

Kalina Haack

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

Kalina Haack

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

Kalina Haack

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

Tectum Verlag

Kalina Haack

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017
Zugl. Diss. Universität Mannheim 2017

E-Book: 978-3-8288-6900-4

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4064-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Vorwort

Diese Arbeit hat im Wintersemester 2016/2017 der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis September 2016 berücksichtigt. Ich danke meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard), für die Betreuung der Arbeit und Herrn Prof. Dr. Ulrich Tödtmann für die Erstellung des Zweitgutachtens. Herzlich danken möchte ich auch Herrn Dr. Thomas Trölitczsch für die vielen Anregungen, die er für die Erstellung der vorliegenden Arbeit gegeben hat, sowie meinen Kollegen bei der Kanzlei Oppenländer (Stuttgart) für die wertvollen praktischen Tipps und die stets aufmunternden Worte. Schließlich gilt mein besonderer Dank meinem Freund Oliver und meiner Familie, insbesondere meinen Großeltern, die mich seit jeher unterstützt und gefördert haben.

Stuttgart, Oktober 2017

Kalina Haack

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
Erster Teil: Einführung und Grundlagen	5
I. Die Trennung zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten – „Sondergerichtsgedanke“	5
1. Historische Entwicklung des Gedankens einer „Sondergerichtsbarkeit“	7
a) Die Zunftgerichte im Mittelalter	7
b) Französische Einflüsse	7
c) Das Gewerbegerichtsgesetz von 1890	9
d) Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926	11
e) NS-Zeit und Nachkriegsentwicklungen	13
f) Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1953	14
2. Leitgedanken der Arbeitsgerichtsbarkeit in Abgrenzung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit	15
a) Die Leitgedanken der frühzeitlichen „Arbeitsgerichtsbarkeit“	15
b) Die Leitgedanken der heutigen Arbeitsgerichtsbarkeit in Abgrenzung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit	16
aa) Kostengünstiges Verfahren	16
bb) Besondere Besetzung des Spruchkörpers	17
cc) Schnelles Verfahren	18
dd) Obligatorisches Güteverfahren	19
3. Eingliederung in die ordentliche Gerichtsbarkeit – Rechtspolitische Diskussion	21
a) Die Argumente der Befürworter	22

b) Die Argumente der Gegner	24
c) Aktualität der Debatte und Stellungnahme	27
II. Das Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten	29
1. Frage des zulässigen Rechtswegs oder der sachlichen Zuständigkeit?	29
2. Das System der Rechtswegregelungen	30
3. Das gerichtliche Verfahren	31
a) Entscheidung durch das angegangene Gericht – Vorabentscheidung	31
b) Beschränkte Rechtsmittel	34
c) Bindungswirkung der Beschlüsse im Vorabentscheidungsverfahren	35
aa) Bindungswirkung an sich	35
bb) Umfang der Bindungswirkung	36
cc) Ausnahmen – Durchbrechung der Bindungswirkung	36
dd) Widersprüchliche Rechtsprechungspraxis	37
d) Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens	38
III. Der GmbH-Geschäftsführer und die Arbeitsgerichtsbarkeit	39
1. Der Geschäftsführer und die GmbH im Rechtsstreit	39
a) Die rechtlichen Beziehungen	39
aa) Organstellung	39
bb) Anstellung	41
b) Verhältnis zwischen Organstellung und schuldrechtlicher Beziehung	42
aa) Herrschende Meinung – “Trennungstheorie”	42
bb) Absolute Mindermeinung – “Einheitstheorie”	43
cc) Stellungnahme	44
c) Mögliche Rechtsstreitigkeiten	44
aa) GmbH gegen Geschäftsführer	45
bb) Geschäftsführer gegen GmbH	46
2. Die gesetzlichen Regelungen zur Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH	47
a) Die aktuellen gesetzlichen Regelungen	47
b) Historische Entwicklung	49

Zweiter Teil: Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer – neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur	51
I. Der nationale Arbeitnehmerbegriff	51
1. Der klassische Arbeitnehmerbegriff der herrschenden Meinung	51
2. Der Ansatz Wanks	54
a) Kritik am klassischen Arbeitnehmerbegriff und alternativer Ansatz	54
b) Kritik am Ansatz Wanks	56
3. Die Grundidee eines „uneinheitlichen“ Arbeitnehmerbegriffs	58
4. Exkurs: Arbeitnehmerbegriffe im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht	59
II. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH (unter Außerachtlassung des Unionsrechts) – Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	60
1. Rechtsprechung	61
a) Ansicht des BGH	61
b) Ansicht des BAG	64
c) Abweichende Ansicht des OLG München	65
2. Stimmen der Literatur	66
a) Arbeitnehmereigenschaft ist nicht möglich (BGH-Ansicht)	66
b) Arbeitnehmereigenschaft ist grundsätzlich möglich	70
aa) Anhänger der BAG-Ansicht	70
bb) Differenzierte Ansichten	73
(1) Keine Einzelfallentscheidung	73
(2) Vorrang des Gesellschaftsrechts	74
(3) Schlussfolgerungen aus der Verbraucher-Rechtsprechung des BAG	76
(a) Ansicht Wank	76
(b) Kritik an den Schlussfolgerungen	77
3. Stellungnahme	79
a) Keine Sperrwirkung der Organstellung	80
b) Subsumtion unter Kriterien des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs im Einzelfall	80
c) Fremdheit des Betriebes	81
d) Arbeitsrechtliche Weisungen durch die Gesellschafter / Gesellschafterversammlung	81

e) Gesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss	83
f) Wünschenswerte Einzelfallgerechtigkeit	83
g) BAG überschreitet Beurteilungsfähigkeit	83
4. Zusammenfassung	84

Dritter Teil: Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH unter dem Einfluss des Unionsrechts? 87

I. Vorbemerkungen zum Unionsrecht 87

1. Allgemeines	87
2. Das Unionsarbeitsrecht	90
3. Zur Rolle des EuGH bei der Auslegung von Unionsrecht	92

II. Die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers aus unionsrechtlicher Sicht 94

1. Der Begriff des Arbeitnehmers im Unionsrecht	94
a) Verwendung des Begriffs in den verschiedenen Rechtsakten des Primär- und Sekundärrechts	95
b) Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht	97
aa) Vorüberlegungen: Erfordernis einer genauen Untersuchung der Rechtsprechungspraxis	97
bb) Untersuchung der Rechtsprechungspraxis des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	98
(1) Der Arbeitnehmerbegriff im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit	98
(a) Entscheidung in der Rechtssache „Unger“ – Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen Bestimmung	99
(b) Entscheidung in der Rechtssache „Levin“ – Erfordernis einer weiten Auslegung und Beschränkung auf wirtschaftliche Tätigkeiten	100
(c) Entscheidung in der Rechtssache „Lawrie-Blum“ – Entwicklung einer Definition	101
(d) Weitere Entscheidungen – Konturierung des Arbeitnehmerbegriffs	102
(aa) Tatsächliche und echte Tätigkeit	102

(bb) Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes auf Arbeitssuchende?	103
(2) Der Arbeitnehmerbegriff in anderen primärrechtlichen Rechtsakten	104
(a) Entscheidung in der Rechtssache „Allonby“	104
(b) Entscheidung in der Rechtssache „Fenoll“	106
(3) Der Arbeitnehmerbegriff in sekundärrechtlichen Rechtsakten	106
(a) Entscheidungen zu Richtlinien mit ausdrücklichem Verweis ins nationale Recht	106
(aa) Entscheidungen in den Rechtssachen „Wagner Miret“ und „Tümer“ – Insolvenzschutz-Richtlinie	106
(bb) Entscheidung in der Rechtssache „Confédération générale du travail“ – Unterrichts- und Anhörungsrichtlinie	107
(cc) Entscheidung in der Rechtssache „Del Cerro Alonso“ – Befristungsrichtlinie	108
(dd) Entscheidung in der Rechtssache „Chatzi“ – Elternurlaubsrichtlinie	109
(ee) Entscheidung in der Rechtssache „O’Brien“ – Teilzeitrichtlinie	111
(ff) Entscheidung in der Rechtssache „Jäger“	112
(b) Entscheidungen zu Richtlinien ohne Verweis ins nationale Recht	113
(aa) Entscheidung in der Rechtssache „Danmols Inventar“ – Betriebsübergangs-Richtlinien	113
(bb) Entscheidungen in den Rechtssachen „Union syndicale Solidaires Isère“, „May“, „Neidel“, „Fenoll“ – Richtlinie zur Arbeitszeitgestaltung	114
i. „Union syndicale Solidaires Isère“	114
ii. „May“	115
iii. „Neidel“	116
iv. „Fenoll“	116
(cc) Entscheidungen in den Rechtssachen „Kiiski“ und „Danosa“ – Mutterschutz-Richtlinie	117
i. „Kiiski“	117
ii. „Danosa“	118

(dd)	Entscheidung in der Rechtssache „Balkaya“ – Massenentlassungs-Richtlinie	118
(c)	Keine Entscheidung zur Richtlinie mit eigener Definition ...	119
(d)	Entscheidung zu der Verordnung Nr. 44/2001 in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitatie“	120
c)	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen: Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des EuGH	121
aa)	Zusammenfassung der Rechtsprechungspraxis	121
(1)	Entscheidung zwischen unionsweit einheitlicher Auslegung oder Anwendung der jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriffe	121
(a)	Bei Richtlinien mit ausdrücklichem Verweis	121
(aa)	Beachtung des Wortlauts	122
i.	Keine andere Schlussfolgerung aufgrund der Ausführungen in „Del Cerro Alonso“	122
ii.	Keine andere Schlussfolgerung aufgrund der Ausführungen in „Chatzi“	123
(bb)	Einschränkungen der Definitionshoheit der Mitgliedsstaaten	124
(cc)	Zwischenergebnis	125
(b)	Primärrecht, Verordnungen und Richtlinien ohne ausdrücklichen Verweis	125
(2)	Inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitnehmerbegriffe beim Erfordernis einer unionsweit einheitlichen Auslegung	126
bb)	Schlussfolgerungen	128
2.	EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH- Geschäftsführern	130
a)	Das Urteil in der Rechtssache „Asscher“	131
aa)	Kontext der Entscheidung und konkrete Aussagen des EuGH ..	131
bb)	Erkenntnisse	132
b)	Das Urteil in der Rechtssache „Clean Car“	132
aa)	Kontext der Entscheidung und konkrete Aussagen des EuGH ..	132
bb)	Erkenntnisse	133
c)	Das Urteil in der Rechtssache „Danosa“	134
aa)	Kontext	134
bb)	Allgemeine Ausführungen zum Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG	135

c)	Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft	137
d)	Beurteilung des konkreten Falls	137
e)	Erkenntnisse	138
(1)	Zugehörigkeit zu Leitungsorgan steht Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen	138
(2)	Einordnung nach nationalem Recht ist unerheblich	138
(3)	Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung	139
(4)	Spezifizierung der bekannten Kriterien	139
(5)	Ungeklärte Fragen	139
d)	Das Urteil in der Rechtssache „Balkaya“	140
aa)	Kontext	141
bb)	Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft	142
c)	Beurteilung des konkreten Falls	142
d)	Erkenntnisse	143
(1)	„Danosa“ - Kriterien gelten auch im Rahmen anderer Unionsrechtsakte	143
(2)	Subsumtion eines Geschäftsführers einer deutschen GmbH unter die „Danosa“ - Kriterien	144
(3)	Gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG ausreichend	144
(4)	Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung	144
(5)	Vertretungsverhältnisse unerheblich	145
(6)	Weiterhin ungeklärte Frage	145
e)	Das Urteil in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitatie“	145
aa)	Kontext	146
bb)	Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft	147
c)	Beurteilung des konkreten Falls	148
d)	Erkenntnisse	148
(1)	„Danosa“- Kriterien gelten auch im Rahmen der Verordnung	148
(2)	Gleichzeitige Anteilseignerschaft kann die Arbeitnehmereigenschaft unter bestimmten Voraussetzungen ausschließen	148

3. Schlussfolgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH für die Subsumtion des GmbH-Geschäftsführers unter die Arbeitnehmerbegriffe im Unionsrecht	149
a) Bei Verwendung des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs ...	149
aa) Geltung der Kriterien aus „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitative“	149
bb) Subsumtion unter die aufgestellten Kriterien	150
(1) Fremdgeschäftsführer	150
(a) Im Regelfall	150
(b) Bei abweichender Regelung der Widerrufsmöglichkeit	151
(2) Gesellschafter-Geschäftsführer	152
(a) Im Regelfall	152
(b) Bei abweichender Regelung der Abstimmungsverhältnisse	152
(c) Geschäftsführung als Sonderrecht	154
(3) Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH	154
b) Bei Verweis auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff ...	155
aa) Geltung der nationalen Definition mit Einschränkungen	155
bb) Willkürlichkeitsprüfung	157
(1) BGH-Ansicht	157
(2) BAG-Ansicht	158
(3) Zwischenergebnis	159
 III. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung bei der Anwendung des nationalen Arbeitsrechts	160
1. Richtlinienkonforme Auslegung / Nichtanwendung der nationalen Arbeitsgesetze?	160
a) Zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung – Allgemeines	161
aa) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	161
bb) Grenzen richtlinienkonformer Auslegung	162
b) Anwendung dieser Grundsätze bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern im deutschen Arbeitsrecht	164
aa) Vorbemerkungen	164
bb) Richtlinienkonforme Auslegung der „Umsetzungsgesetze“	164
(1) Diskussion in der Literatur	164
(a) Mutterschutzgesetz	164

(b)	§ 17 ff. KSchG	165
(c)	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	166
(d)	Bundesurlaubsgesetz	167
(e)	Teilzeitbefristungsgesetz	168
(f)	Weitere Arbeitsgesetze	169
(2)	Stellungnahme	169
(3)	Überschreitung der Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Auslegung aufgrund entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff?	170
(a)	Eine Ansicht	171
(b)	Gegenansicht	171
(c)	Stellungnahme	173
(aa)	Zur Problematik der entgegenstehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung	173
(bb)	Entgegenstehender Vertrauensschutz?	175
(d)	Zwischenergebnis	177
c)	Unionsrechtskonforme Auslegung der übrigen nationalen Arbeitsgesetze?	178
(1)	Allgemeine Ansicht	178
(2)	Abweichende Beurteilung bei §§ 1 ff. KSchG?	179
c)	Zwischenergebnis	180
aa)	„Umsetzungsgesetze“ mit unionsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff	180
bb)	„Umsetzungsgesetze“ mit nationalem Arbeitnehmerbegriff ..	180
cc)	Übrige Arbeitsgesetze	181
2.	Vollständige Ablösung des nationalen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff?	182
a)	Vorbemerkung	182
b)	Diskussion in der Literatur	182
c)	Stellungnahme	183
IV.	Ergebnis	185

Vierter Teil:	Einfluss der neuen Entwicklungen zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers auf die Regelung in § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG?	187
I.	Vorüberlegungen – Problematik	187
II.	Unionsrechtlich gebotene Modifizierung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?	188
1.	Kein „Umsetzungsgesetz“	189
2.	Keine andere Beurteilung aufgrund Art. 4 Abs. 3 EUV (Effektivitätsgebot)	189
III.	Anpassung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wegen möglicher Arbeitnehmereigenschaft nach nationalem Recht?	190
1.	Der Ansatz von Groß – teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG	191
2.	Rechtliche Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?	192
a)	Voraussetzungen	192
b)	Sinn und Zweck der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?	193
aa)	Herrschende Meinung	194
bb)	Stellungnahme	196
(1)	Historische Auslegung	196
(a)	Arbeitsgerichtsgesetz 1926	196
(b)	Arbeitsgerichtsgesetz 1953	198
(c)	Arbeitsgerichtsgesetz 1979	199
(2)	Wortlaut und Systematik	200
(3)	Planwidrigkeit	200
IV.	Ergebnis	201
V.	Ausblick	201
Fünfter Teil:	Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG durch die Rechtsprechung des BAG	203
I.	Persönlicher Anwendungsbereich	203
II.	Sachlicher Anwendungsbereich	204
1.	Streitigkeiten aus dem Organverhältnis und dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis	204

2.	Streitigkeiten aus anderen Rechtsverhältnissen	204
	a) Anstellungsvertrag mit Dritten	205
	aa) Geschäftsführer der Komplementär-GmbH – mittelbare Vertretung	205
	(1) Frühere Rechtsprechung des BAG	205
	(2) Seit Beschluss des BAG vom 20.08.2003 - 5 AZB 79/02	206
	bb) Konzernstrukturen	207
	b) Weitere Rechtsbeziehungen	208
	aa) „Beförderungsfälle“	208
	(1) Frühere Rechtsprechung des BAG – Rechtsfigur des sogenannten „ruhenden Arbeitsverhältnisses“	208
	(2) Rechtsprechungsänderung?	210
	(3) Rechtsprechung seit Einführung des Schriftformerfordernisses nach § 623 BGB	212
	(4) Abweichende Auslegung des Parteiwillens im Einzelfall	214
	bb) Ansprüche aus früherem Arbeitsverhältnis	214
	cc) Ansprüche aus daneben bestehendem Arbeitsverhältnis	215
3.	Zwischenergebnis	216
III.	Zeitlicher Anwendungsbereich	217
1.	Zeitraum der „Organstellung“	217
	a) Frühere Rechtsprechung	218
	b) Schrittweise Änderung der Rechtsprechung	220
	aa) Entscheidung des BAG vom 23.08.2011 - 10 AZB 51/10	220
	bb) Entscheidung des BAG vom 26.10.2012 - 10 AZB 55/12	222
	cc) Entscheidung des BAG vom 26.10.2012 - 10 AZB 60/12	222
	dd) Entscheidung des BAG vom 04.02.2013 - 10 AZB 78/12	223
	ee) Entscheidung des BAG vom 15.11.2013 - 10 AZB 28/13	223
	ff) Entscheidung des BAG vom 22.10.2014 - 10 AZB 46/14	224
	gg) Entscheidung des BAG vom 03.12.2014 - 10 AZB 98/14	224
	hh) Entscheidung des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15	225
2.	Maßgeblicher Zeitpunkt im Verfahren vor Gericht	226
	a) Anfängliche Rechtsprechung des BAG	226
	b) Rechtsprechungsänderung mit der Entscheidung des BAG vom 22.10.2014 - 10 AZB 46/14	226
3.	Reaktionen aus der Literatur	228
	a) Kritik an der formalen Betrachtungsweise	228
	b) Zustimmung zur formalen Betrachtungsweise	230

4. Stellungnahme	230
a) Auswirkung der Rechtsprechung des BAG zum zeitlichen Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG	230
aa) Starke Eingrenzung des praktischen Anwendungsbereichs	230
bb) Keine automatische Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.....	231
b) Gesetzeskonformität der Ansicht des BAG zur Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?	232
aa) Entscheidender Zeitpunkt im Gerichtsverfahren	232
bb) Formale Betrachtungsweise des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.....	233
(1) Wortlaut	233
(2) Sinn und Zweck.....	234
(3) Systematik.....	235
(4) Einheit der Rechtsordnung	238
c) Zwischenergebnis	238
IV. Zusammenfassung: Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG	239
V. Einordnung bestimmter Grenzfälle des persönlichen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG – Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG	241
1. Der „verhinderte“ Geschäftsführer	241
2. Der Strohmann-Geschäftsführer.....	243
3. Der faktische Geschäftsführer	244
4. Der fehlerhafte Geschäftsführer.....	246
VI. Ergebnis und Ausblick	247
Sechster Teil: Der zulässige Rechtsweg für Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG	249
I. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG	249
1. Vorbemerkungen	249

2. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer i. S. v. § 5 ArbGG	250
a) Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG	250
aa) Bestehen eines von Organstellung und zugrunde liegendem Anstellungsvertrag abgrenzbaren Arbeitsverhältnisses	250
bb) Anstellungsvertrag als Arbeitsverhältnis	251
(1) Nach nationalem Recht	251
(2) Nach Unionsrecht – Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG?	252
(a) Aussage in der Entscheidung des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15	252
(b) Entscheidung des OLG München vom 27.10.2014 - 7 W 2097/14	253
(c) Stimmen aus der Literatur	253
(d) Stellungnahme	254
(aa) Unionsrechtlich geboten?	254
(bb) Angesichts des Sinn und Zwecks der zuständigkeitsregelnden Normen geboten?	255
i. Umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen – Grundsätzliches Erfordernis einer weiten Auslegung der Zuständigkeitsnormen	255
ii. Zuständigkeit auch bei nur punktueller Einordnung als Arbeitnehmer?	256
(cc) Zwischenergebnis	258
b) Der GmbH-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnliche Person i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG	258
aa) Ausgestaltung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person durch die Rechtsprechung	258
bb) Subsumtion der GmbH-Geschäftsführer	260
(1) Arbeitnehmerähnlichkeit ist grundsätzlich möglich	260
(2) Einzelfallprüfung	261
(a) Wirtschaftliche Abhängigkeit	261
(b) Vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit	261

3. Subsumtion der Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer unter § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG	263
a) Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweg – Allgemeines	263
aa) Einordnung des prozessualen Anspruchs	263
bb) Möglichkeit der Eingrenzung des Streitgegenstandes auf bestimmte materielle Ansprüche?	264
cc) Faktisches Wahlrecht hinsichtlich des Rechtswegs?	265
b) Subsumtion der Streitgegenstände bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer	266
aa) Besonderheit: Trennung zwischen Anstellungsverhältnis und Organstellung	266
(1) Zuständigkeit für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis / über das Anstellungsverhältnis	267
(a) § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG	267
(b) § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG	269
(2) Keine Zuständigkeit für Streitigkeiten aus der Organstellung / über die Organstellung?	269
(a) Aussagen in der Rechtsprechung	269
(aa) Entscheidung des BAG vom 06.05.1999 - 5 AZB 22/98	269
(bb) Entscheidung des OLG München vom 13.07.1955 - 7 U 950/55	270
(b) Stellungnahme	271
(aa) Zustimmung im Grundsatz	271
(bb) Erfordernis einer differenzierten Betrachtung	272
(cc) Zusammenhangszuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG?	272
i. Rechtlicher Zusammenhang	273
ii. Wirtschaftlicher Zusammenhang	273
bb) Subsumtion einzelner Streitgegenstände	275
(1) Schadensersatz wegen Verletzung von Organpflichten	276
(a) Denkbare Ansprüche	276
(aa) Organschaftliche Ansprüche aus dem GmbHG	276
(bb) Konkurrierende vertragliche Ansprüche	276
i. Herrschende Meinung	277
ii. Gegenansicht	278
iii. Stellungnahme	278
(cc) Deliktische Ansprüche	281

(b)	Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg	281
(aa)	Bei Annahme von Anspruchskonkurrenz	281
(bb)	Bei Annahme von Gesetzeskonkurrenz	282
(2)	Ansprüche wegen Verletzung eines Wettbewerbsverbots ..	283
(a)	Wettbewerbswidriges Verhalten während der Geschäftsführertätigkeit	283
(aa)	Denkbare Ansprüche	283
i.	Organschaftliche Ansprüche	283
ii.	Vertragliche Ansprüche	284
(bb)	Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg	285
(b)	Nachträgliches wettbewerbswidriges Verhalten	285
(aa)	Mögliche Ansprüche	285
(bb)	Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg	286
(3)	Schadensersatz / Entschädigung aufgrund Verletzung von Benachteiligungsverboten aus AGG	287
(a)	Denkbare Streitgegenstände	287
(aa)	Ablehnung einer erneuten Bewerbung für die Position als Geschäftsführer	287
(bb)	Ablehnung einer erstmaligen Bewerbung um die Position als Geschäftsführerin	288
(b)	Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg	288
c)	Zwischenergebnis	290

II. Entscheidungsgrundlage für Rechtswegprüfung – Anforderungen an Klägervortrag	291
1. Vorbemerkungen	291
2. Grundsätze – Differenzierung nach verschiedenen Fallgruppen	292
a) Sic-non-Fälle	294
aa) Rechtsprechung des BAG	294
(1) Voraussetzungen	294
(2) Anforderungen an Klägervortrag	294
(a) Rechtsbehauptung der Arbeitnehmereigenschaft	294
(b) Modifizierung der Anforderungen seit BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12?	295
(3) Beispiele	296
bb) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.08.1999 - 1 BvR 1389/97	297
(1) Bestätigung der BAG-Rechtsprechung	297

