup>. Trotz der strengen Unterscheidung zwischen dem Organverhältnis auf der einen und dem Anstellungsverhältnis auf der anderen Seite wird die Verknüpfung der Abberufung als Organ mit der Auflösung des Dienstvertrags als zulässig angesehen<sup>48</sup>, soweit damit kein Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB verbunden ist<sup>49</sup>. Allerdings hat der BGH im Hinblick auf eine durch die Koppelungsklauseln drohende Umgehung von Kündigungsfristen, solche Vereinbarungen nur mit der Maßgabe akzeptiert, dass die Kündigung nicht sofort wirkt, sondern nur mit einer § 622 Abs. 1 BGB entsprechenden Frist<sup>50</sup>. Bei Vereinbarung eines automatischen Erlöschens des Anstellungsverhältnisses stellt die Abberufung von der Organstellung ein Ereignis dar, das ex nunc die Beendigung des Anstellungsverhältnisses bewirkt. Somit steht der Dienstvertrag von Beginn an unter der auflösenden Bedingung der Beendigung der Organstellung<sup>51</sup>. Eine Koppelungsvereinbarung kann daher eine auflösende Bedingung i. S. des § 21 TzBfG darstellen. Die auflösende Bedingung wird im Wesentlichen dem befristeten Arbeitsverhältnis gleichgestellt, sodass für deren Zulässigkeit gem. § 14 TzBfG ebenfalls ein sachlicher Grund vorliegen muss.

Ist eine Koppelungsklausel in einem befristeten Vertrag enthalten, muss zusätzlich beachtet werden, dass eine Abberufung das Anstellungsverhältnis regelmäßig nur dann vor dem Befristungsende auflösen kann, wenn ein wichtiger Grund gem. § 626 BGB vorliegt, so dass die Koppelungsklausel weitgehend nutzlos bleibt<sup>52</sup>. Soll etwas anderes gelten, müssen die Bestimmungen des befristeten Anstellungsvertrags die ordentliche Kündigung ermöglichen und sei dies nur als ordentliches Sonderkündigungsrecht für den Fall der Abberufung. Sieht der Anstellungsvertrag jedoch ein ordentliches Kündigungsrecht vor, wird der sachliche Grund für die Befristungsabrede jedenfalls in aller Re-

40... OLG Hamm vom 20. 11. 2006 – 8 U 217/05, GmbHR 2007 S. 442 (443).

41... BAG vom 4. 12. 2002 – 7 AZR 492/01, DB 2003 S. 2016.

42... So das BAG vom 4. 12. 2002, a.a.O. (Fn. 42), bei einem Bundesligatrainer.

43... BAG vom 23. 1. 2002 – 7 AZR 611/00, DB 2002 S. 1379.

44... EriK/Müller-Glöge, 8. Aufl. 2008, § 14 TzBfG Rdn. 44.

45... BAG vom 15. 4. 1999 – 7 AZR 437/97, DB 1999 S. 2315.

46... Hierzu umfassend Bauer/Diller, GmbHR 1998 S. 809; Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 16), Anh. § 6 Rdn. 44; Hillmann-Stadtfeld, GmbHR 2004 S. 1457; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl., Rdn. 469.

47... BGH vom 21. 6. 1999 – II ZR 27/98, DB 1999 S. 2103; zur Trennungstheorie allgemein: Seibt, NJW-Spezial 2004 S. 123.

48... Vgl. BGH vom 29. 5. 1989 – II ZR 220/88, DB 1989 S. 1865 = GmbHR 1989 S. 415 zu § 3 ABGB a.F.; vom 28. 5. 1990 – II ZR 245/89, DB 1990 S. 1912 = GmbHR 1990 S. 345; vom 21. 6. 1999, a.a.O. (Fn. 48); Bauer/Diller, GmbHR 1998 S. 809 (810).

49... Vgl. hierzu Hümmelich, NZA 2006 S. 709 (713).