(2) Hinweis: Manipulationsgefahr bei Verbindung mit Zusammenhangsklage	298
(3) Reaktion des BAG	298
cc) Rechtsprechung des BGH	299
b) Fälle nicht doppelrelevanter Tatsachen: Aut-aut und et-et-Fälle ...	300
aa) Aut-aut-Fälle.....	300
(1) Voraussetzungen	300
(2) Beispiele	300
bb) Et-et-Fälle.....	300
(1) Voraussetzungen	300
(2) Beispiele	301
cc) Anforderungen an Klägervortrag	301
(1) Schlüssigkeitstheorie	302
(2) Beweiserhebungstheorie.....	302
(3) Unentschlossenheit des BAG	304
(4) Handhabung durch untere Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit	304
(5) Stellungnahme	305
c) Zusammenfassung	306
3. Übertragung der Grundsätze auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer	307
a) Exkurs: Anwendbarkeit innerhalb des Geltungsbereichs der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG	308
b) Anwendbarkeit außerhalb des Geltungsbereichs der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG	308
aa) Außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs.....	308
bb) Außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs	310
cc) Einordnung einzelner möglicher Streitgegenstände	312
(1) Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung.....	312
(a) Ordentliche Kündigung	312
(aa) Klassischer sic-non-Fall.....	312
(bb) Nicht eindeutige Fälle	312
i. Kündigungsfrist nach § 622 BGB.....	312
ii. Soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG	313
iii. Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG	313
(b) Außerordentliche Kündigung.....	314

(2) Verlangen von Zahlung eines vereinbarten Entgelts für geleistete Arbeit	315
(a) Entgelt für geleistete Arbeit	315
(b) Annahmeverzug	315
(3) Erteilung Zwischenzeugnis / Endzeugnis.....	316
(4) Urlaubsabgeltung	316
(5) Schadensersatz / Entschädigung aufgrund Verletzung von Benachteiligungsverboten aus AGG	317
(6) Schadensersatz aufgrund Verletzung von Geschäftsführerpflichten	317
c) Zwischenergebnis	318
III. Schlussfolgerungen	320
1. Begründung der Rechtswegzuständigkeit bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer – Unterschiede zwischen Klageerhebung in der Arbeitsgerichtsbarkeit und in der ordentlichen Gerichtsbarkeit	320
a) Klageerhebung in der Arbeitsgerichtsbarkeit	320
b) Klageerhebung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.....	323
2. Manipulationsmöglichkeiten bzw. Wahlrecht hinsichtlich Rechtsweg?.....	325
3. Prozesstaktische Überlegungen – Vor- und Nachteile der Gerichtsbarkeiten	326
a) „Materiell-rechtliche“ Gründe	326
aa) BGH-Ansicht zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern	326
bb) Sachnähe der Arbeitsgerichte	327
cc) Besondere Arbeitnehmerfreundlichkeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung?.....	327
b) Prozessuale Gründe.....	328
aa) Prozesskosten	329
bb) Beschleunigungsgrundsatz	329
cc) Paritätische Besetzung.....	330
dd) Möglichkeit des Urkundenprozesses.....	330
(1) Statthaftigkeit des Urkundenprozesses bei Zahlungsansprüchen des Geschäftsführers.....	331
(2) Aussetzung des Verfahrens wegen Voreiligkeit?	332
(3) Vorteile des Urkundenprozesses.....	333

IV. Kritische Würdigung der aktuellen Rechtsprechung des BAG hinsichtlich § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vor dem Hintergrund der Auswirkungen	334
1. Argumente – Pro	334
2. Argumente – Contra	336
3. Ergebnis	336
Siebter Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	339
I. Einführung und Grundlagen	339
II. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer – neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur	339
III. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH unter dem Einfluss des Unionsrechts?	340
IV. Einfluss der neuen Entwicklungen zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers auf die Regelung in § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG?	344
V. Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG durch die Rechtsprechung des BAG	344
VI. Der zulässige Rechtsweg für Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG	346
Literaturverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs. .	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSchG	Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz)
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRHdb	Arbeitsrecht Handbuch
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrat Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestag Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EK	Erfurter Kommentar
ESTG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	EU-Recht / Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZR	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GewGG	Gewerbegerichtsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-GF	GmbH-Geschäftsführer
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hs	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung

i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
jM	juris – Die Monatszeitschrift
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KK	Kasseler Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LStDV	Lohnsteuer-Durchführungsverordnung
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montanmitbestimmungsgesetz)
MüAnwHdB	Münchener Anwaltshandbuch
MüHdB	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RSprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Rechtssprechungseinheitsgesetz)

RT-Drucks.	Reichstag Drucksache
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
SozverR	Sozialversicherungsrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
4. VwGOÄndG	Viertes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

Einleitung

Es scheint klar zu sein: für gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer sind nicht die Arbeitsgerichte, sondern die Landgerichte und dort insbesondere die Kammern für Handelssachen zuständig. Denn bekanntlich werden vor den Arbeitsgerichten nur individualrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber verhandelt.

Der Geschäftsführer ist aber gesetzlicher Vertreter der GmbH, die als juristische Person nur durch ihre Organe handlungsfähig ist. Und aus der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG geht vermeintlich eindeutig hervor, dass – zumindest im Rahmen des Arbeitsgerichtsgesetzes – Personen die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages allein oder als Mitglied des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder Personengesamtheit berufen sind, nicht als Arbeitnehmer gelten.

Die materiell-rechtliche Einordnung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer der GmbH ist hingegen eine klassische Kontroverse an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Die Frage, ob der Geschäftsführer immer, im Einzelfall oder nie als Arbeitnehmer seiner GmbH tätig ist, war bereits vielfach Diskussionsgegenstand in Rechtsprechung und Literatur und mehrfach Untersuchungsgegenstand juristischer Dissertationen.¹

Das Problem würde sich vielleicht nicht stellen, wenn dem ehrgeizigen Ziel in Art. 157 Abs. 2 WRV und den nachfolgenden Bemühungen um Schaffung eines allgemeinen Arbeitsgesetzes nachgekommen

1 Siehe nur: *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus; *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer; *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht; *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht am Beispiel des abhängigen GmbH-Geschäftsführers (mit europäischen Bezügen); *Namendorf*, Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern.

worden wäre.² Die Begriffe Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden in den arbeitsrechtlichen und anderen zivilrechtlichen Gesetzen zwar oft genannt, eine allgemeine gesetzliche Definition existiert jedoch nicht. So wird der Arbeitnehmerbegriff noch immer maßgeblich durch Rechtsprechung und Literatur bestimmt.³ Dementsprechend ist die Begriffsbestimmung auch Wandlungen unterworfen.

Aktuell hat das Thema durch mehrere Entscheidungen des EuGH wieder an Brisanz gewonnen.

Zunächst hat die Entscheidung in der Rechtssache „Danosa“⁴, dann in den Rechtssachen „Balkaya“⁵ und „Holterman Ferho Exploitatie“⁶ dazu geführt, dass die juristische Literatur unter den Vorzeichen des Unionsrechts wieder die Frage der Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers diskutiert.⁷

In einer Bestandsaufnahme sollen vorab die Ansichten zur materiell-rechtlichen Einordnung des GmbH-Geschäftsführers in der höchstgerichtlichen nationalen Rechtsprechung sowie der Literatur dargestellt und daraufhin die Rechtsprechung des EuGH untersucht werden. Es wird zu klären sein, auf welche Weise sich die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff und speziell zur Einordnung des GmbH-Geschäftsführers überhaupt auf das nationale Arbeitsrecht auswirken.

Anschließend ist zu untersuchen, inwieweit sich eine mögliche materiell-rechtliche Einordnung des GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer – entgegen der vermeintlich eindeutigen Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG – überhaupt auf die Rechtswegzulässigkeit auswirken kann.

2 Zu den einzelnen Anläufen siehe: *Richardi* in MÜHdb ArbR, § 16 Rn. 8 ff.

3 Kurzer Überblick zur historischen Entwicklung des klassischen Arbeitnehmerbegriffs: *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorganen als Arbeitnehmer, S. 98 ff.

4 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464.

5 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861.

6 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199.

7 Siehe beispielsweise: *Fischer*, Die Fremdgeschäftsführerin und andere Organvertreter auf dem Weg zur Arbeitnehmereigenschaft, NJW 2011, 2329; *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664; *Kempermann*, Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer, NJW-Spezial 2013, 655.

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage nach der generellen Reichweite des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.

Diese Frage stellt sich auch, weil, trotz des scheinbar eindeutigen Wortlauts in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, seit jeher immer wieder Arbeitsgerichte über Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH entscheiden.

Infolgedessen hatte *Kitzinger* bereits vor einigen Jahren die Auslegung und den Anwendungsbereich der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG und die diesbezügliche Rechtsprechung des BAG näher untersucht.⁸ Jüngste Entscheidungen des BAG und die daraufhin erfolgten Behauptungen in der Literatur, das BAG habe nunmehr den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für Klagen des Geschäftsführers gegen die GmbH eröffnet⁹, erfordern erneut eine Untersuchung der betreffenden Entscheidungen und deren Auswirkungen.

Die gegenständlichen Zuständigkeitsfragen sind unmittelbare Folge der Trennung zwischen Arbeits- und ordentlichen Gerichten. Diese Trennung mag auf den ersten Blick etwas verwundern. Bekanntlich regelt das Arbeitsrecht die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern und ist als Sonderprivatrecht ein Teil des Zivilrechts. Dies soll Anlass sein, einleitend der historischen Herkunft und Sinnhaftigkeit dieser Trennung auf den Grund zu gehen.

8 *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 21 ff.

9 Siehe beispielsweise die Titel bei: *Geck/Fiedler*, Alle Wege des Geschäftsführers führen zu den Arbeitsgerichten! - Paradigmenwechsel bei der Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit, BB 2015, 1077; *Lunk*, Der GmbH-Geschäftsführer und die Arbeitsgerichtsbarkeit - Das BAG macht den Weg frei!, NJW 2015, 528.

Erster Teil: Einführung und Grundlagen

I. Die Trennung zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten – „Sondergerichtsgedanke“¹⁰

Die Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen wird auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland durch die Arbeitsgerichte, die Landesarbeitsgerichte und das Bundesarbeitsgericht ausgeübt; so bestimmt es § 1 ArbGG.

Im Unterschied zu den zivilrechtlichen Streitigkeiten in Familiensachen, welche durch das FamFG – wie die Arbeitssachen durch das ArbGG – zwar auch gesonderten prozessrechtlichen Regelungen unterworfen sind, jedoch gemäß § 13 GVG eindeutig vor die ordentlichen Gerichte gehören, hat der Bundesgesetzgeber die Streitigkeiten in Arbeitssachen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogen und einen eigenen speziellen Instanzenzug geschaffen.

Aufgrund dessen stellt sich bei Rechtsstreitigkeiten, welche einen Bezug zu arbeitsrechtlichen Fragestellungen aufweisen, zunächst immer die Frage der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Anders ist dies beispielsweise in Österreich der Fall: Dort wurde, im Zuge der Einführung des Bundesgesetzes über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit vom 7.3.1985 (ASGG), bereits im Jahre 1987 die Arbeitsgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit überführt und damit deren bisherige Eigenständigkeit aufgehoben.¹¹

Im deutschen Recht findet sich die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 95 Abs. 1 GG wieder. Hiernach errichtet der Bund für die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht.

¹⁰ Wenzel in JZ 1965, 697.

¹¹ Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 307; eingehend: Fink in ZZP Bd. 102 1989, 80.

Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich einerseits um einen Regelungsauftrag an den Bundesgesetzgeber, andererseits um eine verfassungsrechtliche Garantie der genannten fünf „Fachgerichtsbarkeiten“,¹² Indessen ist umstritten, ob von der verfassungsrechtlichen Garantie neben der Bundes- auch die Landesebene umfasst ist.¹³ Die wohl herrschende Meinung bejaht zugleich eine Bestandsgarantie für den entsprechenden Instanzenzug auf Landesebene. Damit wird auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zusammenlegung von Arbeits- mit ordentlicher Gerichtsbarkeit in den beiden unteren Instanzen verneint, natürlich ohne die Möglichkeit einer Verfassungsänderung zu bestreiten.¹⁴ Dieser Streit wird jedoch nur bei Bestreben einer Zusammenlegung relevant.¹⁵

Allgemein anerkannt und vom Bundesverfassungsgericht bestätigt, ist hingegen die grundsätzliche Gleichrangigkeit, Gleichwertigkeit und Gleichbedeutsamkeit dieser fünf Fachgerichtsbarkeiten.¹⁶

Somit existiert gegenwärtig, zumindest nach einfachgesetzlicher Regelung, für die Streitigkeiten in Arbeitssachen eine in allen Instanzen eigenständige Gerichtsbarkeit mit einer eigenen Prozessordnung, dem Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG).

Dieses Grundprinzip ist aber keine Erfindung der Gegenwart. Seine Ursprünge gehen bis in das Mittelalter zurück. Im Folgenden wird in einem kurzen Überblick die geschichtliche Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit als eigenständige Fachgerichtsbarkeit dargestellt.

12 Statt aller: *Detterbeck* in Sachs GG, Art. 95 Rn. 4; *Pieroth* in Jarass/Pieroth GG, Art. 95 Rn. 1.

13 *Schenkel* in DÖV 2011, 481.

14 Zum Streitstand: *Detterbeck* in Sachs GG, Art. 95 Rn. 6, Fn. 5 m. w. N.; *Hanau* in FS Bartenbach, S. 647 ff.

15 Zum aktuellen Stand dieser Debatte sogleich.

16 BVerfG 09.05.1961- 2 BvR 49/60, BVerfGE 12, 326 (noch zu Art. 96 GG a.F.); *Detterbeck* in Sachs GG, Art. 95 Rn. 11.

1. Historische Entwicklung des Gedankens einer „Sondergerichtsbarkeit“

a) Die Zunftgerichte im Mittelalter

Überwiegend werden die im Mittelalter, genauer seit Ende des 13. Jahrhunderts¹⁷, entstandenen „Zunftgerichte“ als die Anfänge der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland qualifiziert.¹⁸ Die Entwicklung einer eigenen, von den staatlichen Gerichten unabhängigen Zunftgerichtsbarkeit beruhte auf dem grundsätzlichen Selbstverständnis der Zünfte von einer autonomen Selbstverwaltung innerer Angelegenheiten.¹⁹ So wurden innerhalb der jeweiligen Zünfte Institutionen eingerichtet, in denen die Zunftmitglieder selbst über Streitigkeiten der Handwerker untereinander sowie über Auseinandersetzungen zwischen Meistern und Gesellen urteilten. Die bis dahin zuständigen staatlichen und städtischen Behörden wurden hingegen „mehr oder minder ausgeschaltet oder doch auf die bloße Aufsicht, Entsendung von Vertretern oder Berufungsinstanz zurückgedrängt“.²⁰ Trotz unterschiedlichster Ausgestaltung im Einzelnen, hatten doch alle „Zunftgerichte“ eines gemein: die Besetzung des Spruchkörpers mit eigenen Mitgliedern.²¹

b) Französische Einflüsse

Nach Ansicht des Gesetzgebers des ersten Arbeitsgerichtsgesetzes²² stammen die „Anfänge einer Arbeitsgerichtsbarkeit im neuzeitlichen Sinne“ jedoch aus Frankreich, genauer aus der Zeit der Französischen

17 *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 4.

18 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 19; *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 2; *Dörner* in GK-ArbGG, Einf Rn. 2; *Globig*, Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung, S. 26; *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 4.; *Linsenmaier* in NZA 2004, 401 (402).

19 *Linsenmaier* in NZA 2004, 401 (402).

20 *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 4.

21 *Globig*, Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung, S. 27.

22 Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926.

Revolution.²³ Als Geburtsort des „Sondergerichtsgedankens“ gilt Lyon.²⁴ In Lyon befand sich zu dieser Zeit das Zentrum der französischen Seidenindustrie. Bis zum Jahre 1791 hatte dort eine Institution zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Seidenfabrikanten und ihren Arbeitern existiert, das sogenannte „Tribunal Commun“,²⁵ welches aber durch die „Wirren der Französischen Revolution“ aufgelöst worden war.²⁶ Das Bedürfnis nach einer schnellen, günstigen Konfliktlösung durch ein Entscheidungsgremium mit – im Gegensatz zum Kenntnisstand der damaligen ordentlichen Gerichte – besonderer Sachkenntnis hinsichtlich der gewerberechtlichen Zusammenhänge, bestand allerdings weiterhin.²⁷

So kam es im Jahre 1806 unter Napoleon und auf Bitten der Lyoner Fabrikantenvertreter zum Erlass eines Gesetzes, welches die Errichtung eines sogenannten „Conseil des prud’hommes“ zunächst in Lyon und später auch in anderen französischen Städten ermöglichte.²⁸ Nach dem Vorbild des „Tribunal Commun“ war das Gremium mit Mitgliedern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft, nämlich „5 Fabrikanten und 4 Werkmeistern“, besetzt.²⁹ Im Gegensatz zur Besetzung der Spruchkörper der heutigen Arbeitsgerichtsbarkeit, fehlte es – wie auch in der Zunftgerichtsbarkeit – an einem unparteiischen Vorsitzenden bzw. einem Berufsrichter. Dafür gilt das Verfahren vor dem „Conseil des prud’hommes“ als Geburtsstunde der obligatorischen Güteverhandlung in der Arbeitsgerichtsbarkeit, welche heutzutage in § 54 Abs. 1 ArbGG geregelt ist.³⁰ Das Verfahren hatte stets die gütliche Beilegung der Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Sinn und galt zudem als einfach und billig.³¹ Unter bestimmten Voraussetzungen konnte nach Scheitern der Güteverhandlung eine Er-

23 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 19; ebenso *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 6; *Leinemann* in NZA 1991, 961; *Linsenmaier* in NZA 2004, 401 (403); *Söllner* in FS Deutscher Arbeitsgerichtsverband, S. 1 (3); *Wenzel* in JZ 1965, 697.

24 *Wenzel* in JZ 1965, 697.

25 *Wenzel* in JZ 1965, 697.

26 *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 5.

27 *Leinemann* in NZA 1991, 961 (961 f.)

28 *Globig*, Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung, S. 69 ff.

29 *Wenzel* in JZ 1965, 697.

30 *Wenzel* in JZ 1965, 697.

31 *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 4.

ledigung des Rechtsstreits durch endgültige Entscheidung des Gremiums erfolgen. Im Übrigen entschieden die sonst zuständigen ordentlichen Gerichte.³² Noch heute bezeichnet der Begriff „Conseil de prud’hommes“ die 1. Instanz der französischen Arbeitsgerichte.³³

Im Zuge der napoleonischen Kriege breiteten sich die „Conseils du prud’hommes“ unter der deutschen Bezeichnung „Rat der Gewerbeverständigen“ im französisch verwalteten Rheinland aus.³⁴ Diese blieben über das Ende der französischen Besatzung – sodann als preußische Gerichte – hinaus bestehen und dehnten ihre Zuständigkeiten weiter aus.³⁵

c) Das Gewerbegerichtsgesetz von 1890

Auf dem Weg zu einer einheitlichen deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit sind weitere weniger erfolgreiche Versuche zu nennen. So kam es beispielsweise 1845 zum Erlass der preußischen allgemeinen Gewerbeordnung³⁶ und einer darauf beruhenden Verordnung³⁷, nach welcher den Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt wurde, kommunale, paritätisch mit Arbeitnehmer und Arbeitgebern besetzte Schiedsgerichte zur Schlichtung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten einzurichten.³⁸ Die nur lückenhafte Regelung des zudem noch „kostspieligen“ und „schwerfälligen“ Verfahrens soll jedoch einen durchschlagenden Erfolg verhindert haben.³⁹ Ebenso erging es mit der Regelung in § 108 der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869, welche eine ähnliche Möglichkeit einräumte.⁴⁰

Mit Verabschiedung des Gewerbegerichtsgesetzes im Jahre 1890⁴¹ wurde schließlich erstmals eine einheitliche deutsche Arbeitsgerichts-

32 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 19 f.

33 Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 315.

34 Leinemann in NZA 1991, 961 (962).

35 Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 6.

36 Preußische Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845.

37 Preußische Verordnung vom 9. Februar 1849.

38 Dersch/Volkmar, ArbGG 1953, S. 1.

39 Kaskei, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 4.

40 Linsenmaier in NZA 2004, 401 (404).

41 Gewerbegerichtsgesetz vom 29. Juli 1890, RGBl. I 1890, S. 141 ff.

barkeit als „umfassende Sondergerichtsbarkeit“ eingerichtet.⁴² Gemäß § 5 GewGG war die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten für den ersten Rechtszug – allerdings nur soweit ein Gewerbegericht auch existierte – vollständig ausgeschlossen worden. Die fortschreitende Industrialisierung im deutschen Reich wird als Grund für den damaligen Reformdruck genannt.⁴³ Wenige Jahre zuvor war die ZPO⁴⁴ in Kraft getreten. Die ordentlichen Gerichte waren nach den Regelungen der ZPO, welche zuvorderst dem Grundsatz der Parteiherrschaft dienten, nicht gerade auf ein zügiges Verfahren ausgerichtet, sondern boten Gelegenheit für Prozessverzögerungen.⁴⁵ Damit wurden sie dem Bedürfnis nach schnellen Lösungen arbeitsrechtlicher Streitigkeiten nicht gerecht.⁴⁶

Die Gewerbegerichte waren durch die Gemeinden oder Gemeindeverbände als kommunale Sondergerichte für die Entscheidung von gewerblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitern und ihren Arbeitgebern sowie zwischen den Arbeitern desselben Arbeitgebers zu errichten. Die Errichtung war ab einer Einwohnerzahl von 20.000 obligatorisch, darunter fakultativ.⁴⁷ Nach der Absicht des Gesetzgebers sollten die Gewerbegerichte jedoch „ohne Rücksicht auf ihre Errichtungsart Staatsgerichte seien und staatliche Justizhoheit ausüben“.⁴⁸ Neu war die Besetzung durch einen neutralen Vorsitzenden, der, ohne die Befähigung zum Richteramt besitzen zu müssen, dennoch weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber sein durfte (§ 11 GewGG).⁴⁹ Im Übrigen war die Richterbank paritätisch mit Vertretern der gewerblichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft besetzt (§ 12 GewGG). Zum Teil gab es auch Fachkammern für spezielle Berufe.⁵⁰ Wer als Arbeiter im Sinne dieses Gesetzes anzusehen war, ergab sich gemäß § 2 GewGG aus der Aufzählung in §§ 105 ff. der damals geltenden GewO. Bei Betriebsbeamten, Werkmeistern und mit höheren technischen Dienstleistun-

42 Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 9; *Leinemann* in NZA 1991, 961 (963).

43 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 20; *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 6.

44 Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877.

45 *Wenzel* in JZ 1965, 697 (698).

46 *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 6.

47 *Dersch/Volkmar*, ArbGG 1953, S. 1 f.

48 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 20.

49 *Wenzel* in JZ 1965, 697 (698).

50 *Leinemann* in NZA 1991, 961 (964).

gen betrauten Angestellten war die Zuständigkeit jedoch nur bis zu einem Verdienst von 2000 Mark vorgesehen. Ansonsten war die sachliche Zuständigkeit in §§ 3,4 GewGG enumerativ.

Allgemein anerkannt ist ein großer Einfluss dieser Verfahrensgrundsätze bis in die heutige Zeit.⁵¹ Zudem genossen die Gewerbegerichte – auch bei den Arbeitnehmern – hohes Ansehen und ein breites Vertrauen, welches vor allem auf die erstmals paritätische Besetzung des Spruchkörpers⁵² und auf eine sachverständige, kostengünstige und schnelle, aber dennoch gründliche Arbeit der Gerichte zurückgeführt wird.⁵³

Durch das Kaufmannsgerichtsgesetz⁵⁴ wurde im Jahre 1904 für Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnis zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen andererseits, die Errichtung von Kaufmannsgerichten nach dem Vorbild der Gewerbegerichte möglich.⁵⁵

Außerhalb der Zuständigkeit von Gewerbe- und Kaufmannsgerichten existierten zu dieser Zeit noch weitere Sondergerichte, beispielsweise Innungsspruchbehörden und Innungsschiedsgerichte.⁵⁶

d) Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926⁵⁷

Die Weimarer Reichsverfassung forderte in Art. 157 Abs. 2 ausdrücklich die Vereinheitlichung des Arbeitsrechts. Zum diesem Zwecke sollte die Arbeitsrechtsprechung angeglichen werden.⁵⁸ Die Schaffung eines lückenlosen Netzes von Arbeitsgerichten, mit umfassender Zuständigkeit für arbeitsrechtliche Streitigkeiten aller Arbeitgeber und

51 Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 9; *Leinemann* in NZA 1991, 961 (964); *Linsenmaier* in NZA 2004, 401 (404); *Wenzel* in JZ 1965, 697 (699).

52 *Leinemann* in NZA 1991, 961 (964).

53 *Lieb/Gift*, ArbGG, Einl, XIV.

54 Kaufmannsgerichtsgesetz vom 6. Juli 1904.

55 *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 5.

56 *Dersch/Volkmar*, ArbGG 1953, S. 2.

57 RGBl. I 1926, S. 507.

58 *Dersch/Volkmar*, ArbGG 1953, S. 2.

Arbeitnehmer unter Ausschaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in allen Bezirken, sollte hierbei behilflich sein.⁵⁹

Dennoch soll seit Beginn der Arbeit am Gesetzesentwurf im Jahre 1920 bis zum Inkrafttreten des ArbGG 1926, am 1. Juli 1927, vor allem über das Verhältnis der Arbeitsgerichte zur ordentlichen Gerichtsbarkeit heftig debattiert worden sein.⁶⁰ Die Befürworter einer reinen Sondergerichtsbarkeit⁶¹ standen den Anhängern der vollständigen Eingliederung⁶² in die ordentliche Gerichtsbarkeit zunächst unversöhnlich gegenüber.⁶³

Mit dem ArbGG 1926 wurde schließlich eine Kompromisslösung gefunden: Während die 1. Instanz, die Arbeitsgerichte, als echte Sondergerichte ausgestaltet wurden (§ 14 Abs. 1 ArbGG 1926), erfolgte die Errichtung der zweitinstanzlichen Landesarbeitsgerichte bei den jeweiligen Landgerichten (§ 33 ArbGG 1926). Bei dem Reichsarbeitsgericht handelte es sich um einen besonders besetzten Senat des Reichsgerichts (§§ 40, 41 ArbGG).⁶⁴ Die bewährten Verfahrensvorschriften der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte wurden übernommen⁶⁵; darunter beispielsweise der Grundsatz der Beschleunigung, die stetige Förderung einer gütlichen Beilegung und die paritätische Besetzung mit Vertretern aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft in allen Instanzen. Daneben wurden teilweise die Vorschriften der ZPO für anwendbar erklärt.⁶⁶ Neu war – neben der erstmaligen Schaffung eines eigenen Instanzenzuges in Arbeitssachen – beispielsweise die Besetzung mit einem rechtsgelehrten Richter als Vorsitzendem (§ 6 ArbGG 1926) und die Unterscheidung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren (§ 8 Abs. 1 ArbGG 1926). Letztlich finden sich im ArbGG 1926 zahlreiche

59 *Lieb/Gift*, ArbGG, Einl XIV f.; *Kaskei*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 5.; *Söllner* in FS Deutscher Arbeitsgerichtsverband, S. 8.

60 *Dersch/Volkmar*, ArbGG 1953, S. 2.

61 *Wenzel* in JZ 1965, 697 (750): „wurde vor allem von den freien Gewerkschaften gefordert“.

62 *Wenzel* in JZ 1965, 697 (750): „die ordentliche Justiz selbst, die Richtertage 1921 und 1925 und der Juristentag 1921 (...) Denselben Standpunkt vertrat die Arbeitgeberseite“.

63 *Dersch/Volkmar*, ArbGG 1953, S. 2.

64 *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 14.

65 *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 15.

66 *Lieb/Gift*, ArbGG, Einl XIX.

Vorschriften wieder, die zumindest in ihrem Grundsatz heute noch gelten.⁶⁷

e) NS-Zeit und Nachkriegsentwicklungen

Leider hatte die neue verheißungsvolle Arbeitsgerichtsbarkeit wenig Gelegenheit sich praktisch zu bewähren. Auch die Arbeitsgerichtsbarkeit wurde von der Einflussnahme und Unterwanderung durch die nationalsozialistische Führung und Ideologie nicht verschont.⁶⁸ Mit Einführung des ArbGG 1934⁶⁹ blieb die Institution mit den bewährten Grundsätzen zwar formal erhalten, die personelle Besetzung wurde jedoch „politisch zuverlässig“ gestaltet.⁷⁰ Beispielsweise konnten durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 07.04.1933 unbequeme Richter entfernt werden.⁷¹ Gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 ArbGG 1934 war die Berufung der Beisitzer zur Sache der Deutschen Arbeitsfront (Untergliederung der NSDAP) geworden und erfolgte nicht mehr – wie noch in § 20 Abs. 1 ArbGG 1926 geregelt – auf Vorschlag der nun nicht mehr existierenden Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Die ideologischen Einflüsse des totalitären Regimes führten aufgrund der fehlenden kollektiven Streitigkeiten im Übrigen zu einer starken Einschränkung der Zuständigkeiten.⁷² Für die Entwicklung der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit und den „Sondergerichtsgedanken“ hatte diese Zeit letztlich nichts Sinnvolles beitragen können.⁷³

Nach dem Krieg kam die Arbeitsgerichtspflege zunächst völlig zum Erliegen. Die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten wurden vorläufig bei den Amtsgerichten verhandelt (Ausführungsverordnung Nr. 1 zum Militärregierungsgesetz Nr. 2).⁷⁴ Dies änderte sich erst mit Inkrafttreten des Kontrollratsgesetzes Nr. 21 vom 30.06.1946, durch welches die

67 Prütting in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 15.; Sowie näheres zu den Prinzipien des heutigen ArbGG sogleich: 2. b).

68 Söllner in FS Deutscher Arbeitsgerichtsverband, S. 10.

69 Bekanntmachung: RGBl. I 1934, S. 319.

70 Wenzel in JZ 1965, 697 (752).

71 Wenzel in JZ 1965, 697 (752).

72 Dersch/Volkmar, ArbGG 1953, Einl, S. 4 f.

73 Leinemann in NZA 1991, 961 (965).

74 Dersch/Volkmar, ArbGG 1953, Einl, S. 5.

Arbeitsgerichtsbarkeit wieder aufgebaut werden sollte. Gemäß Artikel X des Kontrollratsgesetzes Nr. 21 wurden die Vorschriften des ArbGG 1926 in ihrer ursprünglichen Fassung für vorläufig weiter anwendbar erklärt, soweit diese nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Gesetzes standen. Nach Artikel I dieser Bestimmungen existierten nur noch die beiden unteren Instanzen, die örtlichen und die Berufungsarbeitsgerichte. Die Einführung einer 3. Instanz war für die Zonenbefehlshaber fakultativ. Eine Eingliederung in die ordentliche Gerichtsbarkeit war nicht mehr vorgesehen. Die Landesarbeitsgerichte sollten nun eigenständig und organisatorisch unabhängig von den Landgerichten sein. Nach und nach kam es im Zuge des Wiederaufbaus der Arbeitsgerichtsbarkeit zum Erlass eigener Landesarbeitsgerichtsgesetze, was – wie auf fast allen Rechtsgebieten – zu einer Rechtszersplitterung führte, die es alsbald zu beseitigen galt.⁷⁵

f) Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1953⁷⁶

Zunächst war mit dem Art. 96 Abs. 1 GG a.F.⁷⁷ die verfassungsrechtliche Grundlage für die Errichtung eines Bundesarbeitsgerichts als oberster Instanz der Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffen worden. Sogleich begannen auch die Vorbereitungen des neuen Arbeitsgerichtsgesetzes, das schließlich am 01.10.1953 in Kraft trat. Der „Sondergerichtsgedanke“ hatte sich, in Form eines selbstständigen, in jeder Hinsicht von den ordentlichen Gerichten getrennten, dreistufigen Instanzenzuges, endgültig durchsetzen können. Und auch die, nach dem ArbGG 1926 noch bestandene Bindung der Arbeitsgerichtsbezirke an die der Amtsgerichte (§ 14 Abs. 1 ArbGG 1926), wurde abgeschafft. Ob dieser Punkt zu einer größeren Debatte während des Gesetzgebungsprozesses geführt hat, lässt sich den entsprechenden Drucksachen des Bundestages⁷⁸ nicht entnehmen. Sicher ist nur, dass über die Behördenzuständigkeiten unterschiedliche Auffassungen bestanden.⁷⁹ Im Übrigen wurde vielfach auf die Regelungen des ArbGG 1926 zu-

75 Wenzel in JZ 1965, 697 (753).

76 BGBl. I 1953, S. 1267.

77 Jetzt: Art. 95 Abs. 1 GG.

78 BT-Drucks. 1/3516; 1/4372; 1/4657.

79 BT-Drucks. 1/4372 (1949), S. 2.

rückgegriffen. Die Systematik und Reihenfolge der Paragraphen blieben weitestgehend erhalten.⁸⁰

2. Leitgedanken der Arbeitsgerichtsbarkeit in Abgrenzung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit

a) Die Leitgedanken der frühzeitlichen „Arbeitsgerichtsbarkeit“

Die vorstehenden Erläuterungen der geschichtlichen Hintergründe haben gezeigt, dass die heutige Arbeitsgerichtsbarkeit auf eine lange Tradition zurückblicken kann.

Die verschiedenen historischen Bemühungen erfolgten stets vor dem Hintergrund des Bedürfnisses nach schnellen, kostengünstigen und pragmatischen Lösungen der Streitigkeiten aus dem Arbeitsleben. Das ist darauf zurückzuführen, dass das Verfahren zur Konfliktlösung den besonderen Gegebenheiten bei solchen Streitigkeiten gerecht werden musste.

Als besondere Gegebenheit kann beispielsweise das Bestreben einer auch künftig produktiven Zusammenarbeit der Konfliktparteien nach der Auseinandersetzung gelten. Das erfordert eine erhöhte Akzeptanz des Verfahrensausgangs durch alle Parteien. Langandauernde Verfahren sind, angesichts des negativen Einflusses auf Betriebsklima und Produktivität und der finanziellen Auswirkungen, zu vermeiden. Denn als weitere Besonderheit kann das Vorherrschen gewisser wirtschaftlicher Unterlegenheit und Abhängigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gelten.

Durchgängig sollte vor allem die Besetzung der Entscheidungsgremien mit Mitgliedern der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft als „Experten“ mit besonderer Sachnähe aus der Mitte des Arbeitslebens helfen, den genannten Anforderungen gerecht zu werden. Der Vorsitz durch einen neutralen Dritten folgte erst viel später; dessen Qualifikation als rechtsgelehrter Richter noch später.

⁸⁰ BT-Drucks. 1/3516 (27.06.1952), S. 24.

Zudem etablierte sich die Konfliktlösung durch Verhandeln und gegenseitiges Nachgeben der Parteien, im Gegensatz zu den von außen auferlegten Entscheidungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

b) Die Leitgedanken der heutigen Arbeitsgerichtsbarkeit in Abgrenzung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit

Heute ist die Arbeitsgerichtsbarkeit eine eigenständige Fachgerichtsbarkeit mit speziellen verfahrensrechtlichen Vorschriften, die sich im aktuellen Arbeitsgerichtsgesetz wiederfinden.

Dabei gelten für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszuges zwar grundsätzlich die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Amtsgerichten entsprechend (§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG), aber nur soweit das ArbGG nichts Abweichendes bestimmt.⁸¹

Im Folgenden soll die heutige Umsetzung der genannten Grundprinzipien im Urteilsverfahren⁸², in Abgrenzung zum Verfahren vor den ordentlichen Zivilgerichten, dargestellt werden. Bestimmte Regelungen haben mittlerweile auch Eingang in die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit gefunden.

aa) Kostengünstiges Verfahren

Das Urteilsverfahren vor den Arbeitsgerichten kann in verschiedener Hinsicht als kostengünstig bezeichnet werden.

So ist beispielsweise die Verfahrensgebühr im ersten Rechtszug vor den Arbeitsgerichten⁸³ gegenüber derjenigen im ersten Rechtszug vor Amts- und Landgerichten deutlich vermindert.⁸⁴ Endet das Verfahren in der ersten Instanz mit einem gerichtlichen Vergleich, dann fallen gar keine Gebühren an.⁸⁵

81 Das galt bereits nach § 26 Gewerbeberichtsgesetz vom 29. Juli 1890, RGBl. I 1890, S. 141 ff.

82 Das Urteilsverfahren ist gemäß § 2 ArbGG grundsätzlich bei individualrechtlichen Streitigkeiten anzuwenden, wohingegen das Beschlussverfahren gemäß § 2a ArbGG bei den kollektivrechtlichen Streitigkeiten Anwendung findet. Das Beschlussverfahren ist vorliegend nicht von Belang.

83 Gemäß Nr. 8210 Anlage 1 zu GKG: 2,0 Gebühr

84 Gemäß Nr. 1210 Anlage 1 zu GKG: 3,0 Gebühr

85 Siehe: Vorbemerkung 8 Anlage 1 zu GKG

Die finanzielle Hürde eines Gerichtskostenvorschusses fehlt bei den Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen (§ 11 GKG).

Im Gegensatz zum Verfahren vor den ordentlichen Gerichten tragen die Parteien im Urteilsverfahren vor den Arbeitsgerichten ihre Anwaltskosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selbst (§ 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG).

Wie im Verfahren vor den Amtsgerichten, besteht aber vor den erstinstanzlich zuständigen Arbeitsgerichten kein Anwaltszwang (§ 11 Abs. 1 S. 1 ArbGG).

bb) Besondere Besetzung des Spruchkörpers

Was bereits bei den Zunftgerichten im Mittelalter begann, setzt sich heute fort:

Die obligatorische Besetzung der Spruchkammern neben den Berufsrichtern mit ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft zieht sich durch alle Instanzen (§§ 16 Abs. 2, 35 Abs. 2, 41 Abs. 2 ArbGG).

Eine ähnliche Besetzung des Spruchkörpers mit ehrenamtlichen Richtern, die einen besonderen Bezug zur Entscheidungsmaterie haben, gibt es beispielsweise in der Sozialgerichtsbarkeit (§§ 9, 12 SGG); in der ordentlichen Gerichtsbarkeit hingegen nur bei den Kammern für Handelssachen vor den Landgerichten (§§ 105, 109 Abs. 1 Nr. 3 VVG).

Zugleich haben die Berufsrichter oftmals besondere Sachkenntnisse sowie Berufserfahrung im arbeitsrechtlichen Bereich. Zwar werden als Voraussetzung für die Ernennung als Vorsitzender heutzutage – im Gegensatz zur Regelung in § 18 Abs. 3 ArbGG 1953 – keine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten des Arbeitsrechts und des Arbeitslebens mehr gefordert. Jedoch wird bei der Einstellung oftmals gezielt nach Bewerbern gesucht, die in ihrem bisherigen beruflichen Werdegang mit dem Arbeitsrecht in Berührung gekommen sind.⁸⁶

⁸⁶ Siehe beispielsweise die Stellenausschreibung des Justizministeriums Baden-Württemberg: „Für die Arbeitsgerichtsbarkeit suchen wir insbesondere Juristinnen und Juristen, die schon in ihrem bisherigen Werdegang einen gewissen Schwerpunkt auf das Arbeitsrecht gelegt haben.“, abzurufen unter: <http://www.mit-recht-in-die->

cc) Schnelles Verfahren

Gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 ArbGG gilt in allen Rechtszügen der Arbeitsgerichtsbarkeit ein allgemeiner Beschleunigungsgrundsatz. Wobei sich diesem – nach allgemeiner Ansicht – keine unmittelbaren Rechtsfolgen entnehmen lassen.⁸⁷ Der Grundsatz wird vielmehr durch zahlreiche spezielle Beschleunigungsgebote verwirklicht.

So ist im Vergleich zum Zivilprozess beispielsweise eine kürzere Einlassungsfrist von einer (§§ 47 Abs. 1, 80 Abs. 2 ArbGG) statt zwei Wochen (§ 274 Abs. 3 S. 1 ZPO) vorgesehen. Ebenso gilt beim Vorgehen gegen Versäumnisurteile und Mahnbescheide eine verkürzte einwöchige Frist (§ 59 S. 1 ArbGG, § 46a Abs. 3 ArbGG).

Die Verhandlung vor der Kammer, die stattfindet, wenn keine gültliche Einigung zustande kommt, soll gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 ArbGG möglichst in einem Termin erledigt werden. Hierfür trifft der Vorsitzende verschiedene Vorbereitungsmaßnahmen.

§ 56 Abs. 2 ArbGG enthält bei verspätetem Vorbringen eine eigenständige Präklusionsvorschrift, die nach allgemeiner Ansicht als Spezialvorschrift die Regelung in § 296 Abs. 1 ZPO verdrängt.⁸⁸ In der Berufungsinstanz ist neues Vorbringen, das entgegen § 56 Abs. 2 ArbGG in der ersten Instanz verspätet war, gemäß § 67 Abs. 1 ArbGG in der Regel nicht zuzulassen.

Bei Bestandsschutzstreitigkeiten bestehen nochmals besondere Beschleunigungsgebote. Gemäß § 61a Abs. 1 ArbGG gilt das Gebot vorrangiger Erledigung. Nach § 61a Abs. 2 ArbGG soll ein schneller Termin für die Güteverhandlung angesetzt werden. Für die Berufung gilt gemäß § 64 Abs. 8 ArbGG das Gleiche. Die praktische Wirkung ist jedoch fraglich, denn es fehlt an Rechtsfolgen bei Missachtung.

Das Rechtsmittel der Revision ist grundsätzlich nicht vorgesehen, es sei denn das LAG hat die Revision ausdrücklich zugelassen (§ 72 Abs. 1 S. 1 ArbGG). Mittlerweile gilt die Einschränkung auf die so-

<https://doi.org/10.5771/8793828889004> – Generiert durch IP 218.73.218.80, am 25.01.2025, 12:17:52. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede Urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts in Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

87 Siehe nur: *Prütting* in G/M/P ArbGG, § 9 Rn. 5.

88 Siehe nur: *Prütting* in G/M/P ArbGG, § 56 Rn. 2.

nannte Zulassungsrevision ebenso im Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten (§ 543 ZPO).⁸⁹

Vor dem Hintergrund des Beschleunigungsgrundsatzes ist auch die Regelung in § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG zu verstehen, wonach die Möglichkeit der vereinfachten Terminsänderung in der Zeit zwischen 1.7. und 31.8. nach § 227 Abs. 3 ZPO keine Anwendung findet. Terminsverlegungen sind generell nur möglich, wenn erhebliche Gründe vorliegen, die auf Verlangen glaubhaft gemacht werden müssen (§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 495, 227 Abs. 1, 2 ZPO).

Das Urkundenverfahren, welches vor allem der schnellen Titelgewinnung bei Zahlungsansprüchen dient⁹⁰, findet gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG keine Anwendung. Dafür sind alle Urteile ohne weiteres vorläufig vollstreckbar (§ 62 Abs. 1 S. 1 ArbGG).

Ein Blick in die Statistik bescheinigt den Arbeitsgerichten für das Jahr 2014 in den Urteilsverfahren der ersten Instanz eine relativ kurze durchschnittliche Verfahrensdauer von 3,1 Monaten.⁹¹ Im Vergleich dazu, liegt die Durchschnittsdauer bei Zivilprozesssachen vor den Amtsgerichten im Jahre 2014 bei 4,8 Monaten.⁹²

Unklar ist jedoch, ob diese kurze durchschnittliche Verfahrensdauer tatsächlich auf die besonderen Beschleunigungsgebote des Arbeitsgerichtsverfahrens zurückzuführen ist oder nur die hohe Vergleichsquote widerspiegelt.

dd) Obligatorisches Güteverfahren

Wie bereits festgestellt, hat sich der bereits bei Verfahren vor den „Conseil des prud'hommes“ geltende Grundsatz einer vorgeschalteten obligatorischen Güteverhandlung bis in die heutige Zeit durchsetzen können.

⁸⁹ Nach § 546 ZPO a.F. (bis zum 31.12.2001) war die Revision ab einer bestimmten Beschwerde ohne weiteres zugelassen.

⁹⁰ Voit in Musielak/Voit ZPO, § 592 Rn. 1.

⁹¹ Das ergibt sich aus Zahlenerhebungen des Statistischen Bundesamtes zur Arbeitsgerichtsbarkeit: Fachserie 10 Reihe 2.8 - 2014, unter 2.3, abzurufen unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte.html> (zuletzt abgerufen am 02.08.2016)

⁹² Zur Zivilgerichtsbarkeit siehe: Fachserie 10 Reihe 2.1 - 2014, unter 2.2, abzurufen a.a.O. (zuletzt abgerufen am 02.08.2016)

Gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG beginnt die mündliche Verhandlung mit Verhandlungen zum Zwecke der gütlichen Einigung. Des Weiteren soll die gütliche Einigung während des gesamten Verfahrens angestrebt werden (§ 57 Abs. 2 ArbGG).

Nach § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO hat der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten ebenfalls der Versuch einer gütlichen Einigung vorzugehen. Bei erkennbarer Aussichtslosigkeit kann das Gericht aber davon absehen.⁹³

Neben dem Anreiz einer Gerichtskostenersparnis sollen verschiedene weitere Regelungen des ArbGG eine erfolgreiche Güteverhandlung fördern.

So gewährt § 54 Abs. 2 S. 1 ArbGG eine längere Möglichkeit der Klagerücknahme ohne Einwilligung des Beklagten. Das Güteverfahren kann um einen weiteren Termin verlängert werden (§ 54 Abs. 1 S. 5 ArbGG).

Vor der Güteverhandlung wird die Beklagtenseite in der Regel nicht aufgefordert sich schriftlich zu äußern (§ 47 Abs. 2 ArbGG).⁹⁴ Idealerweise wird dadurch das Verhärten der Fronten verhindert und die Chancen auf eine gütliche Einigung der Parteien erhöht.⁹⁵

Ebenfalls zur Erleichterung einer gütlichen Einigung besteht die Möglichkeit die Öffentlichkeit, entgegen dem aus §§ 169 ff. GVG folgenden Öffentlichkeitsgrundsatz, während der Güteverhandlung auszuschließen (§ 52 S. 3 ArbGG).⁹⁶

Des Weiteren haben die Äußerungen der Parteien während der Güteverhandlung nur dann eine Geständnisfunktion, wenn diese zu Protokoll erklärt werden (§ 54 Abs. 2 S. 2 ArbGG).

Im Jahr 2014 wurden von den vor den Arbeitsgerichten insgesamt 392.061 erledigten Klagen im Urteilsverfahren immerhin 236.689 durch einen Vergleich beendet. Die Erledigungszahlen der Jahre zuvor

93 Was beim Arbeitsgerichtsverfahren nicht der Fall sein soll, weil das ArbGG verdrängende Sondervorschriften enthält, siehe nur: *Germelmann* in *G/M/P ArbGG*, § 54 Rn. 53.

94 Die Vorschrift ist eigentlich überflüssig, weil bereits § 46 Abs. 2 ArbGG ausdrücklich festlegt, dass das schriftliche Vorverfahren keine Anwendung findet.

95 *Helml* in *Hauck/Helml/Biebl ArbGG*, § 54 Rn. 8.

96 *Germelmann* in *G/M/P ArbGG*, § 52 Rn. 27; *Helml* in *Hauck/Helml/Biebl ArbGG*, § 52 Rn. 15.

zeigen ein ähnliches Bild: Regelmäßig einigen sich die Parteien in über der Hälfte der Urteilsverfahren auf gütliche Weise.⁹⁷

Zum Vergleich: Vor den Amtsgerichten wurden im Jahr 2014 lediglich ca. 15 % der zivilprozessualen Verfahren gütlich beendet.⁹⁸

3. Eingliederung in die ordentliche Gerichtsbarkeit – Rechtspolitische Diskussion

Die Eingliederung der Arbeitsgerichtsbarkeit in die der ordentlichen Gerichte ist in – mehr oder weniger – regelmäßigen Abständen Gegenstand rechtspolitischer Diskussion. Die Debatte wurde stets im Rahmen der Auseinandersetzung über eine grundsätzliche Verringerung der fünf Fachgerichtsbarkeiten des deutschen Rechtsschutzsystems auf lediglich zwei geführt.

So beispielsweise im Jahre 1997, nachdem der von der Bundesregierung eingesetzte Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, welcher Initiativen des Bundes zum Thema Abbau überflüssiger Bürokratie fachlich und politisch begleiten und fördern sollte, vorgeschlagen hatte, die Anzahl der Gerichtszweige zu verringern. Nach Ansicht des Sachverständigenrates sollten, zur Steigerung der Effektivität der Justiz, jeweils die Sozial-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit zu einer öffentlich-rechtlichen und die Arbeits- und ordentliche zu einer zivilrechtlichen Gerichtsbarkeit zusammengeführt werden.⁹⁹ Entsprechende Gesetzesvorhaben scheiterten jedoch.¹⁰⁰

Die zwischenzeitlich abgeflachte Debatte kehrte im Jahre 2003 zurück. Den Anstoß hierfür gab eine vom Bundesrat an die Bundesregie-

97 Siehe hierzu die Ergebnisse der Statistiken zur Arbeitsgerichtsbarkeit des Bundesministerium für Arbeit und Soziales, abzurufen unter:

<http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/statistik-zur-arbeitsgerichtsbarkeit.html> (zuletzt abgerufen am: 02.08.2016)

98 Siehe hierzu die Zahlenerhebungen des Statistischen Bundesamtes zur Zivilgerichtsbarkeit: Fachserie 10 Reihe 2.1 - 2014, unter 2.1.1, abzurufen unter:

<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Gerichte-Personal/Zivilgerichte.html;jsessionid=E3C4A3CD9B45E93F468A82F2CF-F48CDo.cae2> (zuletzt abgerufen am: 02.08.2016)

99 DRiZ 1998, 133 (137).

100 Eingehend hierzu: *Breinlinger* in *Jahrbuch des Arbeitsrechts* Bd. 42, 23 (25 f.).

zung gerichtete Bitte, auf Prüfung der Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten hinsichtlich der „Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit“.¹⁰¹ Zudem war, etwas später im Jahr, auf der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, ein Beschluss über die Errichtung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Vorschlägen für eine einheitliche öffentlich-rechtliche Fachgerichtsbarkeit gefasst worden. Aus diesem Anlass heraus wurde zugleich über die Zusammenlegung der Arbeits- mit der sonstigen Zivilgerichtsbarkeit diskutiert.¹⁰²

Das Thema bekam erneut Aufmerksamkeit, als die Koalition aus Union und FDP in ihrer Koalitionsvereinbarung vom 26.10.2009 fest schrieb, „um den Mittelsatz der Justiz effizienter gestalten zu können“, den Ländern die Möglichkeit eröffnen zu wollen, „ihre Verwaltungs- und Sozialgerichte unter Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit zu einheitlichen Fachgerichten zusammenzuführen.“¹⁰³

a) Die Argumente der Befürworter

Obwohl sich die einzelnen Modelle¹⁰⁴ der Zusammenführung von Arbeits- mit ordentlicher Gerichtsbarkeit im Detail unterscheiden, sind die Argumente der Befürworter weitestgehend die gleichen. Zuvor werden fiskalische Gründe genannt.¹⁰⁵ Unter den Schlagwörtern „Synergieeffekte“ und „flexiblerer Personaleinsatz“ erörtern die Befürworter der Zusammenlegung potentielle Kosteneinsparungsmöglichkeiten und eine „Effektivitätssteigerung“ des deutschen Rechtsschutzsystems.¹⁰⁶ Die Aufteilung in fünf Fachgerichtsbarkeiten mit jeweils

101 BR-Drucks. 558/03, S. 6f. (Beschluss); *Brand/Fleck/Scheer* in NZS 2004, 173 (174); *Nielebock* in NZA 2004, 28.

102 *Brand/Fleck/Scheer* in NZS 2004, 173 (174); *Mestwerdt* in RdA 2004, 253.