50... Vgl. BGH vom 29. 5. 1999, a.a.O. (Fn. 49); Scholz/Schneider, a.a.O. (Fn. 20), § 38 Rdn. 36.

51... Vgl. BGH vom 29. 5. 1989, a.a.O. (Fn. 49); OLG Düsseldorf vom 20. 2. 1992 – 6 U 118/91, DSifR 1992 S. 1139.

52... BGH vom 21. 6. 1999, a.a.O. (Fn. 48).

gel nicht mehr in dem Wunsch des Geschäftsführers gem. § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG liegen (siehe oben unter III. 1. b)).

#### IV. Zusammenfassung

Die uneinheitliche Rechtsprechung des BGH und des BAG hinsichtlich der Arbeitnehmerstellung von Geschäftsführern im Zusammenhang mit dem TzBfG begründet ein erhebliches Gefahrenpotential bei der praktischen Handhabung bzw. der Beendigung von Geschäftsführerverträgen. Soweit man der hier vertretenen Auffassung folgt, dass im Einzelfall je nach Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses auch Geschäftsführer dem TzBfG unterfallen können, sind die Besonderheiten des TzBfG zu beachten. Als Folge eines unwirksam befristeten oder mit einer unwirksamen auflösenden Bedingung vereinbarten Arbeitsverhältnisses sieht § 16 TzBfG einen unbefristeten Arbeitsvertrag vor. Dieser unterfällt bei Geschäftsführern zwar nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG und kann unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist jederzeit gekündigt werden. Im Hinblick auf die ordentlichen Kündigungsfristen kann dies aber zu erheblichen finanziellen Zusatzbelastungen führen. Dies gilt erst Recht, wenn die GmbH zunächst auf die Wirksamkeit der Auflösung des Ar-

beitsvertrags durch die Befristung bzw. die auflösende Bedingung vertraut und erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung eine (vorsorgliche) ordentliche Kündigung nachschleibt.

Besonders problematisch kann es für die Gesellschaft jedoch dann werden, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Organstellung des Geschäftsführers durch eine vorangegangene Abberufung bereits weggefallen war, weil sich der Geschäftsführer in diesem Fall mit der Behauptung, dass zur GmbH ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, auf den Kündigungsschutz nach dem KSchG berufen könnte. Die Anwendung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG setzt nämlich die Organstellung des Geschäftsführers voraus.

Solange bezüglich der in diesem Beitrag aufgeworfenen Fragen keine Rechtssicherheit besteht, kann die Gesellschaft in Zweifelsfällen bei der Beendigung eines Anstellungsverhältnisses nicht auf die vereinbarte Befristung bzw. Koppelungsvereinbarung in Form einer auflösenden Bedingung vertrauen. Die sich dadurch für beiden Parteien bei der Beendigung des Anstellungsverhältnisses ergebenden Möglichkeiten und/oder Gefahren, gilt es wahrzunehmen und zu beugen.

## Entscheidungen

### Betriebsübergang

**Bloße Auftragsnachfolge ist kein Betriebsübergang – Gilt auch bei Vorliegen alleinigen Auftrags des Betriebs – Identität der wirtschaftlichen Einheit kann durch veränderte Organisation ausgeschlossen werden**

BGB § 613a Abs. 1; KSchG-§ 1 Abs. 2, § 17 Abs. 1

1. Auch in einem Betrieb, dessen Zweck die Erfüllung eines einzigen Auftrags ist, stellt die Neuvergabe dieses Auftrags an ein anderes Unternehmen für sich genommen keinen Betriebsübergang dar. Eine Tätigkeit zur Auftrags Erfüllung ist noch keine wirtschaftliche Einheit.
2. Die wirtschaftliche Identität eines Betriebs wird nicht erhalten, wenn der neue Auftragnehmer die Aufgabe mit einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erfüllt und sie bei ihm nur noch einen (kleinen) Teilbereich einer wesentlich größeren Aufgabenstellung darstellt.
3. Vom gesetzlichen Erfordernis eines Betriebsübergangs kann auch dann nicht abgesehen werden, wenn als Normziel von § 613a BGB ein Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis angesehen wird.
4. Auch europarechtlich ist der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit Voraussetzung, vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001.
5. Wird der Betrieb eines an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmens stillgelegt, so erstreckt sich die Sozialauswahl bei einer deswegen ausgesprochenen Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen nicht (mehr) auf den gesamten Gemeinschaftsbetrieb.