103 Unter: IV. Freiheit und Sicherheit 5. Moderner Staat, S. 111/132; *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 32; *Jung* in DRiZ 2009, 352.

104 Beispielsweise *Göhner* (damals BDA-Hauptgeschäftsführer) in AuR 2004, 100 ist für eine Eingliederung aber unter Beibehaltung der speziellen Besetzung der Spruchkörper.

105 Beispielsweise *Stünker* (SPD-Bundestagsfraktion) auf der Tagung des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 27.11.2003, zitiert nach *Nielebock*, NZA 2003, 28 (30).

106 Beispielsweise *Oehlerking* (Justizministerium Niedersachsen) auf der Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. am 11.02.2004, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

einem eigenen Verwaltungsapparat sei äußerst kostenintensiv.¹⁰⁷ Durch eine Zusammenlegung der Gerichtszweige und die dadurch mögliche gemeinsame Nutzung und bessere Auslastung der gerichtlichen Infrastruktur – wie beispielsweise der Verhandlungsräume, Büchereien, Wachtmeistereien, Telefonzentralen und EDV – könne erheblich gespart werden.¹⁰⁸ Daneben würden die Personalkosten minimiert, weil zum einen, einige Präsidial-, Vizepräsidial- und Direktorenstellen entfielen, zum anderen, auf Belastungsschwankungen durch bedarfsgerechte Versetzung von Richtern schnell und flexibel reagiert werden könne.¹⁰⁹ Durch Ausgestaltung eines einheitlichen Kostenrechts bestünde zudem die Chance den Kostendeckungsgrad, welcher gerade in der Arbeitsgerichtsbarkeit vergleichsweise niedrig ausfalle, insgesamt zu erhöhen.¹¹⁰

Die teilweise schwierigen Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung blieben erspart. Dadurch entfielen Verfahrensverzögerungen¹¹¹ und die „Akzeptanz“ in der Bevölkerung würde erhöht.¹¹²

Die Befürworter ziehen außerdem den Vergleich mit funktionierenden Rechtsschutzsystemen anderer europäischer Länder und halten eine Angleichung des deutschen Systems für erforderlich.¹¹³

Ein weiteres Argument bringt *Rieble*, in dem er auf den materiell rechtlichen Gehalt des heutigen Arbeitsrechts abstellt. Dieses habe sich mittlerweile soweit in Richtung einer Rechtseinheit mit dem Zivilrecht entwickelt, dass eine eigenständige Gerichtsbarkeit gar nicht mehr erforderlich sei.¹¹⁴

107 Beispielsweise *Göhner* (damals BDA-Hauptgeschäftsführer) in AuR 2004, 100.

108 Beispielsweise *Steindorfner* (Justizministerium Baden-Württemberg) auf der Tagung des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 27.11.2003, zitiert nach *Nielebock*, NZA 2003, 28 (29).

109 *Göhner* in AuR 2004, 100.

110 *Oehlerking*, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

111 *Göhner* in AuR 2004, 100.

112 *Oehlerking*, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

113 *Oehlerking*, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

114 Mit näheren Ausführungen: *Rieble*, Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit, § 1, S. 9 (18 ff.)

b) Die Argumente der Gegner

Die Kritiker der Zusammenlegung bzw. Eingliederung sind zahlreich. Erwartungsgemäß handelt es sich vor allem um Vertreter der Arbeitsgerichtsbarkeit. Teilweise wird bereits die Debatte an sich kritisiert, die Befürworter argumentierten zu oberflächlich und lediglich „schlagwortartig“.¹¹⁵

Im Einzelnen sieht sich vor allem das fiskalische Argument scharfer Kritik ausgesetzt. Obwohl bereits einige Gegner einwenden, die Staatsausgaben für den Justizapparat stellen so einen kleinen Anteil der Bundes- und Landeshaushalte dar, dass sich Einsparungen in diesem Bereich kaum bemerkbar machen würden.¹¹⁶

Unter dem Stichwort Errichtung von „Justizzentren“ wird argumentiert, dass für die gemeinsame Nutzung gerichtlicher Infrastruktur nur eine örtliche Zusammenlegung, aber keinesfalls eine Eingliederung unter Aufgabe der fachgerichtlichen Selbstständigkeit erforderlich sei.¹¹⁷ Im Übrigen wird von den meisten Kritikern schon der Eintritt von Kostenersparnissen durch „Synergieeffekte“ bezweifelt.¹¹⁸ Schließlich würde sich der Wegfall der Stellen im Ergebnis kaum bemerkbar machen. Im Gegenzug sei nämlich eine Aufstockung der Verwaltungsstellen erforderlich. Zudem erfordere die Anpassung des Instanzenzuges und der Besetzung der Spruchkörper an die ordentliche Gerichtsbarkeit die Schaffung neuer Richterstellen.¹¹⁹ Daneben werden auch die Kosten des Zusammenlegungsprozesses – beispielsweise für Bau und Umzug – als sehr hoch eingeschätzt.¹²⁰ *Breinlinger* führt hierzu sogar aus: „die Verschmelzung auf eine einheitlich dreigliedrige

115 Beispielsweise: *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (29); ebenso, obwohl i.E. für eine Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten nach österreichischem Vorbild auf mittelfristige Sicht: *Rieble*, Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 9 (11).

116 Beispielsweise: *Aust-Dodehoff* in NZA 2004, 24 (26); *Engelen-Kefer* (Deutscher Gewerkschaftsbund) auf der Tagung des deutschen Gewerkschaftsbundes am 27.11.2003, zitiert nach *Nielebock*, NZA 2003, 28 (29).

117 Beispielsweise: *Düwell* in BB 2003, 2745 (2747).

118 Zweifeln hinsichtlich Personaleinsparungseffekten auch der Deutsche Anwaltsverein, siehe: Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht, Stellungnahme Nr. 8/2004, S. 3.

119 *Aust-Dodehoff* in NZA 2004, 24 (24 f.).

120 Erklärung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands vom 9.1.2004 in AuR 2004, 99.

Ziviljustiz wäre (...) die teuerste Justizreform unter der Geltung des Grundgesetzes.¹²¹

Der geringe Kostendeckungsgrad in der Arbeitsgerichtsbarkeit wird von den Gegnern der Zusammenlegung nicht bestritten. Er wird jedoch als unmittelbare Folge der Entscheidung des Gesetzgebers für den arbeitsgerichtlichen Grundsatz der Verfahrensverbilligung angesehen. Das Prinzip sei damit politisch gewollt. Es sei aber auch jederzeit, durch eine simple Anpassung des Kostenrechts, änderbar.¹²²

Daneben sehen die Kritiker vor allem die Gefahr eines Qualitätsverlusts der Rechtsprechung, wenn diese statt durch Spezialisten durch Generalisten gesprochen werde.¹²³ Weil das materielle Arbeitsrecht vor allem Richterrecht sei und sich zudem aus den unterschiedlichsten Rechtsquellen zusammensetze, könne man es als besonders komplex bezeichnen. Es bedürfe daher auch einer „hochspezialisierten Richterschaft“ und einer „besonderen personellen Kontinuität“. So seien auch die Vertreter der Parteien meist Spezialisten.¹²⁴ Die Einarbeitung in die Materie sei äußerst aufwendig und würde letztlich der Schnelligkeit der Rechtsprechung schaden.¹²⁵ Die besondere Motivation der Arbeitsrichter ergebe sich auch daraus, dass diese sich, im Gegensatz zu den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, mit ihrer Bewerbung ja bewusst für die Arbeitsgerichtsbarkeit entschieden.¹²⁶ So wird die besondere Schnelligkeit der Verfahren, welche vor allem auch aus den hohen Vergleichsraten folge, mit der besonderen Akzeptanz durch Parteien gegenüber diesen spezialisierten Richtern begründet.¹²⁷

Nach Ansicht der Kritiker der Zusammenlegung gelten die Gründe, welche zur Entwicklung einer eigenständigen Arbeitsgerichtsbar-

121 *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (39).

122 *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (35).

123 *Düwell* in BB 2003, 2745 (2747).

124 *Engelen-Kefer*, zitiert nach *Nielebock*, NZA 2003, 28 (28); In diese Richtung auch: Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht, Stellungnahme Nr. 8/2004, S. 3.

125 *Düwell* in BB 2003, 2745 (2747).

126 *Lipke* auf der Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. am 11.02.2004, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

127 *Lipke* auf der Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. am 11.02.2004, zitiert nach *Mestwerdt*, RdA 2004, 253 (254).

keit geführt haben, noch immer.¹²⁸ Solange nicht nachgewiesen werde, dass die heutige Arbeits- und Berufswelt und die dazugehörigen Fragestellungen einfacher geworden sind, sei eine entsprechende Spezialisierbarkeit weiterhin erforderlich.¹²⁹

Dem von den Befürwortern angeführten Argument der besseren Auslastung der Gerichte, stehen die Gegner ebenso kritisch gegenüber. Gerade Praktiker berichten von einer stets konstant hohen Auslastung in beiden Gerichtsbarkeiten.¹³⁰ Ein Ausgleich erfordere hingegen eine „gegenläufige“ Auslastung.¹³¹

Zudem weisen die Kritiker vielfach daraufhin, dass die Zentralisierung an sich längst überholt sei. Nicht nur der Vergleich mit der Privatwirtschaft zeige den Trend in Richtung kleiner dezentraler Einheiten, welche durch flache Hierarchien, kurze Entscheidungsprozesse und besondere Spezialisierung schneller und flexibler arbeiten könnten.¹³²

Besonders vehement kritisieren die Gegner auch das Argument der Erforderlichkeit einer europäischen Angleichung. Mit Beispielen wird belegt, dass das deutsche Rechtssystem mit einer eigenen Arbeitsgerichtsbarkeit in keinem Fall ein „Fremdkörper“ in Europa oder gar auf der Welt sei.¹³³ Vielmehr werde es sogar als mögliches Vorbild begutachtet.¹³⁴ Daneben sei die Trennung der Gerichte ein Stück „gewachsene Rechtskultur“ und stoße auf breite Akzeptanz in der Bevölkerung.¹³⁵ Unabhängig davon, dass ein Vergleich mit anderen europäischen Ländern aufgrund verschiedener Rechtsordnungen sowieso sehr schwierig sei, gebiete das EU-Recht aufgrund des Subsidiaritätsprinzips auch gar keine Angleichung.¹³⁶

128 *Opolony* in NZA 2004, 519 (523).

129 *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (40).

130 Beispielsweise: *Aust-Dodenhoff* in NZA 2004, 24 (25).

131 *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (37).

132 Beispielsweise: *Gerhards* (Justizministerium NRW) auf der Tagung des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 27.11.2003, zitiert nach *Nielebock*, NZA 2003, 28 (30); *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (34).

133 *Breinlinger* in Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 42, 23 (42).

134 *Aust-Dodenhoff* in NZA 2004, 24 (25 f.).

135 Erklärung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands vom 9.1.2004 in AuR 2004, 99.

136 *Schrader/Straube/Schubert* in NZA 2004, 899 (900).

Hinsichtlich der Überwindung von Zuständigkeitsstreitigkeiten wird eingewandt, im Falle der Zusammenlegung finde nur eine Problemverlagerung zur Kammerzuständigkeit¹³⁷ bzw. in die oberste Instanz statt.¹³⁸

c) Aktualität der Debatte und Stellungnahme

Erfreulicherweise scheint die politische Debatte um die Zusammenlegung von Arbeitsgerichtsbarkeit und Zivilgerichtsbarkeit mittlerweile verstummt zu sein. Jedenfalls in der juristischen Fachliteratur und den sonstigen Medien lässt sich hierzu seit einigen Jahren nichts mehr finden.

Aufgrund dessen wird auch in Zukunft die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Arbeitsgerichts- und Zivilgerichtsbarkeit eine wichtige Rechtsfrage bleiben.

Der Debatte kann durchaus eine gewisse Oberflächlichkeit vorgeworfen werden. Denn fiskalische Argumente sind ohne eine Aufstellung konkreter Kosten-Nutzen-Berechnungen wenig brauchbar. Zudem werden Auswirkungen einer logistischen Zusammenlegung mit denen einer rechtlichen Eingliederung vermengt. Synergieeffekte, die aus der gemeinsamen Benutzung der Infrastruktur folgen, sind auch ohne den erheblichen Aufwand einer rechtlichen Vereinigung der Gerichtsbarkeiten zu erlangen.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine über Jahrhunderte gewachsene Institution der Rechtspflege mit eigenen Grundprinzipien. Für deren Abschaffung bedarf es gewichtigerer Gründe.

Völlig widersinnig ist vor diesem Hintergrund auch das Argument des niedrigen Kostendeckungsgrads der Arbeitsgerichtsbarkeit, welchem durch eine Zusammenlegung und eine Angleichung des Kostenrechts entgegen gewirkt werden könnte. Wie die Gegner einer Zusammenlegung richtig ausführen, ist die niedrige Kostendeckung direkte Folge des Grundprinzips eines kostengünstigen Verfahrens sowie der grundsätzlichen Förderung einer gütlichen Einigung.

137 Schrader/Straube/Schubert in NZA 2004, 899 (900).

138 Lipke auf der Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. am 11.02.2004, zitiert nach Mestwerdt, RdA 2004, 253 (254).

Maßgeblich ist jedoch vor allem das aus der Komplexität der Rechtsmaterie folgende Erfordernis einer spezialisierten Fachgerichtsbarkeit. Das materielle Arbeitsrecht ist zwar grundsätzlich dem Zivilrecht zuzuordnen, dennoch handelt es sich aufgrund verschiedener Faktoren – vielmehr als beispielsweise beim Familienrecht – um Spezialmaterie.

Im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts stellen sich vielfach auch tiefgreifende verfassungsrechtliche Fragen. Darüber hinaus ist das Arbeitsleben stetigen Wandlungen unterworfen. Das Arbeitsrecht muss dem technologischen Fortschritt und wirtschaftlichen Anforderungen sachgemäß und praxisorientiert angepasst werden.

Die Besonderheit der Rechtsmaterie ergibt sich zudem aus seiner lediglich lückenhaften gesetzlichen Regelung. So existiert beispielsweise weder ein allgemeines Arbeitsvertragsgesetz, noch ein Arbeitskampfgesetz. Das macht die Tätigkeit als „Ersatzgesetzgeber“ erforderlich. Bereits die Entscheidungen der untersten Instanz haben dadurch eine nicht zu verachtende präjustizielle Wirkung.

Angesichts der Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts bekommt die Qualifizierung als Fachgerichtsbarkeit nochmals eine neue Berechtigung. Vor allem aufgrund der zahlreichen arbeitsrechtlichen Richtlinien ist das Arbeitsrecht den Einflüssen des Unionsrechts ausgesetzt. Die Europäische Union hat diesbezüglich weitreichende Gesetzgebungskompetenzen, weswegen noch eine Verstärkung des Einflusses zu erwarten ist.¹³⁹

Abstrakte Vergleiche mit den Rechtsschutzsystemen in anderen Ländern sind aufgrund des unterschiedlichen materiellen Arbeitsrechts und Anforderungen an die zuständige Gerichtsbarkeit wenig sinnvoll.

139 Vgl. *Preis* in EK ArbR, § 611 Rn. 202; zum Einfluss des Unionsrechts im Dritten Teil.

II. Das Verhältnis zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten

1. Frage des zulässigen Rechtswegs oder der sachlichen Zuständigkeit?

Die Entscheidung zwischen den ordentlichen Gerichten und den Arbeitsgerichten ist eine Frage des zulässigen Rechtswegs und nicht der sachlichen Zuständigkeit.¹⁴⁰

Der hierüber bestehende Streit¹⁴¹ hat sich bereits 1991, im Zuge der Änderungen durch das 4. VwGO Änderungsgesetz¹⁴², welches mit Wirkung zum 01.01.1991 in Kraft trat, erledigt. Hintergrund war eine Neuregelung des Verfahrens der Rechtswegentscheidungen und -verweisungen. Die Reform sollte der Gleichwertigkeit der Rechtswege dienen und die verfahrensverzögernden Rechtswegstreitigkeiten vereinfachen und beschleunigen.¹⁴³ Dies wurde durch eine Vereinheitlichung des Verfahrens bei Rechtswegstreitigkeiten für alle Gerichtszweige in den §§ 17 ff. GVG n.F. erreicht.¹⁴⁴

Bis dahin regelte § 48a ArbGG¹⁴⁵ das Verfahren bei Entscheidungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten. Indessen galt für das Verhältnis zwischen Arbeitsgerichtsbarkeit und ordentlichen Gerichten nach § 48a Abs. 4 ArbGG die Regelung in § 48 Abs. 1 ArbGG a.F.¹⁴⁶, welche unter der Überschrift „Sachliche und örtliche Zuständigkeit“ bestimmte Vorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar erklärte.

140 So mittlerweile die allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur; grundlegend: BAG 26.03.1992 - 2 AZR 443/91, NZA 1992, 954; statt aller: *Kalb* in H/W/K ArbR, ArbGG § 2 Rn. 2; *Krasshöfer* in Düwell/Lipke ArbGG, § 48 Rn. 1; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 3; *Wittschier* in Musielak/Voit ZPO, GVG § 17 Rn. 2; soweit ersichtlich a.A. nur: *Schwab* in NZA 1991, 657 (663).

141 Kurze Darstellung der Ansichten m. w. N. bei: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 92 f.; BAG 20.12.1990 - 2 AZR 300/90, NJW 1991, 1630, unter 1.: „Streit über die sachliche Zuständigkeit innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit, wie der Vergleich der Vorschrift des § 48 ArbGG mit der des § 48a ArbGG zeigt.“

142 BGBl. I 1990, S. 2809 ff.

143 BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 36 f.

144 Art. 2 4. VwGOÄndG.

145 § 48a ArbGG in der Fassung vom 2.7.1979.

146 § 48 ArbGG in der Fassung vom 2.7.1979.

Bekanntlich wurde § 48a ArbGG a.F. komplett gestrichen und in § 48 Abs. 1 ArbGG n.F. – nun aber unter der Überschrift „Rechtsweg und Zuständigkeit“ – für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs die Geltung der §§ 17 bis 17 b GVG n.F. angeordnet.¹⁴⁷ Des Weiteren wurde in den Überschriften zu §§ 2 und 2a ArbGG jeweils die Worte „sachliche Zuständigkeit“ in „Zuständigkeit“ geändert.¹⁴⁸

Dass die Regelung in § 48 Abs. 1 ArbGG n.F. weiterhin ausdrücklich auch die sachliche Zuständigkeit erwähnt, wird teilweise als „redaktionelles Versehen“ eingeordnet.¹⁴⁹ Diese Einordnung ist meines Erachtens nicht erforderlich. Denn auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit existiert zumindest theoretisch eine sachliche Zuständigkeit. Sie bezeichnet nicht die Verteilung zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten, sondern die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen den einzelnen Gerichten für Arbeitssachen – den Arbeitsgerichten, Landgerichten und dem Bundesarbeitsgericht – innerhalb einer Instanz, nach der Art des Streitgegenstandes.¹⁵⁰ Jedoch sind nach dem Willen des Gesetzgebers gemäß § 8 Abs. 1 ArbGG, unabhängig von Streitwert und Streitgegenstand und mit Ausnahme ganz seltener Fälle¹⁵¹, im ersten Rechtszug stets die Arbeitsgerichte zuständig. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit stellt sich somit praktisch nicht. Ihre Erwähnung in § 48 Abs. 1 ArbGG ist aus formaler Sicht aber durchaus begründet.

2. Das System der Rechtswegregelungen

Während beispielsweise die Voraussetzungen für den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und zu den Verwaltungsgerichten nach § 13 GVG und § 40 VwGO jeweils in einer Generalklausel zusammengefasst werden, sind für den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten in den

147 Art. 6 4. VwGOÄndG.

148 Ebenda.

149 BAG 26.03.1992 - 2 AZR 443/91, NZA 1992, 954; *Germelmann* in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 5.

150 *Lipke/Dreher* in Düwell/Lipke ArbGG, § 8 Rn. 1.

151 Zu den seltenen Ausnahmen: *Prütting* in G/M/P ArbGG, § 8 Rn. 6 f.

§§ 2, 2a ArbGG bestimmte Fallgruppen formuliert. Diese detaillierte Regelung ist in Abgrenzung zur Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte erforderlich, weil in beiden Rechtswegen über bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten entschieden wird.¹⁵²

Während die Fallgruppen in §§ 2 Abs. 1, 2 und 2a ArbGG ausdrücklich eine ausschließliche Zuständigkeit begründen, ist in § 2 Abs. 3 ArbGG eine fakultative Zusammenhangszuständigkeit und in § 2 Abs. 4 ArbGG eine Prorogationsmöglichkeit vorgesehen.¹⁵³

Die Begrenzung der fakultativen Zuständigkeit auf diese Möglichkeiten unterstreicht den abschließenden Charakter der Fallgruppen.¹⁵⁴ Die Aufteilung nach §§ 2 und 2a ArbGG folgt gemäß § 2 Abs. 5 und § 2a Abs. 2 ArbGG den unterschiedlichen Verfahrensarten. § 3 ArbGG enthält eine Regelung für den Rechtsnachfolger.

3. Das gerichtliche Verfahren

Unabhängig davon, ob der Rechtsstreit zwischen GmbH und Geschäftsführer bei einem Amtsgericht, Landgericht oder Arbeitsgericht seinen Anfang findet, läuft das Verfahren bezüglich der Rechtswegzuständigkeit stets auf die gleiche Weise ab. Maßgebend sind die Regelungen in §§ 17 ff. GVG.

Ist das Eingangsgericht ein Arbeitsgericht, muss zusätzlich die Verweisungsnorm in § 48 Abs. 1 ArbGG beachtet werden. Die Rechtswegzulässigkeit ist eine Prozessvoraussetzung und bereits von Amts wegen durch das angerufene Gericht zu prüfen.¹⁵⁵ Das Verfahren ist seit in Kraft treten des 4. VwGOÄndG unverändert. Zum besseren Verständnis soll es kurz erläutert werden.

a) Entscheidung durch das angegangene Gericht – Vorabentscheidung

Grundsätzlich muss das Gericht der Hauptsache über die Zulässigkeit des durch den Kläger gewählten Rechtswegs entscheiden. Solange es

152 Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 6.

153 Koch in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 1.

154 Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 7.

155 Zimmermann in MüKo ZPO, § 17a GVG Rn. 13.

diesen für zulässig erachtet, kann hierüber ausdrücklich oder auch konkludent¹⁵⁶ zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Das heißt, es ist nicht erforderlich, in der Entscheidungsbegründung ausdrücklich auf die Rechtswegfrage einzugehen; die bloße Entscheidung über die Hauptsache beinhaltet bereits konkludent eine positive Entscheidung über die Rechtswegzulässigkeit. Das Verfahren und die Besetzung des Spruchkörpers richten sich nach den Regeln der Hauptsacheentscheidung.¹⁵⁷

Im Übrigen fällt die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs gemäß § 17a Abs. 2 - 4 GVG in einem fakultativen oder obligatorischen Vorabentscheidungsverfahren „isoliert von den Fragen der Zulässigkeit im Übrigen und den Fragen der Begründetheit und vor der Entscheidung in der Hauptsache“.¹⁵⁸ Diese ist zwischenzeitlich, bis zur Rechtskraft der Vorabentscheidung, auszusetzen.¹⁵⁹ Vor der Entscheidung durch einen zu begründenden Beschluss ist den Parteien, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren.¹⁶⁰ Auf eine mündliche Verhandlung kann gemäß § 17a Abs. 4 S. 1 GVG verzichtet werden. Die Arbeitsgerichte haben aber dennoch als Kammer zu entscheiden. Insoweit stellt die Regelung in § 48 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG eine Ausnahme vom Grundsatz in § 53 Abs. 1 S. 1 ArbGG dar.¹⁶¹

Soweit das Gericht die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht und die Parteien diese nicht rügen, liegt die Entscheidung für oder gegen das Vorabverfahren im Ermessen des Gerichts.¹⁶² Hält das Gericht hingegen den Rechtsweg für unzulässig oder rügt eine Partei die Zulässigkeit – meist wohl die Beklagtenseite – so ist die Vorabentscheidung zwingend.

156 Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 42.

157 Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 52.

158 BAG 26.03.1992 - 2 AZR 443/91, NZA 1992, 954.

159 BAG, ebenda; Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 47; Kissel in NZA 1995, 345 (347).

160 Germelmann in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 79; Bei verweisendem Beschluss ergibt sich dies bereits aus § 17a Abs. 2 S. 1 GVG.

161 Germelmann in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 80.

162 BGH 18.09.2008 - V ZB 40/08, NJW 2008, 3572; Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 45.

Die Rüge ist eine Prozesshandlung und auch noch nach Beginn der Verhandlung zur Hauptsache möglich.¹⁶³ Verneint das Gericht nach der Prüfung seine Rechtswegzuständigkeit, muss es den Rechtsweg für unzulässig erklären und den Rechtsstreit von Amts wegen – auch ohne einen entsprechenden Antrag der Parteien – an das zuständige Gericht verweisen (§ 17a Abs. 2 S. 1 GVG). Dabei ist es Aufgabe des verweisenden Gerichts sogleich das funktionell, sachlich und örtlich zuständige Gericht der ersten Instanz auszusuchen und zu benennen.¹⁶⁴

Der Rechtsstreit ist im Ganzen zu verweisen. Etwas anderes kann bei einer objektiven Klagehäufung gelten. Hier ist für jeden geltend gemachten Anspruch gesondert über die Rechtswegzulässigkeit zu entscheiden und gegebenenfalls nach Prozesstrennung getrennt oder nur teilweise zu verweisen.¹⁶⁵ Haupt- und Hilfsanträge sind hingegen zunächst zusammen zu verweisen. Die Rechtswegzuständigkeit bezüglich des Hilfsantrags spielt erst eine Rolle, soweit über diesen überhaupt entschieden wird. Gegebenenfalls ist dann eine erneute Verweisung erforderlich.¹⁶⁶

Der Beschluss über die Verweisung beendet das Verfahren nur für die Arbeitsgerichte und nicht insgesamt. Somit kollidieren § 48 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG und § 55 Abs. 3 ArbGG nicht.¹⁶⁷ Hierfür spricht im Übrigen auch, dass trotz einer Verweisung die Wirkungen der Rechtshängigkeit der Klage beim Eingangsgericht gemäß § 17b Abs. 1 S. 2 GVG bestehen bleiben. Die Abweisung der Klage als unzulässig aufgrund eines falsch gewählten Rechtswegs ist keine rechtlich zulässige Alternative.

163 *Germelmann* in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 78.

164 *Zimmermann* in MüKo ZPO, § 17a GVG Rn. 16.

165 *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 51.

166 BGH 15.01.1998 - I ZB 20/97, NJW 1998, 2743.

167 So die richtige Ansicht: *Koch* in EK ArbR, § 48 ArbGG Rn. 4; *Krasshöfer* in Düwell/Lipke ArbGG, § 2 Rn. 46; *Germelmann* in G/M/P § 55 Rn. 45: sieht außerdem § 48 Abs. 1 Nr. 2 als *lex specialis* an; a.A. LAG Niedersachsen 23.01.1995 - 3 Ta 159/94, LAGE § 48 ArbGG 1979 Nr. 10; *Kissel*, NZA 1995, 345 (347): „Für die aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehende Entscheidung hat der Gesetzgeber keine Sondervorschrift getroffen, es gilt deshalb das allgemeine Verfahrensrecht und damit auch § 55 III ArbGG unverändert.“ Mit Hinweis auf die amtliche Begründung in BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 39.

Bejaht das Gericht indessen weiterhin die Zulässigkeit des gewählten Rechtswegs, so hat es diese durch Beschluss auszusprechen.

b) Beschränkte Rechtsmittel

Gegen die Beschlüsse im Vorabentscheidungsverfahren findet gemäß § 17a Abs. 4 S. 3 GVG die sofortige Beschwerde unter Anwendung der jeweiligen Verfahrensordnung statt. Somit gelten die §§ 495, 567 ff. ZPO; gegebenenfalls über die Verweisung in § 78 S. 1 ArbGG.

Entscheidet das angerufene Gericht über die Rechtswegzulässigkeit gemeinsam mit der Hauptsache, findet eine Überprüfung dieser Frage in der Rechtsmittelinstanz gemäß § 17a Abs. 5 GVG nicht mehr statt. Dem entsprechen die Regelungen in §§ 65, 73 Abs. 2, 88 ArbGG. Dies soll im Übrigen selbst dann gelten, wenn die Frage des Rechtswegs konkludent, also ohne entsprechende Ausführungen in der Entscheidungsbegründung, bejaht wurde, und wenn die Rechtswegzulässigkeit zweifelhaft ist.¹⁶⁸

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der ergriffene Rechtsweg durch eine Partei gerügt worden ist und das angerufene Gericht dennoch, entgegen der Regelung in § 17a Abs. 3 S. 2 GVG, über die Rechtswegfrage nicht vorab, sondern zusammen mit der Hauptsache entschied. Nach der Rechtsprechung des BAG hat die übergangene Partei in diesem Fall ein Wahlrecht zwischen der sofortigen Beschwerde (s.o.) oder einem Rechtsmittel gegen die Hauptsache unter Außerachtlassung der beschränkten Überprüfbarkeit.¹⁶⁹ Bei Letzterem erfolgt im Ergebnis eine Übertragung des Vorabentscheidungsverfahrens auf die zweite Instanz.¹⁷⁰

Der Unterschied liegt in dem nach § 17a Abs. 3 S. 1 GVG eingeräumten Ermessen des Gerichts. Im Idealfall sollte das angerufene Gericht bei Zweifeln über die Rechtswegzulässigkeit das fakultative Vorabentscheidungsverfahren wählen, um den Parteien die Möglichkeit

168 BGH 18.09.2008 - V ZB 40/08, NJW 2008, 3572.

169 BAG 26.03.1992 - 2 AZR 443/91, NZA 1992, 954, unter II. 2.: Nach dem „Grundsatz der Meistbegünstigung“; so auch: *Germelmann* in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 92; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 59 jeweils m. w. N.; a.A. OLG Frankfurt 03.09.2008 - 19 W 60/80, NJW 2008, 3796.

170 BGH 28.10.1999 - III ZB 34/99, NZG 2000, 320; *Zimmermann* in MüKo ZPO, § 17a GVG Rn. 15.

eines Rechtsmittels zu eröffnen.¹⁷¹ Auf die Überprüfbarkeit dieser Ermessensentscheidung wurde aus Gründen der Beschleunigung jedoch verzichtet.¹⁷² Als „Korrelat“ hierfür können die Parteien schließlich durch Rüge eine Vorabentscheidung erzwingen und damit das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde schaffen.¹⁷³ Meines Erachtens kann dieses „Korrelat“ aber nur dann seine Wirkung entfalten, wenn die Parteien ihr Recht zur Rüge auch kennen. Zumindes im Parteiprozess sollte diesbezüglich ein richterlicher Hinweis ergehen.

c) Bindungswirkung der Beschlüsse im Vorabentscheidungsverfahren

aa) Bindungswirkung an sich

Die Beschlüsse im Vorabentscheidungsverfahren entfalten, sobald sie rechtskräftig sind, eine Bindungswirkung. Dies ergibt sich aus den Regelungen in § 17a Abs. 1 und § 17a Abs. 2 S. 3 GVG. Der Beschluss über die Zulässigkeit des angegangenen Rechtswegs bindet alle Gerichte aller Gerichtsbarkeiten.¹⁷⁴ Der die Rechtswegzulässigkeit verneinende rechtskräftige Verweisungsbeschluss hat – nach allgemeiner Ansicht – eine abdrängende und eine aufdrängende Wirkung: Die Zurückverweisung an das ursprünglich angegangene verweisende Gericht und die Weiterverweisung in einen anderen Rechtsweg sind gesetzlich ausgeschlossen.¹⁷⁵

Die Bindungswirkung ist dabei stets vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Absicht, die Rechtswegstreitigkeiten durch eine möglichst frühzeitige abschließende Klärung beschleunigen zu wollen, zu sehen.¹⁷⁶

§ 17b Abs. 1 GVG bestimmt die zeitliche Wirkung der Verweisung: Mit dem Eingang der Akten, welcher aber erst nach Eintritt der

171 BGH 18.09.2008 - V ZB 40/08, NJW 2008, 3572; Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 45.

172 BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 36.

173 BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 37 f.

174 Lückemann in Zöller ZPO, § 17a GVG Rn. 2.

175 Wittschie in Musielak/Voit ZPO, § 17a GVG Rn. 8.

176 BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 36 f.

Rechtskraft des Beschlusses erfolgen darf¹⁷⁷, wird der Rechtsstreit beim Adressatgericht anhängig.

bb) Umfang der Bindungswirkung

Die aufdrängende Wirkung des Verweisungsbeschlusses gilt nur hinsichtlich des Rechtswegs. Das verweisende Gericht bestimmt in seinem Beschluss zwar auch das funktionelle, sachlich und örtlich zuständige Gericht, insoweit ist aber eine Weiterverweisung noch möglich.¹⁷⁸ Die Bindungswirkung hinsichtlich des Rechtswegs besteht dann auch für dieses Gericht.¹⁷⁹

Besonderheiten gelten beim Hilfsantrag: Wenn dieser zur Entscheidung gelangt, kann diesbezüglich erneut verwiesen werden. Die Bindungswirkung gilt grundsätzlich nur für den Hauptantrag.¹⁸⁰

Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind vom Adressatgericht selbst zu prüfen.¹⁸¹

cc) Ausnahmen – Durchbrechung der Bindungswirkung

Grundsätzlich entfalten auch fehlerhafte gesetzeswidrige Verweisungsbeschlüsse mit ihrer Rechtskraft Bindungswirkung. Begründet wird dies mit der Möglichkeit, den Beschluss durch die sofortige Beschwerde überprüfen zu lassen.¹⁸² Ein ausreichendes Rechtsmittel zur Fehlerbeseitigung sei damit vorhanden. Dabei wird auch mit der Regelung in § 17a Abs. 5 GVG argumentiert:¹⁸³ Wenn schon die Entscheidung über die Rechtswegzulässigkeit zusammen mit der Hauptsache nicht überprüfbar sei, dann müsse dies erst recht für die Entscheidung durch Verweisungsbeschluss gelten, für welche es ja die besondere Anfechtungsmöglichkeit nach § 17a Abs. 4 GVG gebe.

177 BAG 01.07.1992 - 5 AS 4/92, BAGE 70, 374.

178 *Germelmann* in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 93.

179 *Zimmermann* in MüKo ZPO, § 17a GVG Rn. 18.

180 *Lückemann* in Zöller ZPO, § 17a GVG Rn. 13a; *Zimmermann* in MüKo ZPO, § 17a GVG Rn. 19.

181 *Mayer* in Kissel/Mayer GVG, § 17 Rn. 43.

182 *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 85.

183 St. Rspr., statt aller: BGH 16.12.2003 - X ARZ 363/03, NZA 2004, 341; *Lückemann* in Zöller ZPO, § 17a GVG Rn. 13.

Von diesem Grundsatz werden jedoch Ausnahmen zugelassen. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁸⁴ ist eine Durchbrechung der gesetzlichen Bindungswirkung bei „extremen Verstößen“, nach der Rechtsprechung des BAG¹⁸⁵ bei „krassen Rechtsverletzungen“, denkbar. Einigkeit besteht insoweit, dass die Bindungswirkung dann entfallen soll, wenn die „Auslegung und Anwendung“ der maßgeblichen Zuständigkeitsnormen auf eine derartig willkürliche Weise erfolgt ist, dass eine Entfernung von dem verfassungsgesetzlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stattgefunden hat. Die Entscheidung des verweisenden Gerichts müsse dabei offensichtlich unhaltbar sein.¹⁸⁶

dd) Widersprüchliche Rechtsprechungspraxis

Die Subsumtion konkreter Fälle ist aufgrund dieser ungenauen Voraussetzungen schwierig. Erwartungsgemäß hat sich eine uneinheitliche, zum Teil sogar widersprüchliche Rechtsprechungspraxis entwickelt:

Beispielsweise wird die fehlende Begründung eines Beschlusses als unschädlich angesehen, solange sich der Verweisungsgrund bereits aus den Akten ergibt.¹⁸⁷ Ebenso soll der nach einer Verweisung erfolgte, gesetzeswidrige Zurückverweisungsbeschluss mit seiner Rechtskraft Bindungswirkung erlangen.¹⁸⁸ Hingegen soll die Bindungswirkung

184 BGH 18.05.2011 - X ARZ 95/11, NJW-RR 2011, 1497; BGH 08.07.2003 - X ARZ 138/03, NJW 2003, 2990; BGH 12.03.2002 - X ARZ 314/01, NZA 2002, 1109; BGH 13.11.2001 - X ARZ 266/01, NZA 2002, 637.

185 BAG 28.02.2006 - 5 AS 19/05, BAGE 117, 151; BAG 09.02.2006 - 5 AS 1/06, NJW 2006, 1371; BAG 12.07.2006 - 5 AS 7/06, NJW 2006, 2798; früher ging das BAG noch von der Erforderlichkeit „offensichtlich gesetzeswidrige(r) Verweisung“ aus: siehe nur: BAG 22.07.1998 - 5 AS 17/98, NZA 1998, 1190; BAG 01.07.1992 - 5 AS 4/92, BAGE 70, 374.

186 Ebenda.

187 St. Rspr. BAG: BAG 01.07.1992 - 5 AS 4/92, BAGE 70, 374 m. w. N.

188 BGH 09.12.2010 - Xa ARZ 283/10, MDR 2011, 253; BGH 12.03.2002 - X ARZ 314/01, NZA 2002, 1109; BGH 24.02.2000 - III ZB 33/99, NJW 2000, 1343; dem widersprechend, weil in einem solchen Fall „im Grunde schon von Willkür gesprochen werden kann“: *Germelmann* in G/M/P ArbGG, § 48 Rn. 94.

entfallen, wenn der Verweisungsbeschluss bereits vor der Zustellung der Klage, also vor der Rechtshängigkeit, ergeht.¹⁸⁹

Nach der Rechtsprechung des BAG stellt die „Versagung des rechtlichen Gehörs gegenüber den Verfahrensbeteiligten“ bei der Beschlussfassung, aufgrund „krasser Rechtsverletzung“, einen der Grundfälle der Durchbrechung der Bindungswirkung dar.¹⁹⁰ Der BGH sieht hingegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde als ausreichend an.¹⁹¹

Bei der Frage, inwieweit sich die Nichtbeachtung einer einschlägigen Zuständigkeitsnorm auf die Bindungswirkung auswirkt, haben das BAG und der BGH sogar in einem gleich gelagerten Fall widersprüchlich entschieden:

Während das BAG bei einer fehlenden Auseinandersetzung mit § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG den Verweisungsbeschluss wegen einer krassen Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsnormen als offensichtlich unhaltbar beurteilte und die Bindungswirkung der rechtskräftigen Verweisung verneinte¹⁹², entschied der BGH, „der Umstand, dass das Landgericht bei der Verweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht die Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG übersehen hat,“ rechtfertige eine Durchbrechung der Bindungswirkung der Verweisung nicht.¹⁹³

Aus dieser uneinheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung folgen erhebliche Rechtsunsicherheiten.

d) Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens

Im Vorabentscheidungsverfahren entstehen nur bei der Verweisung in einen anderen Rechtsweg zusätzliche Kosten. Diese „Mehrkosten“ trägt der Kläger unabhängig vom Ausgang der Entscheidung in der Hauptsache (§ 17b Abs. 2 S. 2 GVG).

War das angegangene Gericht unzulässigerweise kein Arbeitsgericht und erfolgt aufgrund dessen eine Verweisung, gilt die Einschränkung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs nach § 12a Abs. 1

189 BAG 09.02.2006 - 5 AS 1/06, NJW 2006, 1371.

190 Siehe nur: BAG 28.02.2006 - 5 AS 19/05, BAGE 117, 151.

191 BGH 09.07.2003 - X ARZ 138/03, NJW 2003, 2990.

192 BAG 12.07.2006 - 5 AS 7/06, NJW 2006, 2789.

193 BGH 16.12.2003 - X ARZ 363/03, NZA 2004, 341.

S. 1 ArbGG nicht; die Kostenerstattung richtet sich vielmehr nach den § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 495, 91 ZPO. Zu den erstattungsfähigen Kosten zählen nach der herrschenden Meinung die gesamten Anwaltsgebühren, welche vor der Verweisung entstanden sind, unabhängig davon, ob diese überhaupt „Mehrkosten“ der Verweisung darstellen und bei einer Einlegung im zulässigen Rechtsweg auch entstanden wären.¹⁹⁴

III. Der GmbH-Geschäftsführer und die Arbeitsgerichtsbarkeit

1. Der Geschäftsführer und die GmbH im Rechtsstreit

a) Die rechtlichen Beziehungen

Vor der Rechtswegproblematik soll zunächst die Frage geklärt werden, welche Rechte und Pflichten überhaupt Gegenstand von Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer sein können. Die rechtliche Ausgestaltung dieser Beziehung ist vor diesem Hintergrund zu begutachten.

aa) Organstellung

Gemäß § 6 Abs. 1 GmbHG muss die Gesellschaft mindestens einen Geschäftsführer haben. Hieraus ergibt sich, zusammen mit der systematischen Stellung dieser Regelung im 1. Abschnitt des GmbHG (Errichtung der Gesellschaft), die Eigenschaft des Geschäftsführers als (weiteres) notwendiges Organ der Gesellschaft neben den Gesellschaftern bzw. der Gesellschafterversammlung.¹⁹⁵

Nach § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG kann – im Rahmen einer Selbstorganschaft – ein Gesellschafter oder – im Rahmen einer Fremdorganschaft – ein Dritter als Geschäftsführer bestellt werden.¹⁹⁶ Die Organstellung erlangt der Geschäftsführer durch den körperschaftlichen Or-

194 Umfassende Darstellung des Meinungsstreits m. w. N.: BAG 01.11.2004 - 3 AZB 10/04, BAGE 112, 293, unter II. 2.

195 *Tebben* in Michalski GmbHG, § 6 Rn. 1.

196 *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 46.

ganisationsakt der Bestellung, welche gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG bereits im Gesellschaftsvertrag oder erst durch Beschluss des Bestellungsorgans erfolgt¹⁹⁷ und der – zumindest konkludenten – Annahme durch den Geschäftsführer bedarf.¹⁹⁸

Gesellschaftern der GmbH kann das Recht auf Geschäftsführung auch als sogenanntes Sonderrecht durch Regelung in den echten Satzungsbestandteilen des Gesellschaftsvertrages gewährt werden. Zur Aufhebung oder Änderung bedarf es dann einer Satzungsänderung mit entsprechender Mehrheit. Im Zweifel soll aber die bloße Aufnahme der Geschäftsführung in die Satzung noch nicht für die Einräumung eines Sonderrechts sprechen.¹⁹⁹

Als Bestellorgan fungieren regelmäßig die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Durch die Bestellung wird die Amtsstellung begründet: der Geschäftsführer erlangt organschaftliche Vertretungsmacht und wird zum Handlungsorgan der Gesellschaft.²⁰⁰ Gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG führt er die Geschäfte der GmbH nach den Vorgaben der Gesellschafter und vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG).²⁰¹

Die Bestellung begründet zahlreiche organschaftliche Rechte und Pflichten,²⁰² welche zu einem großen Teil ausdrücklich in den §§ 35 ff. GmbHG genannt werden, sich aber auch aus der Satzung sowie ergänzenden Gesellschafterbeschlüssen ergeben können.

Der Widerruf (§ 38 Abs. 1 GmbHG) sowie die Amtsniederlegung beenden die Organstellung. Zu einer automatischen Beendigung der Organstellung soll es nach überwiegender Auffassung auch beim Erlöschen der GmbH aufgrund formwechselnder Umwandlung nach dem UmwG kommen.²⁰³

197 *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 39, 46.

198 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 6 Rn. 42.

199 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 6 Rn. 64 ff.

200 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 35 Rn. 1.

201 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 6 Rn. 1.

202 *Tebben* in Michalski GmbHG, § 6 Rn. 106.

203 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 6 Rn. 160; *Decher/Hoger* in Lutter UmwG, § 202 Rn. 39; *Terlau* in Michalski GmbHG, § 38 Rn. 90; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 92.

bb) Anstellung

Rechte und Pflichten zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, die den persönlichen Status des Geschäftsführers betreffen – wie beispielsweise die Vergütung der Arbeitsleistung – werden üblicherweise in einem schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag geregelt, welcher meist als “(Geschäftsführer-) Anstellungsvertrag” bezeichnet wird.²⁰⁴ Das GmbHG enthält hierzu keine speziellen Bestimmungen. Es wird auf die Regelungen des BGB zurückgegriffen. Ob das Anstellungsverhältnis rechtlich als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann, ist umstritten.²⁰⁵

Regelungen, welche die persönliche rechtliche Beziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft näher ausgestalten, können grundsätzlich auch Bestandteil der Satzung sein. Steht die Geschäftsführerstellung einem Gesellschafter als mitgliedschaftliches Sonderrecht zu, so kann die nähere Ausgestaltung in sogenannten “echten Satzungsbestandteilen” festgelegt werden.²⁰⁶ Das ist darüberhinaus auch möglich, bindet dann aber nur die Gesellschafter bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Anstellungsvertrages. Der Fremdgeschäftsführer kann indessen hieraus keine Rechte ableiten.²⁰⁷

Etwas anderes gilt bei Regelungen über das *Organverhältnis* in “echten Satzungsbestandteilen”. Die Organmitglieder – somit auch der Fremdgeschäftsführer – sind dem korporativen Teil der Satzung grundsätzlich unterworfen; deren Kenntnis bzw. deren Zustimmung bedarf es nicht.²⁰⁸

Des Weiteren können zur Regelung der persönlichen Beziehung der GmbH zum Geschäftsführer auch schuldrechtliche Abreden als sogenannte “unechte Satzungsbestandteile”²⁰⁹ getroffen werden²¹⁰. An solche sind grundsätzlich nur die Beteiligten der Vereinbarung recht-

204 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 1.

205 Siehe hierzu ausführlich im Zweiten Teil, II.

206 *Schneider/Hohenstatt* in Scholz GmbHG, § 35 Rn. 255.

207 *Schneider/Hohenstatt* in Scholz GmbHG, § 35 Rn. 256.

208 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 14.

209 Zur Definition sog. unechter Satzungsbestandteil siehe nur: BGH 25.10.1962 - II ZR 188/61, BGHZ 38, 155, unter II.

210 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 1.

lich gebunden.²¹¹ Außerdem bedarf es für eine Abänderung der Vereinbarungen in “unechten Satzungsbestandteilen” keiner Satzungsänderung. Es genügt eine formlose Entscheidung der Gesellschafter.

Jedenfalls beim Gesellschafter-Geschäftsführer, der die Geschäftsführung als mitgliedschaftliches Sonderrecht innehat, soll es keiner gesonderten schuldrechtlichen Regelung im Sinne eines Anstellungsvertrages bedürfen. Die nähere Ausgestaltung der rechtlichen Beziehung ist in der mitgliedschaftlichen Beziehung zu suchen.²¹²

b) Verhältnis zwischen Organstellung und schuldrechtlicher Beziehung

aa) Herrschende Meinung – “Trennungstheorie”

Wie bereits dargestellt, wird grundsätzlich zwischen der Organstellung und einer schuldrechtlichen Verbindung unterschieden. Dies entspricht der in Rechtsprechung²¹³ und Literatur²¹⁴ überwiegend vertretenen sogenannten “Trennungstheorie”. Bei der Organstellung und dem Anstellungsvertrag soll es sich demnach um zwei “rechtlich selbstständig nebeneinander stehende” Rechtsverhältnisse handeln. Weil kein einheitliches Rechtsgeschäft vorliege, sei auch die Anwendung von § 139 BGB ausgeschlossen.

Folgt man der absolut herrschenden Meinung, so sind Bestellung und Anstellung in Wirksamkeit und Bestand unabhängig voneinander. Die Bestellung führt nicht automatisch zum Abschluss eines Anstellungsverhältnisses, sowie der Widerruf der Bestellung nicht automatisch die Kündigung zur Folge hat und jeweils umgekehrt. Beide Rechtsverhältnisse begründen Rechte und Pflichten des Geschäftsführers, die sich inhaltlich ergänzen und teilweise überschneiden. So folgt die Pflicht zur Geschäftsführung einerseits aus der Organstellung, ist

211 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 3 Rn. 83.