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

► (BAG-Urteil vom 14. 8. 2007 – 8 AZR 1043/06)

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten zu 1) wegen Betriebsstilllegung ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und über den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) infolge eines Betriebsübergangs.

Der Kläger war seit dem 15. 9. 1995 als Fachkraft für die Instandhaltung von gebäudetechnischen Anlagen gegen ein Bruttomonatsentgelt i. H. von 2.200 € bei der Beklagten zu 1) beschäftigt. Diese erbrachte auf dem Campus V-Klinikum, einem Teilbereich des Universitätsklinikums C, technische Dienstleistungen, die die „Erbringung von technischer Betriebsleitung und Management, technischen Anlagen und Systembetrieb und Instandhaltung sowie gebäudetechnischen Servicedienst für die betriebs- und versorgungstechnischen Anlagen/Systeme für die Gebäude der Ring- und Nordbebauung“ umfassten. Die Beklagte zu 1) nutzte dafür Büro- und Aufenthaltsräume sowie Räume für Lager und Werkstatt des Klinikums. Dieses stellte auch eine Software für Reparaturaufträge sowie Wasser und Elektrizität zur Verfügung. Die betreuten technischen Anlagen waren Eigentum des Klinikums. Sonstige Facility-Leistungen erbrachte das Klinikum z. T. selbst, teilweise wurden sie von Drittfirmen erbracht.

2005 wurde beschlossen, für alle Einzelstandorte des Klinikums C und alle Aufgaben des Facility-Managements nur noch einen Auftrag zu vergeben. Dafür wurde die Beklagte zu 2) gegründet, an der sich das Klinikum C zu 51% und eine GbR, bestehend aus mehreren anderen Gesellschaften, zu 49% beteiligte. Der Beklagten zu 1) wurde im Sommer 2005 angekündigt, künftig den Dienstleistungsauftrag nicht mehr zu erhalten. Die Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) beschloss am 19. 12. 2005, in diesem Fall den Betrieb stillzulegen. Nachdem das Klinikum mit Schreiben vom 29. 12. 2005 den Dienstleistungsauftrag zum 31. 3. 2006 gekündigt hatte, kündigte die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 30. 12. 2005 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 30. 4. 2006. Im Kündigungszeitpunkt beschäftigte die Beklagte zu 1) 19 Arbeitnehmer. Die Beklagte zu 2) nahm mit etwa 1.900 Beschäftigten ab dem 1. 1. 2006 ihre Tätigkeit auf, die Aufgaben aus dem Dienstleistungsauftrag der Beklagten zu 1) übernahm sie ab dem 1. 4. 2006. Allein in der Betriebstechnik beschäftigt die Beklagte zu 2) ca. 340 Arbeitnehmer. Sie forderte neun Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) zu Bewerbungen auf und stellte schließlich sechs frühere Mitarbeiter der Beklagten zu 1) ein.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war vor dem LAG (Berlin – 15 Sa 1314/06) erfolgreich. Die Revisionen der beiden Beklagten waren erfolgreich.

► AUS DEN GRÜNDEN

**Bloße Auftragsnachfolge stellt weder Übergang der wirtschaftlichen Einheit noch Betriebsübergang dar . . .**

1. . . . 20] A. . . . B. II. 1. Die bloße Auftragsnachfolge stellt weder einen Betriebsübergang i. S. von § 613a BGB noch den Übergang