212 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 15.

213 Siehe nur: BGH 28.10.2002 - II ZR 146/02, NJW 2003, 351; BAG 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06, DB 2008, 355.

214 *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 248; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 1; *Oetker* in Hensler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 6 f.; *Schneider/Hohenstatt* in Scholz GmbHG, § 35 Rn. 251 f.; *Tebben* in Michalski GmbHG, § 6 Rn. 105; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 16; *Trölitzsch* in Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch GmbH-GF, § 11 Rn. 2.

andererseits aber auch eine Hauptpflicht des gegenseitigen Anstellungsvertrages.²¹⁵

Begründet wird diese Auffassung – soweit hierzu überhaupt Ausführungen gemacht werden – mit der Regelung in § 38 Abs. 1 GmbHG, welche den Widerruf der Bestellung ausdrücklich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen, für jederzeit möglich erklärt.²¹⁶ Die Trennungstheorie wird zudem auf die Regelung in § 84 Abs. 1 S. 5 AktG gestützt, die ausdrücklich den Anstellungsvertrag “gesondert” neben der Bestellung nennt. Das Prinzip der Trennung der Rechtskreise müsse daher, aufgrund der Regelungen in § 31 Abs. 1 MitbestG und § 12 MontanMitbestG, ebenso für die GmbH gelten.²¹⁷

Praktisch besteht allerdings das Bedürfnis nach einer gewissen Abhängigkeit der Rechtsverhältnisse. Beispielsweise hat die Gesellschaft, nach der Abberufung des Geschäftsführers aus dem Amt, zumeist auch ein Interesse an der sofortigen Kündigung des Anstellungsvertrages. Die Praxis versucht sich mit der Vereinbarung sogenannter “Koppelungsklauseln” im Anstellungsvertrag, welche Anstellung und Bestellung schuldrechtlich verknüpfen, zu helfen.²¹⁸

bb) Absolute Mindermeinung – “Einheitstheorie”

Die von einer Mindermeinung vertretene sogenannte “Einheitstheorie”²¹⁹ argumentiert gegen das “Trennungsdogma” von Organstellung und schuldrechtlichem Verhältnis.²²⁰ Im Gegensatz zur herrschenden Meinung sieht der Vertreter dieser Theorie, *Baums*, das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft als ein einheit-

215 *Lenz* in Michalski GmbHG, § 35 Rn. 127; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 7.

216 So *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 391; vgl. auch BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889, unter II. 2. a).

217 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 6.

218 Zur rechtlichen Zulässigkeit sog. Koppelungsklauseln m. w. N.: *Wisskirchen/Kuhn* in BeckOK GmbHG, § 6 Rn. 145.

219 So bezeichnet beispielsweise von: *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 248 Fn. 553.

220 Zusammenfassend: *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag, S. 451 f.; ebenfalls für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, welches er als „Geschäftsführungsvertrag“ bezeichnet: *Schilling* in JZ 1961, 545.

liches an. Die Verpflichtung zur Geschäftsleitung werde bereits durch die Bestellung begründet. Bei dem nachfolgenden “ergänzenden Anstellungsvertrag” handele es sich nur um eine Art “Nachtrag” zur Regelung der noch ausstehenden Bedingungen, aber keineswegs um einen eigenständigen gegenseitigen Vertrag. Eine unwirksame Bestellung habe somit auch die Nichtigkeit des gesamten Rechtsverhältnisses zur Folge.²²¹

cc) Stellungnahme

Diese Ansicht hat sich zu Recht nicht durchsetzen können. Die rechtliche Eigenständigkeit von Bestellung und Anstellung ist unumgänglich. Die GmbH bedarf als juristische Person, zur Herstellung ihrer Handlungsfähigkeit, einer Vertretung durch Organe. Durch die Bestellung als Organ wird der Geschäftsführer zu einem “Teil der Binnenverfassung” der Gesellschaft²²² und ist damit gewissen organschaftlichen Rechten und Pflichten unterworfen. Das Anstellungsverhältnis beinhaltet hingegen die rechtliche Beziehung zwischen der juristischen Person und dem Geschäftsführer als quasi außenstehendem Dritten. Es regelt das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft und somit die konkreten Bedingungen dieser Tätigkeit. Dabei ist es nicht ungewöhnlich, dass sich aus der organschaftlichen Treuepflicht und der vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils, überschneidende Rechte und Pflichten ergeben können. Die Vereinheitlichung beider Bereiche würde jedoch das dahinterstehende System verwirren.²²³

c) Mögliche Rechtsstreitigkeiten

Beide Rechtsverhältnisse bieten Grundlage für zahlreiche mögliche Rechtsstreitigkeiten.

221 Zu allem: *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, S. 51 f., 54 ff.

222 *Schubert* in MüKo BGB, § 164 Rn. 12.

223 Sehr passend als „Systemverwirrung“ bezeichnet von: *Melot de Beauregard*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, § 3 Rn. 2.

aa) GmbH gegen Geschäftsführer

Gegenstand der öffentlichen Wahrnehmung sind wohl vor allem Schadensersatzklagen der GmbH gegen ihren Geschäftsführer aufgrund von Pflichtverletzungen bei der Geschäftsführung.

Tatsächlich sind die Möglichkeiten, sich als Geschäftsführer einer GmbH dieser gegenüber haftbar zu machen, vielfältig. Bereits im Gründungsstadium haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft gemäß § 9a Abs. 1 GmbHG für falsche Angaben bei der Gründung.

Neben speziellen Haftungsgrundlagen, wie beispielweise der Regelung in § 64 GmbHG, nach welcher der Geschäftsführer der Gesellschaft für Zahlungen nach Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung haftet, spielt stets der generalklauselartige Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Verletzung der Geschäftsführerpflichten bei der Geschäftsführung eine Rolle. Zu Schadensersatzauslösenden Pflichten gehört als „Ausfluss des Organverhältnisses“ auch eine besondere Treuepflicht des Geschäftsführers.²²⁴ Rechtsfolge einer Treuepflichtverletzung können, neben Schadensersatzansprüchen, auch Unterlassungsansprüche der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsführer sein.²²⁵ Schadensersatzansprüche bzw. Unterlassungs- und Eintrittsansprüche aufgrund von (nachträglichen) Wettbewerbsverboten sind ebenso Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung.²²⁶ Die Schadensersatzansprüche gehen oft einher mit dem Verlangen nach Auskunft²²⁷ oder Rechnungslegung. Denkbar sind auch Rechtsstreitigkeiten über die Herausgabe von Vorteilen, welche der Geschäftsführer aufgrund seiner Geschäftsführertätigkeit erlangt hat, wie z.B. Provisionen²²⁸, oder die Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgewähr im Rahmen der Geschäftsführung anvertrauten Geldes.

Daneben steht natürlich immer die Geltendmachung deliktischer Haftung im Raum.

224 Haas/Zimons in Michalski GmbHG, § 43 Rn. 86.

225 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 39.

226 Beispielsweise: OLG Celle 24.09.2013 - 9 U 121/12, juris.

227 Zum Auskunftsanspruch beispielsweise: BGH 05.03.2015 - IX ZB 62/14, GmbHR 2015, 536.

228 Beispielsweise: OLG Düsseldorf 25.11.1999 - 6 U 146/98, GmbHR 2000, 666.

bb) Geschäftsführer gegen GmbH

Klagen des – meist ehemaligen – Geschäftsführers gegen die GmbH erfolgen wohl vorwiegend zur Verfolgung von Ansprüchen monetärer Art. Denkbar ist die Geltendmachung von ausstehender Vergütung – auch in Form von Tantiemen und Gratifikationen –, Abfindung oder Aufwendungsersatz für Kosten, die im Rahmen der Geschäftsführung entstanden sind. Vor diesem Hintergrund ist auch das Verlangen nach Freistellung von Verbindlichkeiten zu nennen. Nicht selten sind auch Ruhegehaltsansprüche Gegenstand von Klagen des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft²²⁹.

Sonstige Leistungsansprüche – wie beispielsweise die Freistellung von der Tätigkeit zur Erholungszwecken unter Fortzahlung der Bezüge oder das Verlangen nach Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung – sind nach der subjektiven Wahrnehmung eher selten Gegenstand gerichtlicher Geltendmachung. Immer wieder kommt es hingegen zur gerichtlichen Auseinandersetzung über etwaige Einsichts- und Informationsrechte des Geschäftsführers.²³⁰

Daneben sind die Rechtsstreitigkeiten im Rahmen von Kündigung und Abberufung häufig. Klagen gegen Kündigungen des Anstellungsvertrages gehen oft einher mit dem hilfswisen Verlangen nach Zeugniserteilung.²³¹ Zum Teil wird auch, mit Hilfe einer negativen Feststellungsklage, die Feststellung begehrt, dass, entgegen den Behauptungen der Gesellschaft, keine Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer bestehen.²³² Kündigt der Geschäftsführer selbst, steht gegebenenfalls die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs im Raum, wenn die Kündigung Folge von Auseinandersetzungen mit der Gesellschaft war.²³³

Klagen des (Fremd-)Geschäftsführers gegen seine Abberufung sind eher selten, denn seine Rechtsschutzmöglichkeiten diesbezüglich sind bekanntlich begrenzt. Anderes gilt für den Gesellschafter-Geschäftsführer, der wenigstens in seiner Eigenschaft als Gesellschafter

229 Beispielsweise: BAG 20.05.1998 - 5 AZB 3/98, NZA 1998, 1247.

230 Beispielsweise: OLG Koblenz 22.11.2007 - 6 U 1170/07, GmbHR 2008, 37.

231 Beispielsweise: BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60.

232 Beispielsweise: BAG 20.10.1995 - 5 AZB 5/95, NZA 1995, 200.

233 Beispielsweise: BGH 29.10.2002 - II ZR 146/02, DB 2002, 2705.

gegen den Abberufungsbeschluss mit Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gerichtlich vorgehen kann.²³⁴ Im Rahmen der Abberufung kommt es jedoch hin und wieder zum Verlangen der Weiterbeschäftigung in einer Position unterhalb der Geschäftsführungsebene.²³⁵

2. Die gesetzlichen Regelungen zur Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH

a) Die aktuellen gesetzlichen Regelungen

Für die Frage, welcher Rechtsweg bei einer Rechtsstreitigkeit zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer der jeweils zulässige ist, sind verschiedene gesetzliche Regelungen zu betrachten. Weil die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit eine ausschließliche sein kann, sollte die Prüfung stets mit den §§ 2 ff. ArbGG beginnen. Für Streitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer sind nur wenige Zuständigkeitsvorschriften des ArbGG überhaupt relevant.

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen für bestimmte bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ausschließlich zuständig. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG sind sie zuständig bei Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die mit dem Arbeitsverhältnis in rechtlichem oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, soweit nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

Voraussetzung der ausschließlichen Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte ist, in Abgrenzung zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, zunächst die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmereigenschaft der Parteien. Zum Begriff des Arbeitnehmers enthält § 5 ArbGG einige Regelungen. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes, Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

²³⁴ Zum „Rechtsstreit über die Abberufung“ eingehend: *Fischer* in BB 2013, 2819.

²³⁵ Beispielsweise: BGH 11.10.2010 - II ZR 266/08, DB 2011, 49.

Nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten hingegen nicht als Arbeitnehmer, Personen in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit, die kraft Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrags alleine oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind.

Wie bereits festgestellt, ist der Geschäftsführer einer GmbH – bei welcher es sich gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG um eine juristische Person handelt – gesetzlich, nämlich nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, zur Vertretung der GmbH berufen. Unabhängig von der sehr umstrittenen Frage, ob der GmbH-Geschäftsführer überhaupt ein Arbeitnehmer der GmbH sein kann, sind die Arbeitsgerichte somit für Rechtsstreitigkeiten zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, innerhalb der Reichweite von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, nicht ausschließlich zuständig.

Damit nimmt die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei der Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg bei Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer eine Schlüsselstellung ein. Sobald der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eröffnet ist, findet eine Prüfung der generellen Zuständigkeitsregelungen gar nicht mehr statt. Die genaue Bestimmung dieses Anwendungsbereichs wird eine der entscheidenden Fragen dieser Arbeit sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 ArbGG können aber auch auf Grundlage einer Vereinbarung bürgerliche Rechtstreitigkeiten zwischen juristischen Personen des Privatrechts und Personen, die kraft Gesetzes alleine oder als Mitglieder des Vertretungsorgans der juristischen Person zu deren Vertretung berufen sind, vor die Gerichte für Arbeitssachen gebracht werden.

Außerhalb der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte sind für Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer gemäß § 13 GVG die ordentlichen Gerichte zuständig. Die Abgrenzung zur Zuständigkeit anderer Gerichtsbarkeiten soll vorliegend nicht untersucht werden. Es wird unterstellt, dass es sich bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer immer um *bürgerliche* handelt.

b) Historische Entwicklung

Der Blick in die historischen Gesetzestexte des ArbGG zeigt, dass die Regelung des § 5 Abs. 1 ArbGG unter der Überschrift „Begriff des Arbeitnehmers“ mit dem heutigen Wortlaut seit dem ArbGG 1953²³⁶ existiert. Ebenso war bereits im ArbGG 1953 die fakultative Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretungsorganen durch Vereinbarung vorgesehen. Diese war jedoch nicht in § 2 Abs. 4, sondern in § 3 Abs. 2 unter der Überschrift „Erweiterte Zuständigkeit“ geregelt. Die Verschiebung dieser Regelung in den § 2 Abs. 4 ArbGG ist schließlich mit Inkrafttreten des ArbGG 1979²³⁷ erfolgt.

Noch im ArbGG 1926²³⁸ lautete der genaue Wortlaut der Regelung in § 5 unter „Begriff des Arbeitnehmers“:

Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der Lehrlinge. Den Arbeitnehmern stehen Personen gleich, die, ohne in einem Arbeitsvertragsverhältnisse zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten (Hausgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen), und zwar auch dann, wenn sie die Roh- oder Hilfstoffe selbst beschaffen; arbeitnehmerähnliche Personen sind im Verhältnis zu ihren Auftraggebern auch Zwischenmeister, die den überwiegenden Teil ihres Verdienstes aus ihrer eigenen Arbeit am Stücke beziehen.

Keine Arbeitnehmer sind gesetzliche Vertreter von juristischen Personen und von Personengesamtheiten des öffentlichen und privaten Rechtes, ferner Personen in ihrer Eigenschaft als öffentliche Beamte sowie als Angehörige des Reichsheers und der Reichsmarine.

Unter § 3 Abs. 2 ArbGG 1926 war ebenso, aber mit teilweise abweichendem Wortlaut, die fakultative Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretern durch Vereinbarung vorgesehen.

Im Gewerbeberichtsgesetz 1890²³⁹ finden sich noch keine Zuständigkeitsregelungen für Streitigkeiten zwischen GmbH und ihrem Ge-

236 Arbeitgerichtsgesetz vom 3. September 1953, BGBl. I 1953, S. 1267 ff.

237 Arbeitgerichtsgesetz vom 2. Juli 1979, BGBl. I 1979, S. 853 ff.

238 Arbeitgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926, RGBl. I 1926, S. 507 ff.

239 Gewerbeberichtsgesetz vom 29. Juli 1890, RGBl. 1890, S. 141 ff., siehe oben: I. 1. c).

schäftsführer. Die Gesellschaftsform der GmbH existiert erst seit Einführung des GmbHG 1892.²⁴⁰

²⁴⁰ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, RGBl. I 1892, S. 477 ff.

Zweiter Teil: Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer – neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur

I. Der nationale Arbeitnehmerbegriff

1. Der klassische Arbeitnehmerbegriff der herrschenden Meinung

Der sogenannte klassische Arbeitnehmerbegriff, der von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre²⁴¹ vertreten wird, findet seinen Ursprung in der Definition von *Hueck*: „Arbeitnehmer sind die auf Grund privatrechtlichen Vertrages im Dienst eines andern zur Arbeit verpflichteten Personen“.²⁴²

Nach der heutigen Definition der Rechtsprechung des BAG ist Arbeitnehmer, „wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“.²⁴³ Dabei geht die herrschende Meinung von einem „allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers“²⁴⁴ aus, der den Schlüssel zur Anwendbarkeit des gesamten Arbeitsrechts darstellt.²⁴⁵

241 Siehe nur: *Edenfeld* in Erman BGB, § 611 Rn. 56 ff., insb. Rn. 58; *Klappstein* in Dauner-Lieb/Langen BGB, § 611 Rn. 25; *Müller-Glöge* in MüKo BGB, § 611 Rn. 171; *Boemke* in ZfA 1998, 285.

242 *Hueck* in Hueck/Nipperdey ArbR, V. § 8 II.; ausdrücklicher Hinweis auf Definition von Hueck bei: BAG 15.03.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163, unter B. II. 1.; *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 24.

243 BAG 16.02.2000 - 5 AZB 71/99, BAGE 93, 310, unter II. 2. b) aa); BAG 26.09.2002 - 5 AZB 19/01, BAGE 103, 20, unter B. II. 1.; BAG 20.08.2003 - 5 AZR 610/02, NZA 2004, 39, unter II.; BAG 20.01.2010 - 5 AZR 99/09, DB 2010, 788, unter II. 2. a); BAG 29.08.2012 - 10 AZR 499/11, BAGE 143, 77, unter I. 1.

244 Beispielsweise ausdrücklich bei: BAG 25.03.1992 - 7 ABR 52/91, BAGE 70, 104, unter B. I. 1. a).

245 Im Unterschied zum „uneinheitlichen“ Arbeitnehmerbegriff, siehe dazu sogleich.

In Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, wird ein privatrechtlicher Vertrag vorausgesetzt, wobei dieser auch fehlerhaft zustande gekommen sein kann.²⁴⁶ Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall bzw. spezieller Fall des Dienstverhältnisses, wie es sich beispielsweise im Wortlaut der §§ 621, 627 BGB („bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist“) widerspiegelt.²⁴⁷

Die Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit erfolgt über das Merkmal der „persönlichen Abhängigkeit“.²⁴⁸ Aus der Regelung in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, welche über ihren ausdrücklichen Regelungsgehalt hinaus eine allgemeine Aussage enthalten soll, wird im Umkehrschluss gefolgert, dass Arbeitnehmer derjenige ist, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Auf das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt es hingegen nicht an. Das dient nur der Abgrenzung zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und Selbständigen.²⁴⁹

Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers folgt aus einem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit und die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation. Die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist aber stets durch eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, dabei müssen nicht zwingend alle genannten Voraussetzungen vorliegen.²⁵⁰

Da sich auch der Dienstgeber und der Besteller Leistungsbestimmungsrechte vorbehalten können, ist der Umfang des Weisungsrechts entscheidend für die Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis. Das BAG bezeichnet diesen Umfang als „Grad der persönlichen Abhängigkeit“. Der für eine Arbeitnehmereigenschaft erforderliche „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ hängt stets von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.²⁵¹ Beispielsweise verbleibt bei Diensten höherer Art typischer-

246 *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 29.

247 *Mikosch* in FS Löwisch, S. 189.

248 So die Rechtsprechung des BAG seit jeher: BAG 28.02.1962 - 4 AZR 141/61, BAGE 12, 303; zum historischen Ursprung des Merkmals der „persönlichen Abhängigkeit“: *Hromadka* in NZA 1997, 569 (572 ff.)

249 Siehe nur: BAG 30.10.1991 - 7 ABR 19/91, DB 1992, 742, unter B. II. 2.; *Klappstein* in Dauner-Lieb/Langen BGB, § 611 Rn. 27.

250 Siehe nur: BAG 20.08.2003 - 5 AZR 610/02, NZA 2004, 39, unter 2. m. w. N.

251 Siehe nur: BAG 29.08.2012 - 10 AZR 499/11, BAGE 142, 77, unter I. 1. a) m. w. N.

weise ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit.²⁵²

Letztlich benutzt die Rechtsprechung die aufgestellten Kriterien nicht als feste Tatbestandsmerkmale, unter denen sie einen Lebenssachverhalt subsumiert, sondern die aufgestellten Merkmale dienen vielmehr als bloße Indizien. Das Vorliegen einer gewissen Anzahl dieser Indizien kann bereits ausreichend sein.²⁵³ Dies gilt es im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu bewerten.

Den Kritikern²⁵⁴ ist insoweit zuzustimmen, dass diese „typologische Methode“ des BAG zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft eine gewisse Rechtsunsicherheit mitsichbringt. Sicherlich ermöglicht eine Subsumtion unter feste Tatbestandsmerkmale zuverlässigere Ergebnisse und erleichtert die Anwendung für den juristischen Laien.

Dennoch ist nur die Betrachtung des Gesamtbildes im Einzelfall unter Zugrundelegung verschiedener Indizien geeignet, die außerordentliche Vielfalt an Sachverhalten jeweils sachgerecht einzuordnen. Gerade die „typologische Methode“ ermöglicht auch eine gerechte Einordnung neuer Erscheinungen der Berufswelt. Mit dem Bundesverfassungsgericht ist außerdem davon auszugehen, dass gewisse Unsicherheiten und eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung bestimmter Vorschriften durch die Gerichte, jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent ist.²⁵⁵ Die „typologische Methode“ ist zudem auch bei der Auslegung anderer unbestimmter Rechtsbegriffe anerkannt.²⁵⁶

Die Geltung des Arbeitsrechts kann nicht durch Vereinbarung – beispielsweise durch die ausdrückliche Bezeichnung eines Vertrages als Dienstvertrag – ausgeschlossen werden, wenn nach der praktischen Durchführung des Vertrages Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vor-

252 BAG 06.05.1998 - 5 AZR 347/97, BAGE 88, 327, unter I. 1.

253 *Klappstein* in Dauner-Lieb/Langen BGB, § 611 Rn. 23.

254 Neueres Schriftum zur Ablehnung der typologischen Methode des BAG: *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 54 „Im Rahmen der typologischen Methode werden selbst klar handhabbare normative Kriterien zu irrelevanten Topoi“; *Brammsen* in RdA 2010, 267 (269).

255 BVerfG 20.05.1996 - 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063; In diesem Fall wurde die Anwendung der „Rechtsfigur des Typus“ als verfassungsgemäß angesehen.

256 Vgl. auch: *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 Rn. 41.

liegen. Umgekehrt führt aber die ausdrückliche Vereinbarung eines Arbeitsvertrages – gegebenenfalls sogar entgegen praktischer Handhabung – zur Arbeitnehmerschaft des Dienstverpflichteten. Weil das Arbeitsrecht Mindestschutzrecht der Arbeitnehmer ist, steht (nur) die Nichtanwendung nicht zur Disposition der Parteien.²⁵⁷ Etwas anderes gilt, wenn die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht. Dann sind die Parteien an den gewählten Vertragstypus gebunden.²⁵⁸

Der klassische Arbeitnehmerbegriff wird seit jeher von Teilen des Schrifttums kritisiert. Die verschiedenen Vorschläge einer Neuabgrenzung haben sich aber bisher nicht durchsetzen können.²⁵⁹ Eine detaillierte Darstellung aller Ansichten²⁶⁰ würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Aufgrund dessen werden nur zwei alternative Ansätze kurz erläutert.

2. Der Ansatz Wanks

a) Kritik am klassischen Arbeitnehmerbegriff und alternativer Ansatz

Als bekanntester Kritiker des klassischen Arbeitnehmerbegriffs kann wohl *Wank* bezeichnet werden. *Wank* hält das Abgrenzungsmerkmal der „persönlichen Abhängigkeit“ in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung für ungeeignet, weil es sich nicht an dem Sinn und

257 Beispielsweise: BAG 22.03.1995 - 5 AZB 21/94, BAGE 79, 319, unter II. 1. b); *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 25.

258 BAG 09.06.2010 - 5 AZR 332/09, NJW 2010, 2455, unter I. 2. d); zuvor st. Rspr.: BAG 20.08.2003 - 5 AZR 610/02, NZA 2004, 39, unter II.; BAG 25.05.2005 - 5 AZR 347/04, BAGE 115, 1, unter I.: „Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend.“

259 Siehe beispielsweise die Kritik von: *Brammsen* in RdA 2010, 267; *Lieb* in ZfA 1977, 210; *Richardi* in MüHdb ArbR, § 16 Rn. 46 ff.: „Die Bezeichnung als persönliche Abhängigkeit ist allerdings missglückt.“; *Schwarze* in ZfA 2005, 81 (104): sieht das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit lediglich als eines von mehreren an, Leitmerkmal soll der „Verzicht auf die unternehmerische Verwertung der Arbeitskraft“ sein; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 34 ff., hierzu sogleich.

260 Einen Überblick zu den verschiedenen Abgrenzungen nach neuerer Lehre bietet *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, S. 74 ff.

Zweck der arbeitsrechtlichen Vorschriften orientiere. Zwischen der Weisungsgebundenheit bzw. Eingliederung und der Anwendung des Arbeitsrechts bestehe gerade kein Sinnzusammenhang.²⁶¹ Das Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ rechtfertige nur die Rechtsfolge Berufsschutz, nicht jedoch den Existenzschutz (beispielsweise durch das Entgeltfortzahlungsgesetz).²⁶²

In seiner Habilitationsschrift untersucht *Wank* andere mögliche Tatbestandsmerkmale auf ihren unmittelbaren Sinnzusammenhang mit dem „Bündel arbeitsrechtlicher Rechtsfolgen“, welche die Arbeitnehmereigenschaft mit sich bringe.²⁶³ Dabei legt er ein „duales Modell der Erwerbstätigkeit“ zugrunde, bei dem sich abhängige Arbeit und selbständige Tätigkeit gegenüberstehen. Während die abhängige Arbeit einen umfassenden Beruf- und Existenzschutz biete, werde beim Selbständigen Eigenvorsorge unterstellt. Er möchte den Arbeitnehmerbegriff stärker in Gegensatz zum Selbständigenbegriff setzen.

Wank kommt zu dem Ergebnis, dass als „Leitgedanke“ für die Abgrenzung die „freiwillige Übernahme des Unternehmensrisikos“, welches durch die „unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei finanzieller Zurechnung des Ergebnisses“ gekennzeichnet werde, zu gelten habe. Weiterhin müsse eine Konkretisierung durch Untermerkmale erfolgen.²⁶⁴ Typische Arbeitnehmermerkmale seien die auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Auftraggeber, in eigener Person, ohne Mitarbeiter und im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation. Selbständig sei hingegen, wer freiwillig das Unternehmensrisiko übernehme, am Markt auftrete und bei dem, im Hinblick auf unternehmerische Chancen und Risiken, eine Ausgewogenheit bestehe.²⁶⁵

261 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 34 ff.; in DB 1992, 90 (91) gesteht er zumindest einen „mittelbaren Zusammenhang“ ein, der aber nicht ausreichend sein soll.

262 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 117.

263 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 122 ff.

264 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 389 f.

265 *Wank* in DB 1992, 90 (91).

b) Kritik am Ansatz Wanks

Zu Recht hat sich die Ansicht *Wanks* in der Rechtsprechung des BAG nicht durchsetzen können²⁶⁶ und wird vom Schrifttum vielfach kritisiert.

Während der Ursprung des Ansatzes *Wanks*, nämlich die Frage nach dem Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, noch teilweise als berechtigt angesehen wird²⁶⁷, werden seine Schlussfolgerungen überwiegend als mit dem geltenden Recht nicht vereinbar angesehen. Der von ihm vertretene Ansatz bedürfte einer Neukonzeption des deutschen Arbeitsrechts.²⁶⁸ Zu Recht wird der Arbeitnehmerbegriff nach *Wank* von einigen Autoren als „unzulässige Rechtsfortbildung“ bezeichnet.²⁶⁹

Zum einen bleibt die Abgrenzung zu den arbeitnehmerähnlichen Personen außer Betracht. Diese finden aber in einigen Arbeitsgesetzen ausdrückliche Erwähnung (z.B. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 S. 2 BURLG) und werden in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, als „wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer schutzbedürftig“, sogar näher definiert. Es handelt sich folglich um Selbständige, die aber aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit eines gewissen arbeitsrechtlichen Schutzes bedürfen. Genauso unberücksichtigt bleibt die Regelung in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, welche Aussagen zur Selbständigkeit enthält. Diese gesetzlichen Regelungen liefern insoweit Erkenntnisse hinsichtlich der Definition des Arbeitnehmerbegriffs, dass im Umkehrschluss die genannten Voraussetzungen gerade nicht charakteristisch sein können.²⁷⁰

Die Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen Selbständigen, arbeitnehmerähnlichen und Arbeitnehmern ist im Übrigen richtig. Der

266 A.A. nur unterinstanzliche Gerichte, beispielsweise: LAG Köln 30.06.1995 - 4 Sa 63/95, juris, unter B.: Der herkömmliche Arbeitnehmerbegriff könne dem Grundrechtsschutz nicht mehr Rechnung tragen, die Kammer folge daher der von Wank entwickelten Definition, nach der selbständig sei, wer mit allen Chancen und Risiken eines Unternehmers am Markt auftrete.

267 Vgl. *Richardi* in MüHdB ArbR, § 16 Rn. 40; *Griebeling* in NZA 1998, 1137 (1138).

268 Vgl. *Richardi* in MüHdB ArbR, § 16 Rn. 40; *Boemke* in ZfA 1998, 285 (300 f.); *Hromadka* in NZA 1997, 569 (576).

269 *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 58; *Griebeling* in NZA 1998, 1137 (1143 f.)

270 Vgl. *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 58.

Arbeitnehmerähnliche ist weniger schutzbedürftig als der Arbeitnehmer. Die nur teilweise Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzgesetze ist daher gerechtfertigt. Zwar werden seine Arbeitsergebnisse aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit tatsächlich von einem anderen verwertet, er verzichtet aber nicht vertraglich auf seine Dispositionsfreiheit.²⁷¹

Zu Recht wird argumentiert, dass nicht nur derjenige als selbständig angesehen werden kann, der wirtschaftlich unabhängig ist und Chancen am Wirtschaftsmarkt hat. Marktbedingte Abhängigkeiten dürfen nicht zur Verneinung der Selbständigkeit führen. Diese sind vielmehr durch das Wirtschaftsrecht zu bewältigen.²⁷²

Im Übrigen ist sehr zweifelhaft, ob die von *Wank* aufgestellten „typischen Arbeitgebermerkmale“ eine sachgerechtere Abgrenzung ermöglichen. Beispielsweise würden ein bloßer Nebenjob oder eine nebenher ausgeübte selbständige Tätigkeit bereits dazu führen, dass das Merkmal „Tätigkeit für nur einen Auftraggeber“ verneint werden müsste. Ebenso ist das Merkmal „im Wesentlichen ohne eigenes Kapital“ ungeeignet. Die ausschließliche Arbeit mit Fremdkapital ist auch bei Selbständigen nicht gerade unüblich. Zudem liegt der schnelle Wechsel zwischen fremdem und eigenem Kapital in der Natur der Sache. Des Weiteren ist derjenige „ohne eigene Organisation“, letztlich doch in die Organisation eines anderen eingebunden. Die Ähnlichkeit dieses Merkmals mit dem des klassischen Arbeitnehmerbegriffs ist nicht zu übersehen.²⁷³

Das Abgrenzungsmerkmal der persönlichen Abhängigkeit, wie es die herrschende Meinung definiert, ist hingegen sachgerecht. Wenn durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages bzw. das arbeitsvertragliche Leistungsversprechen, der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Verfügungsgewalt über seine Arbeitskraft überträgt, so muss dem Arbeitgeber konsequenterweise auch das Recht zuteil werden, über die Modalitäten der Arbeitsleistung zu entscheiden.²⁷⁴

271 Vgl. *Hromadka* in NZA 1997, 569 (576).

272 *Richardi* in MÜHdB ArbR § 16 Rn. 40; *Hromadka* in NZA 1997, 569 (576); *Mikosch* in FS Löwisch, S. 189 (203); *Rieble* in ZfA 1998, 327 (340 f.).

273 Vgl. zu allem: *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 57.

274 Vgl. *Klappstein* in Dauner-Lieb/Langen BGB, § 611 Rn. 25.

3. Die Grundidee eines „uneinheitlichen“ Arbeitnehmerbegriffs

Wie bereits festgestellt, gilt nach Ansicht der herrschenden Meinung innerhalb des deutschen Arbeitsrechts ein einheitlicher übergeordneter Arbeitnehmerbegriff.

Vor dem Hintergrund einer teleologischen Bestimmung wird alternativ die Idee eines uneinheitlichen gesetzesspezifischen Arbeitnehmerbegriffs diskutiert. Die Definition des Arbeitnehmers könnte jeweils nach dem konkreten speziellen Schutzzweck des einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetzes bestimmt werden.²⁷⁵

Anlass dieser „Revision der traditionellen Betrachtungsweise“ war eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehung zwischen Rundfunkanstalten und ihren programmgestaltenden Mitarbeitern als unbefristete Arbeitsverhältnisse unter Beachtung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheit des Rundfunks (Art. 5 Abs. 1 GG).²⁷⁶

Der herkömmliche Arbeitnehmerbegriff habe zwar die Funktion den Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Gesetze zu bestimmen, innerhalb des Anwendungsbereichs einer konkreten Norm seien aber wieder zahlreiche Ausnahmen zu beachten. Dieser Ansicht zufolge sei die Bestimmung eines allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs letztlich sinnlos, weil dieser seiner eigentlichen Funktion, eine allgemeine Aussage über die Anwendung der arbeitsrechtlichen Normen zu treffen, gar nicht gerecht werden könne. Als Konsequenz wird eine relative Festlegung der Arbeitnehmereigenschaft befürwortet.²⁷⁷

Dennoch ist mit der herrschenden Meinung von einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen. Zum Teil wird entgegnet, dass bereits der Schutzzweck der Arbeitsgesetze, trotz verschiedener Regelungsinhalte und -instrumente, derselbe sei.²⁷⁸ Außerdem wird mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung²⁷⁹, den Schwierigkei-

275 *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 54.

276 BVerfG 13.01.1982 - 1 BvR 848/77 u.a., BVerfGE 59, 231.

277 *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 66 f.

278 *Kreuder* in Däubler ArbR, § 611 Rn. 118.

279 *Mikosch* in FS Löwisch, S. 189 (192 f.).

ten bei der praktischen Umsetzung sowie der einhergehenden Rechtsunsicherheit²⁸⁰ argumentiert.

Entscheidend ist aber, dass die Arbeitnehmereigenschaft zwingend durch die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses bestimmt wird. Diese begründet die Eigenschaft der Parteien als Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ob ein bestimmtes arbeitsrechtliches Gesetz Anwendung findet, ist hingegen eine Frage des Geltungsbereichs dieser Norm. Bestimmte Arbeitsgesetze eröffnen diesen beispielsweise für arbeitnehmerähnliche Personen, weil sie in Bezug auf den speziellen Zweck der Norm als ebenso schutzwürdig anzusehen sind. Andere Gesetze nehmen hingegen leitende Angestellte vom Geltungsbereich aus. Diese unterschiedlichen Geltungsbereiche führen aber nicht zu einem von Gesetz zu Gesetz unterschiedlichen Arbeitnehmerbegriff. Das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ist gerade nicht von der Regelungsmaterie des angewandten arbeitsrechtlichen Gesetzes abhängig. Eine jeweils gesetzesspezifische Arbeitnehmerdefinition wäre mit der geltenden Rechtsordnung, in welcher das Arbeitsverhältnis ein eigenständiger und einheitlicher Vertragstyp ist, somit nicht vereinbar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber den Begriff des Arbeitsverhältnisses offensichtlich kennt (siehe nur § 622 BGB).²⁸¹

4. Exkurs: Arbeitnehmerbegriffe im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht

Der Begriff des Arbeitnehmers ist auch im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht bedeutend.

Im Sozialversicherungsrecht definiert § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmer ist also nur eine Variante einer sozialversicherungs-

280 *Thüsing* in H/W/K, Vor § 611 BGB Rn. 23.

281 Vgl. *Preis* in EK ArbR, § 611 Rn. 35; *Thüsing* in H/W/K, Vor § 611 BGB Rn. 23; dennoch kritisch gegenüber einheitlichem Arbeitnehmerbegriff.

pflichtigen Beschäftigung. Es besteht nicht zwingend Deckungsgleichheit.²⁸²

Im Steuerrecht ist die Abgrenzung zwischen den Einkünften aus selbständiger und nichtselbständiger Arbeit entscheidend. Aus steuerrechtlicher Sicht sind Arbeitnehmer solche Personen, die ihre Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit beziehen. Es gilt ein eigenständiger Arbeitnehmerbegriff, der sich von dem sozialversicherungsrechtlichen und dem arbeitsrechtlichen unterscheidet und nicht zwingend deckungsgleich ist.²⁸³ Der arbeitsrechtlichen und der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung kann aber durchaus eine Indizwirkung für die steuerrechtliche Beurteilung zukommen.²⁸⁴

Gemäß § 1 Abs. 1 LStDV ist Arbeitnehmer, wer in öffentlichem oder privatem Dienst angestellt oder beschäftigt ist oder war und aus diesem Dienstverhältnis oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn bezieht. Arbeitnehmer sind auch die Rechtsnachfolger dieser Personen, soweit sie Arbeitslohn aus dem früheren Dienstverhältnis ihres Rechtsvorgängers beziehen.

II. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH (unter Außerachtlassung des Unionsrechts) – Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

Die Frage nach einer möglichen Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers ist – wie gesehen – letztlich eine Frage der rechtlichen Qualifizierung seines Anstellungsvertrages. Mit der oben genannten herrschenden Trennungstheorie ist davon auszugehen, dass es sich dabei um ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis handelt, durch welches die Modalitäten seiner Tätigkeit als Geschäftsführer im Innen-

282 Siehe nur: BSG 27.07.2011 - B 12 KR 10/09 R, juris, unter 2. a); *Rolfs* in EK ArbR, § 7 SGB IV Rn. 2; *Seewald* in KK SozversR, § 7 SGB IV Rn. 3; *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 19.

283 Siehe nur: BFH 09.07.2012 - VI B 38/12, juris, unter 1.; zu den Unterschieden: *Fischer* in H/W/K ArbR, §§ 19, 38 EStG Rn. 38.

284 BFH 02.12.1998 - X R 83/96, BFHE 188, 101, unter B. III. 3. h).

verhältnis zur GmbH näher ausgestaltet werden und das in Bestand und Wirksamkeit unabhängig von der Organstellung ist.²⁸⁵

Der Anstellungsvertrag ist von weiteren, zwischen Geschäftsführer und GmbH möglicherweise bestehenden Rechtsverhältnissen abzugrenzen. Insbesondere in den sogenannten Beförderungsfällen, in denen ein bisheriger Arbeitnehmer der Gesellschaft zum Geschäftsführer „aufsteigt“, kommen weitere Rechtsverhältnisse in Betracht.²⁸⁶

Wie bereits festgestellt, wurde das Thema der rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrages bereits vielfach untersucht und kann zu Recht als der „Klassiker“ unter den rechtlichen Problemen an der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht bezeichnet werden.^{287,288}

1. Rechtsprechung

a) Ansicht des BGH

Die Ansicht des BGH zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers ist schnell zusammengefasst. Seit jeher wird vertreten, dass der Geschäftsführer – in arbeitsrechtlicher Hinsicht – nicht Arbeitnehmer der GmbH sei und das, der Geschäftsführungstätigkeit zugrunde liegende, Anstellungsverhältnis nicht als ein Arbeitsverhältnis eingeordnet werden könne. Stattdessen wird es stets als freies Dienstverhältnis qualifiziert.²⁸⁹

285 Siehe oben: Erster Teil, III., 1. b).

286 Siehe zu denkbaren weiteren Rechtsverhältnissen: Fünfter Teil, II., 2.

287 So beispielsweise *Bauer/Arnold* in DB 2008, 350 (351) und *Lücke* NJOZ 2009, 3496.

288 Zur Historie des Meinungsstreits siehe: *Hromadka*, Das Recht der leitenden Angestellten, S. 309 ff.: Die Ausführungen bei Hromadka zeigen, dass sich die h.M. immer wieder geändert hat.

289 BGH 09.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, unter I.; BGH 09.02.1978 - II ZR 189/76, NJW 1978, 1435, unter 3.; BGH 15.06.1978 - II ZR 120/77, DB 1979, 354 (allgemein zur Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern); BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291; BGH 26.03.1984 - II ZR 120/83, BGHZ 91, 217, unter 3. b); BGH 10.09.2001 - II ZR 14/00, NJW-RR 2002, 173; BGH 25.07.2002 - III ZR 207/01, NJW 2002, 3104, unter II. 3. a) (allgemein zu Arbeitnehmereigenschaft von gesetzlichen Vertretern juristischer Personen); BGH

Das wird meist etwas dürftig damit begründet, dass der Geschäftsführer gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft die „Funktion eines Prinzipals“ ausübe²⁹⁰ bzw. seine organschaftlichen Aufgaben wahrzunehmen habe.²⁹¹ Zum Teil wird auch näher erläutert, Organvertreter juristischer Personen seien nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Allgemeinen schon begrifflich keine Arbeitnehmer, weil diese als Willensorgan der juristischen Person handeln und damit notwendig zugleich die Arbeitgeberfunktion ausüben.²⁹²

In einer älteren Entscheidung führte der BGH zudem aus, die fehlende Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft nach dem gesetzlichen Sprachgebrauch sei beispielsweise in den §§ 5 Abs. 1 S. 3, 22 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG oder § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG zum Ausdruck gekommen.²⁹³ Teilweise verzichtet der BGH auch auf jegliche Begründung.²⁹⁴ Eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der anderen Auffassung findet überhaupt nicht statt.

Frühzeitig hat der BGH im Gegenzug begonnen, GmbH-Geschäftsführern arbeitsrechtlichen Schutz über eine analoge Anwendung der entsprechenden Normen zu gewähren.²⁹⁵ Der BGH geht davon aus, dass es sich hierbei nicht um Einzelentscheidungen handle. Die entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Normen sei, soweit es das Anstellungsverhältnis erfordere und die Organstellung nicht verbiete, vielmehr grundsätzlich möglich.

10.05.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889, unter II. 1.; Bereits das Reichsgericht verneinte die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers: RG 13.03.1928 - II 475/27, RGZ 120, 300 (302).

290 BGH 09.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, unter I.; BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291.

291 BGH 10.09.2001 - II ZR 14/00, NJW-RR 2002, 173.

292 BGH 25.07.2002 - III ZR 207/01, NJW 2002, 3104, unter II. 3. a).

293 BGH 15.06.1978 - II ZR 120/77, DB 1979, 354.

294 BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889, unter II. 1.: Mit Verweis auf frühere Entscheidung und Literatur.

295 BGH 03.12.1962 - II ZR 201/61, NJW 1963, 535, unter B. I. (Urlaubsabgeltungsanspruch); BGH 09.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, unter I. (Anspruch auf Zeugniserteilung); BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291 (entsprechende Anwendung der Kündigungsfrist aus § 622 Abs. 1 BGB für Kündigung des Anstellungsvertrages eines Fremdgeschäftsführers); BGH 26.03.1984 - II ZR 120/83, BGHZ 91, 217, unter 3. b) (entsprechende Anwendung Kündigungsfrist aus § 622 Abs. 1 BGB für Kündigung des Anstellungsvertrages eines Gesellschafter-Geschäftsführers).

Begründet wird dies vor allem mit einer, je nach der Höhe des Gehalts, möglichen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers von der Gesellschaft.²⁹⁶ Der Geschäftsführer stelle seine Arbeitskraft – einem Arbeitnehmer vergleichbar – hauptberuflich zur Verfügung. Im Übrigen seien beispielsweise die längeren Kündigungsfristen auch im Interesse der Gesellschaft, welche für die Nachfolgersuche eine gewisse Zeit benötige.²⁹⁷

Daneben wurde auch die vertragliche Vereinbarung der Anwendung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Geschäftsführerdienstvertrag für rechtlich zulässig und wirksam erachtet. In der betreffenden Entscheidung äußert sich der BGH sogar dahingehend, dass er, aufgrund der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien, die Vereinbarung der entsprechenden Geltung arbeitsrechtlicher Normen *grundsätzlich* für zulässig erachte, solange diese nicht in die gesetzliche oder statuarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen. Grenze der Gestaltungsfreiheit sei die Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft. Dabei erkennt der BGH durchaus, dass die Einschränkung der ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten, aufgrund des finanziellen Aspekts bei Weiterbestehen des Anstellungsvertrages, eine gewisse Auswirkung auf die Bestellungs- und Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG haben könnte. Dieser nur mittelbare Einfluss auf die Abberufungsfreiheit sei aber nicht ausreichend, die Privatautonomie im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft einzuschränken.²⁹⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der BGH zwar eine gewisse soziale Schutzwürdigkeit des GmbH-Geschäftsführers anerkennt, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aber, ohne Prüfung der oben genannten Merkmale, von vorneherein, aufgrund der Organstellung des Geschäftsführers, ausschließt.

296 Zu allem: BGH 09.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, unter I.; BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291.

297 BGH 29.01.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291; BGH 26.03.1984 - II ZR 120/83, BGHZ 91, 217, unter 3. b).

298 Zu allem: BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889, unter II. 2.

b) Ansicht des BAG

Das BAG vertritt eine andere Ansicht. In mittlerweile ständiger Rechtsprechung geht es davon aus, dass das der Geschäftsführung zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein kann.

Im Gegensatz zur Ansicht des BGH sieht das BAG grundsätzlich keine Unvereinbarkeit der Arbeitnehmereigenschaft mit der Stellung des Geschäftsführers als Repräsentationsorgan der Gesellschaft. Zumindest im Falle der Geschäftsführung durch mehrere Personen sei die Wahrnehmung der unternehmerischen Willensbildung und der Arbeitgeberfunktion auch dann noch gewährleistet, wenn einzelne Geschäftsführer materiell-rechtlich als Arbeitnehmer eingeordnet werden.²⁹⁹

Nach Ansicht des BAG habe die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages nach den gewöhnlichen Kriterien zu erfolgen. Dementsprechend sei für die Abgrenzung zum Dienstverhältnis der Grad der persönlichen Abhängigkeit maßgeblich.³⁰⁰

Bei der Möglichkeit der Gesellschafter, die Kompetenzen des Geschäftsführers gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG im Innenverhältnis zur Gesellschaft zu beschränken, handele es sich aber nicht um ein Weisungsrecht im arbeitsrechtlichen Sinne, sondern vielmehr um ein gesellschaftsrechtliches, unternehmerisches Weisungsrecht. Die konkreten Geschäftsführungsbefugnisse besagen daher auch nichts über die rechtliche Qualifizierung des Anstellungsvertrages. Für die Einordnung als Arbeitnehmer der GmbH sei vielmehr entscheidend, ob die Gesellschaft dem Geschäftsführer daneben auch „arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen“ erteilen und so „die konkreten

299 Grundlegend: BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 2. (aber ohne nähere Begründung) und BAG 26.05.1999 - 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, unter III. (mit ausführlicher Begründung); nur bestätigend: BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, NZA 2003, 1108, unter B. I. 2.; BAG 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, BAGE 116, 254, unter B. 1. c) bb); BAG 03.02.2009 - 5 AZB 100/08, NZA 2009, 669, unter III. 1.; BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 1.; BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397, unter II. 2. c); Zuvor nur für das Anstellungsverhältnis zwischen Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH und der KG entschieden: BAG 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79, BAGE 39, 16, unter II. 3. b) aa); BAG 13.05.1992 - 5 AZR 344/91, GmbHR 1993, 35, unter II. 2. b).

300 Zu den Abgrenzungskriterien siehe oben: I. 1.

Modalitäten der Leistungserbringung“ bestimmen könne. Insoweit sei eine Gesamtbetrachtung aller Umstände der tatsächlichen Durchführung des Anstellungsvertrages erforderlich.³⁰¹

Das BAG bejaht zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern. Tatsächlich hat es diese jedoch noch nie angenommen.³⁰²

Offen geblieben ist zudem, was im Falle eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers zu gelten hat.

Weiterhin stellt sich die Frage, inwieweit ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der die Weisungen der Gesellschafterversammlung, beispielsweise durch eine Mehrheitsbeteiligung oder Sperrminorität, maßgeblich beeinflusst, nach Ansicht des BAG als Arbeitnehmer der Gesellschaft qualifiziert werden kann.

Eine ausdrückliche Äußerung des BAG zu dieser Problematik fehlt. Zur Arbeitnehmereigenschaft mitarbeitender Gesellschafter hat sich das BAG aber dahingehend geäußert, dass ein Mehrheitsgesellschafter, dem mehr als 50 % der Stimmrechte zustehen, nicht zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft sein könne. Das Gleiche gelte im Regelfall bei Minderheitsgesellschaftern mit einer Sperrminorität. Dabei sei unerheblich, ob die Leitungsmacht über das Stimmverhalten in der Gesellschafterversammlung tatsächlich ausgeübt werde.³⁰³

c) Abweichende Ansicht des OLG München

Die unteren Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit scheinen der Ansicht des BGH nicht vollkommen widerspruchslos zu folgen.

Das OLG München etwa hat in einer jüngeren Entscheidung – mit Verweis auf die Rechtsprechung des BAG – die Auffassung vertreten, dass die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auf einem Arbeitsvertrag beruhen kann.³⁰⁴ In dem zugrunde liegenden Fall war der Anstellungsvertrag des Klägers als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, weil

³⁰¹ Zu allem: BAG 26.05.1999 - 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, unter III.

³⁰² Bisher tatsächlich nur bejaht bei einem Anstellungsverhältnis zwischen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der KG: BAG 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79, BAGE 39, 16, unter II. 3. b) bb).

³⁰³ Zu allem BAG 06.05.1998 - 5 AZR 612/97, NZA 1998, 939, unter I. 2. a).

³⁰⁴ OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660, unter III. 2. a).

insgesamt „die für ein weisungsgebundenes, von Abhängigkeit geprägtes Beschäftigungsverhältnis sprechenden Gesichtspunkte“ bei weitem überwiegen.³⁰⁵

2. Stimmen der Literatur

a) Arbeitnehmereigenschaft ist nicht möglich (BGH-Ansicht)

Die grundsätzliche Ausrichtung des BGH, den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers stets als freies Dienstverhältnis einzuordnen, hat viele Anhänger in der Literatur gefunden.³⁰⁶ Die Begründungen der Literatur sind erwartungsgemäß deutlich ausführlicher als die der Rechtsprechung.

Als Hauptargument wird überwiegend die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers angeführt. Aufgrund dieser habe er die Stellung als Repräsentationsorgan bzw. gesellschaftsrechtlichem Leitungsorgan und die Arbeitgeberfunktion gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft inne und könne nicht gleichzeitig Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein.³⁰⁷

Zwar wird eingestanden, dass auch leitende Angestellte eine Arbeitgeberfunktion ausüben können und dennoch, im Allgemeinen, als Arbeitnehmer eingeordnet werden. Der entscheidende Unterschied zum GmbH-Geschäftsführer liege jedoch in der „Qualität“ dieser Funktion. Während der Geschäftsführer, begründet durch seine kor-

305 OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660, unter III. 2. b).

306 Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 279; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 2 ff.; Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 35 Rn. 78; Ansicht nicht eindeutig; „in aller Regel nicht als Arbeitsverträge aufzufassen“; Lenz in Michalski GmbHG, § 35 Rn. 116; Paefgen in Ulmer GmbHG, § 35 Rn. 245 ff.; Schneider/Hohenstatt in Scholz GmbHG, 11. Auflage, § 35 Rn. 266; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 172 ff.; Reiserer in Moll MüAnwB ArbR, § 6 Rn. 60; Richardi in MüHdB ArbR, § 17 Rn. 53 ff.; Bauer/Arnold in DB 2008, 350; Boemke in ZfA 1998, 209; Fleck in FS Hilger/Stumpf, S. 197; Goette in FS Wiedemann, S. 873; Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365.

307 Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 279; Paefgen in Ulmer GmbHG, § 35 Rn. 245 ff.; Richardi in MüHdB ArbR, § 17 Rn. 53, 56; Reiserer in Moll MüAnwB ArbR, § 6 Rn. 60.

porationsrechtliche Vertretungsmacht, die „oberste Leitungsbefugnis“ gegenüber allen Arbeitnehmern ausübe, sei die der leitenden Angestellten eine gerade von diesem obersten Leitungsorgan abgeleitete und nur rechtsgeschäftlich begründete Arbeitgeberfunktion.³⁰⁸

Auf ähnliche Weise wird argumentiert, wenn von dem *Erfordernis der Handlungsfähigkeit der GmbH* die Rede ist. Weil die GmbH juristische Person ist, wird deren Handlungsfähigkeit durch den Geschäftsführer als notwendigem Handlungsorgan gewährleistet. Das Anstellungsverhältnis habe aber nur eine die Rechts- und Pflichtenstellung ergänzende Funktion und müsse im Konfliktfall hinter den organ-schaftlichen Erfordernissen zurücktreten.³⁰⁹ Diese Argumentation beruht auf der Vorstellung eines grundsätzlichen Vorrangs des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht.³¹⁰

Letztlich gehen die Anhänger der BGH-Ansicht von einer formalen Sperrwirkung der Organstellung aus, welche eine Prüfung der Kriterien des klassischen Arbeitnehmerbegriffs von vorneherein nicht zulasse. Weitergehende Ausführungen zur Verneinung der einzelnen typischen Arbeitnehmermerkmale des klassischen Arbeitnehmerbegriffs wären demnach gar nicht erforderlich.

Dennoch werden teilweise noch Erläuterungen hinsichtlich einer möglichen Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers gemacht:

Die Weisungen der Gesellschafterversammlung nach § 37 Abs. 1 GmbHG werden dabei – wie in der BAG-Rechtsprechung – als gesellschaftsrechtliche unternehmerische und von den arbeitsrechtlichen zu unterscheidende Weisungen qualifiziert.³¹¹ Die Regelung in § 37 Abs. 1 GmbHG bestimme die korporationsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen.³¹² Ein personenbezogenes, ablauf- und verfahrensorientiertes arbeitsrechtliches Weisungsrecht – also

308 Zu allem: Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (375).

309 Goette in FS Wiedemann, S. 873 (874 ff.).

310 Insoweit auch Wank in FS Wiedemann, S. 587 ff.; Martens in FS Hilger/Stumpf, S. 437 ff. (442 ff.); Henssler in RdA 1992, 289 (292 f.) (Obwohl diese Autoren im Ergebnis die grundsätzliche Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft bejahen): Näheres siehe: b) bb) (2).

311 Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 279; Schneider/Hohenstatt in Scholz GmbHG, 11. Auflage, § 35 Rn. 266; Richardi in MüHdB ArbR, § 17 Rn. 56; Boemke in ZfA 1998, 209 (213); Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (376).

312 Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (376).

hinsichtlich ob, wann und wie der Arbeitsleistung – könne sich hingegen nur aus dem Anstellungsvertrag ergeben. Ein solches arbeitsrechtliches Weisungsrecht sei aber bereits mit der Repräsentationsfunktion des GmbH-Geschäftsführers nicht vereinbar.³¹³ Diese Stellung werde gerade durch unternehmerische Freiheit und zwingende indisponible gesetzliche Mindestpflichten – wie §§ 41, 43 Abs. 3 GmbHG; § 15a InsO – geprägt.³¹⁴ Obwohl manche Autoren arbeitsbezogene Weisungen an den GmbH-Geschäftsführer in bestimmten Fällen für denkbar halten, besteht Einigkeit darüber, dass die Organstellung das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausschließe.³¹⁵

Recht pragmatisch wird hinsichtlich etwaiger arbeitsrechtlicher Weisungen teilweise argumentiert, aus Gründen der Rechtssicherheit müsse angesichts der Schwierigkeiten, das tatsächliche Ausmaß eines Weisungsrechts zu beurteilen, stets ein freies Dienstverhältnis angenommen werden.³¹⁶

Zum Teil wird zusätzlich auf die „charakterlichen“ Unterschiede zwischen dem typischen Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers und einem Arbeitsverhältnis hingewiesen. Es fehle ein übergeordneter, „natürlicher Prinzipal“, zudem wird behauptet, die Arbeit sei hinsichtlich Ort, Zeit und Art weitestgehend eigenbestimmt und der Anstellungsvertrag üblicherweise individuell ausgehandelt.³¹⁷

Als weiteres Argument wird angeführt, dass das für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechende typische Merkmal der Eingliederung in einen fremden Betrieb bei Geschäftsführern einer GmbH schon von vorneherein ausgeschlossen sei. Aufgrund der Organstellung handele es sich letztlich um den eigenen Betrieb. Die allgemein anerkannte Trennung und Unabhängigkeit zwischen Organstellung und Anstel-

313 *Boemke* in ZfA 1998, 209 (213); *Hueck* in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (376).

314 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 3; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 35 Rn. 245.

315 *Hueck* in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (377).

316 *Bauer/Arnold* in DB 2008, 350 (351): bejahen aber die Arbeitnehmerstellung im absoluten Ausnahmefall, wenn zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis geschlossen wird; In diese Richtung auch *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 279: es sei inhaltlich kaum abgrenzbar, unter welchen Anforderungen eine Weisung über gesellschaftliche Weisung nach § 37 GmbHG hinausginge.

317 *Fleck* in FS Hilger/Stumpf, S. 197 (203 ff.).

lungsvertrag stehe dem nicht entgegen. Die Existenz des Anstellungsverhältnisses begründe sich überhaupt erst mit der Organstellung, schließlich erfolge hierin die nähere inhaltliche Ausgestaltung.³¹⁸

Die arbeitsrechtlichen Regelungen, welche Aussagen über die Organmitglieder enthalten – beispielsweise § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG – werden hingegen meist als neutral eingeordnet.³¹⁹ Dies ergebe sich bereits daraus, dass von den Bereichsausnahmen beispielsweise auch leitende Angestellte betroffen seien.³²⁰

Gegen einen Vergleich mit der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers in sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Hinsicht wird eingewandt, dass die spezifischen Regelungsziele der Rechtsgebiete eine Übertragung auf das Arbeitsrecht verbieten.³²¹

Auch die der BGH-Ansicht folgende Literatur befürwortet grundsätzlich eine entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Normen. In den Einzelheiten gehen die Ansichten aber auseinander. Zum Teil wird vertreten die Entscheidung der Anwendbarkeit sei nach dem jeweiligen Schutzzweck der Norm und der Vereinbarkeit mit der Organstellung zu treffen.³²² Andere stellen darauf ab, ob der Geschäftsführer aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Person eingeordnet werden könne, was jeweils in einer Einzelfallentscheidung zu prüfen sei.³²³ Wieder andere verneinen aus Gründen der Rechtssicherheit Einzelfallentscheidungen und favorisieren einen pauschalen Lösungsansatz.³²⁴

318 Zu allem: Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (387 f.).

319 Goette in FS Wiedemann, S. 873 (876); ebenso für Neutralität dieser Regelungen: Henssler in RdA 1992, S. 289 (293); a.A. Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 35 Rn. 78: „damit zusammenhängende Einsicht“.

320 Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (368 ff.).

321 Hueck in FS Hilger/Stumpf, S. 365 (372 f.).

322 Paefgen in Ulmer GmbHG, § 35 Rn. 245; Goette in FS Wiedemann, S. 873 (886 ff.).

323 Boemke in ZfA 1998, 209 (218 ff.).

324 Fleck in FS Hilger/Stumpf, S. 197 (209).

b) Arbeitnehmereigenschaft ist grundsätzlich möglich

aa) Anhänger der BAG-Ansicht

Die Ausrichtung des BAG, dem GmbH-Geschäftsführer zumindest theoretisch, in Ausnahmefällen, die Arbeitnehmereigenschaft einzuzugestehen, wenn die tatsächliche Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses nach den Merkmalen des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht, wird auch in der Literatur vertreten.³²⁵

Die Anhänger dieser Ansicht stören sich grundsätzlich nicht an der Organstellung des GmbH-Geschäftsführers. Im Vordergrund stehe vielmehr die Schutzwürdigkeit des Geschäftsführers, die im Einzelfall aufgrund starker Weisungsabhängigkeit mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar sein könne.³²⁶ Insoweit hierzu nähere Ausführungen gemacht werden, wird auf das Prinzip der strikten Trennung zwischen der Organstellung und dem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis abge-

325 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 94; *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 139; *Richardü/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 352; *Schneider/Sethe* in Scholz GmbHG, 10. Auflage, § 35 Rn. 175 ff.; *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 95; *Reufels* in Hümmerich/Reufels, § 2 Rn. 15; *Busch/Schönhöft* in DB 2007, 2650 (2652); *Haase* in GmbHR 2007, 821 (822); *Henssler* in RdA 1992, 289 (292 ff.); *Kamanabrou* in DB 2002, 146 (147 f.); *Lücke* in NJOZ 2009, 3469; *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 65 ff., 129 ff. (vertritt aber den wirtschaftlichen Arbeitnehmerbegriff siehe hierzu: S. 97 ff.); *Namendorf*, Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern, S. 92.: Aber bei Interessenskollisionen, entgegenstehenden Organpflichten, fehlender sozialer Schutzbedürftigkeit teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs bestimmter arbeitsrechtlicher Normen, S. 133 ff.

Hingegen nicht eindeutig dem BAG folgend: *Klappstein* in Dauner-Lieb/Langen BGB, § 611 Rn. 19: „Soweit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft nicht betroffen ist, können aus Gründen des sozialen Schutzes des GmbH-Fremdgeschäftsführers arbeitsrechtliche Grundsätze direkt oder analog angewandt werden.“; *Müller-Glöge* in MüKo BGB, § 611 Rn. 146: „Dies lässt die Annahme zu, dass jedenfalls Fremdgeschäftsführer bei entsprechender persönlicher Abhängigkeit Arbeitnehmer im Sinne anderer Rechtsvorschriften sein können.“; *Vogelsang* in Schaub ArbRHdB, § 14 Rn. 2 ff.

326 *Schneider/Sethe* in Scholz GmbHG, 10. Aufl., § 35 Rn. 177; *Busch/Schönhöft* in DB 2007, 2650 (2652); *Lücke* in NJOZ 2009, 3469 (3472).

stellt. Rückschlüsse aus der Organstellung auf die Rechtsnatur des Anstellungsvertrages würden sich demnach verbieten.³²⁷

Henssler gesteht zwar, aufgrund der Satzungsautonomie der Gesellschafter, der Organstellung und damit den gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten einen gewissen Vorrang ein. So sollen beispielsweise bei einer Pflichtenkollision die Pflichten aus der Organstellung Vorrang haben. Der Vorrang sei aber auf den Zweck begrenzt, die freie Entscheidung der Gesellschafter über die Abbestellung/Neubestellung von Geschäftsführern zu sichern. Letztlich habe dieser begrenzte Vorrang des Gesellschaftsrechts gerade keine Auswirkungen auf das Vorliegen persönlicher Abhängigkeiten und sozialer Schutzbedürftigkeit.³²⁸

Der Argumentation des BGH und der ihm folgenden Literatur, die Arbeitgeberfunktion der Geschäftsführer spreche zwingend gegen eine Arbeitnehmereigenschaft, wird ein Vergleich mit den leitenden Angestellten entgegen gehalten.³²⁹ Außerdem wird angeführt, die Arbeitgeberfunktion werde in einem ganz anderen Rechtsverhältnis, nämlich in dem zwischen der Gesellschaft und den anderen Arbeitnehmern, ausgeübt.³³⁰

Henssler erkennt zwar den qualitativen Unterschied zwischen den originären Arbeitgeberbefugnissen der Geschäftsführer und den bloß vertraglichen Befugnissen der leitenden Angestellten. Seiner Ansicht nach sind diese aber entsprechend der vorgenannten Argumentation, also aufgrund der Trennung und Unabhängigkeit zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis, unerheblich.³³¹

Mit dem BGH und dem BAG wird davon ausgegangen, dass Weisungen, welche dem GmbH-Geschäftsführer auf der Grundlage von § 37 Abs. 1 GmbHG durch die Gesellschafterversammlung erteilt wer-

327 *Richardii/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 352; *Lücke* in NJOZ 2009, 3469 (3473).

328 *Henssler* in RdA 1992, 289 (292 f.)

329 *Richardii/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 352; *Schneider/Sethe* in Scholz GmbHG, 10. Auflage, § 35 Rn. 176; *Henssler* in RdA 1992, 289 (292); *Kamanabrou* in DB 2002, 146 (147).

330 Zu allem auch: *Lücke* in NJOZ 2009, 3469 (3473 f.)

331 *Henssler* in RdA 1992, 289 (292).

den, keine arbeitsrechtlichen Weisungen sein können.³³² Ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht könne sich nur aus dem Anstellungsvertrag ergeben bzw. sei in § 106 GewO normiert und betreffe inhaltliche, zeitliche und örtliche Ausgestaltung der Leistungen als Geschäftsführer.³³³

Dagegen wird ein Rückgriff auf den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auch von den Anhängern dieser Ansicht abgelehnt.³³⁴ Ebenfalls könne den gesetzlichen Regelungen keine Aussage zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern entnommen werden.³³⁵

In Abgrenzung zu anderen Ansichten sind sich das BAG und die ihm folgende Literatur einig, dass die Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers zwar rechtlich möglich, aber tatsächlich nur im Ausnahmefall anzunehmen sei.³³⁶

Darüber, ob von einer Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich nur beim Fremdgeschäftsführer oder auch beim Minderheitsgesellschafter- oder sogar Mehrheitsgesellschaftergeschäftsführer ausgegangen wer-

-
- 332 *Schneider/Sethe* in Scholz GmbHG, 10. Auflage, § 35 Rn. 176; differenziert: *Henssler* in RdA 1992, 289 (294): Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnisse bei der Gesamtwürdigung der Stellung zumindest mitzuberücksichtigen; a.A. *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 133 ff.: bei den Weisungen könne nicht zwischen den Ebenen der Bestellung und der Anstellung getrennt werden.
- 333 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 94; *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 95; *Haase* in GmbHR 2007, 821 (822); *Lücke* in NJOZ 2009, 3469 (3475).
- 334 Ausdrücklich nur bei *Haase* in GmbHR 2007, 821 (822); a.A. *Henssler* in RdA 1992, 289 (293): „Aufgrund der identischen gesetzlichen Interpretationsgrundlage sind die Ergebnisse in beiden Rechtsgebieten aufeinander abzustimmen.“
- 335 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 97: „ohne dass hieraus ein Umkehrschluss gezogen werden kann“; *Henssler* in RdA 1992, 289 (293) und *Lücke* in NJOZ 2009, 3469 (3473); so auch *Wank* in FS Wiedemann, S. 587 (604): Regelung gilt nur bzgl. Reichweite des jeweiligen Gesetzes.
- 336 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 94: „allenfalls in atypischen Konstellationen“; *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 137: „i.d.R. abzulehnen“; *Reufels* in Hümmelich/Reufels, § 2 Rn. 15: „in Ausnahmefällen zumindest denkbar“; *Busch/Schönhöft* in DB 2007, 2650 (2652): „in der Praxis i.d.R. freies Dienstverhältnis“; *Haase* in GmbHR 2007, 821 (822): „i.d.R. immer freies Dienstverhältnis“; *Henssler* in RdA 1992, 289 (291): „typischerweise als freies Dienstverhältnis ausgestaltet“.

den könne, gehen die Ansichten – wenn überhaupt eine Aussage getroffen wird – auseinander.³³⁷

bb) Differenzierte Ansichten

Daneben gibt es einige Stimmen in der Literatur, die nur der grundsätzlichen Vorstellung der BAG-Ansicht, die Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern für rechtlich möglich zu halten, folgen, in den Einzelheiten aber andere Ansätze vertreten.³³⁸

(1) Keine Einzelfallentscheidung

In Abgrenzung zur vorgenannten Ansicht wird beispielsweise vertreten, für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft von Geschäftsführern seien im Interesse der Rechtssicherheit keine Einzelfallentscheidungen vorzunehmen.³³⁹

Stattdessen untersucht der Autor den Status der Geschäftsführer anhand einzelner Fallgruppen und kommt letztlich zu dem Ergebnis, dass alle Fremdgeschäftsführer von nicht mitbestimmten Gesellschaften mit beschränkter Haftung Arbeitnehmer dergleichen seien.³⁴⁰ Dies ergebe sich daraus, dass beim abhängigen Geschäftsführer stets alle Merkmale einer Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen seien. Der Fremdgeschäftsführer sei schließlich immer in eine fremde Arbeitsor-

337 Oetker in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 94, 97: Nur Fremdgeschäftsführer, ansonsten entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Normen wegen vergleichbarer sozialer Schutzwürdigkeit auch bei Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer möglich; Schneider/Sethe in Scholz GmbHG, 10. Aufl., § 35 Rn. 175: beim Minderheitsgesellschafter- und Fremdgeschäftsführer; Busch/Schönhöft in DB 2007, 2650 (2652): sprechen nur vom Fremdgeschäftsführer; Henssler in RdA 1992, 289 (291): nicht bei Mehrheits- und Minderheitsbeteiligung mit Sperrminorität; Kamanabrou in DB 2002, 146 (147): Einzelfallentscheidung, entscheidend ist Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Einflussmöglichkeiten; Namendorf, S. 107 f.: immer Einzelfallentscheidung.

338 Abzulehnende Mindermeinung von Schrader/Schubert in BB 2007, 1617 (1619): Zur Vermeidung von Missbrauchsfällen sei Arbeitsverhältnis dann anzunehmen, wenn Geschäftsführer so viele Weisungen erhalte, dass seine Funktion auf reines Ausführungsorgan zurückgehe.

339 Brachert, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 180, 237.

340 Brachert, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 173.

ganisation eingegliedert, da er, zuständig für das Tagesgeschäft, keine eigene Organisationsgewalt besitze. Durch das umfassende Direktionsrecht der Gesellschafterversammlung bestünde zudem kein rechtlich abgesicherter eigener Entscheidungsspielraum, was praktisch den Gesellschaftern die Unternehmerpersönlichkeit zuschreibe. Die Tätigkeit als Geschäftsführer habe, aufgrund ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, zwangsläufig im Rahmen einer Betriebsorganisation zu erfolgen. Die Arbeit des Geschäftsführers sei aufgrund dieser Bindung wertungsmäßig immer fremdbestimmt.³⁴¹

Hingegen sollen sämtliche Organmitglieder, welche über eine Beteiligung an der anstellenden Gesellschaft von über 50 % verfügen, keine Arbeitnehmer sein.³⁴² Diese pauschale Grenzziehung sei im Interesse der Rechtssicherheit, der Handhabbarkeit der Rechtsordnung und im Hinblick auf den Gleichheitssatz erforderlich.³⁴³ Die Kapitalbeteiligung stehe einer sozialen Schutzbedürftigkeit entgegen und schließe die Arbeitnehmereigenschaft im Hinblick auf den Normzweck arbeitsrechtlicher Gesetze aus.³⁴⁴

(2) Vorrang des Gesellschaftsrechts

Unter den Autoren, die davon ausgehen, dass GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich Arbeitnehmer der GmbH sein können, gibt es einige, die von einem Vorrang des Gesellschaftsrechts ausgehen, der sich auf die Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Normen auswirke.³⁴⁵

Ob GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer sein können bzw. ob Arbeitsrecht Anwendung finden kann, ist für *Wank* schlicht eine Frage der Rechtsgebietenkonkurrenz. Bestimmte gesetzliche Regelungen – beispielsweise § 14 Abs. 1 S. 1 KSchG – und die Rechtsdogmatik sprechen, seiner Ansicht nach, für einen grundsätzlichen Vorrang der Or-

341 *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 161 f.

342 *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 182.

343 *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 179.

344 *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 178.

345 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 437 ff.; *Wank* in FS Wiedemann, S. 587 ff.; einschränkend: *Henssler RdA* 1992, 289 (292 ff.); *Namendorf*, Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern, S. 133 ff.: Für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs bestimmter arbeitsrechtlicher Normen bei entgegenstehenden Organpflichten.

ganstellung. Soweit erforderlich, grenzen zwingende gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten den Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts ein³⁴⁶, ohne jedoch grundsätzlich die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft auszuschließen. Denn entgegen der herrschenden Meinung könne der GmbH-Geschäftsführer – mit Ausnahme des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers³⁴⁷ – Arbeitnehmer sein.³⁴⁸

Beispielsweise hält *Wank* das Entgeltfortzahlungsgesetz und das Bundesurlaubsgesetz, mangels einer Kollision mit dem Gesellschaftsrecht, für anwendbar³⁴⁹, während er bei der Anwendung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zwischen unternehmerischen und anderen Tätigkeiten differenzieren will.³⁵⁰ Ebenso problematisch seien Ansprüche aus betrieblicher Übung, wenn der Geschäftsführer diese durch sein eigenes Verhalten begründet hat. Ansonsten sei aber die Anspruchsberechtigung nicht ausgeschlossen.³⁵¹

Gleichermaßen geht *Martens* davon aus, dass der Anstellungsvertrag als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann, soweit im Ausnahmefall durch diesen eine allgemeine Verfügbarkeit der Gesellschaft über die Arbeitskraft des Organmitglieds begründet werde.³⁵² Den Vorrang des Organverhältnisses im Konfliktfall³⁵³ begründet *Martens* mit der gesellschaftsrechtlichen Satzungsautonomie, welche den Gesellschaftern die Regelungskompetenz über den Tätigkeitsbereich der Geschäftsführung und damit alle für das Organverhältnis relevanten Regelungen einräume. Das Anstellungsverhältnis sei hingegen bloß „allgemeine Rahmenbedingung“ für diese Tätigkeit und an die Organisation gekoppelt.³⁵⁴

Martens hält Arbeitnehmerschutz insoweit für anwendbar, wie keine „Funktionsstörungen des organrechtlichen Kompetenzbereichs“

346 *Wank* in FS Wiedemann, S. 593 f.

347 *Wank* in FS Wiedemann, S. 614.

348 Ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten der BGH-Ansicht: *Wank* in FS Wiedemann, S. 595 ff.

349 *Wank* in FS Wiedemann, S. 609 f.

350 *Wank* in FS Wiedemann, S. 611.

351 *Wank* in FS Wiedemann, S. 610.

352 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 444 f.

353 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 443.

354 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 442 f.

drohen.³⁵⁵ Daraus folgert er beispielsweise – im Gegensatz zu *Wank* –, dass arbeitszeitrechtliche Regelungen, wie das Bundesurlaubsgesetz, gegebenenfalls, aufgrund des Erfordernisses ordnungsgemäßer Geschäftsführung, modifiziert werden müssten. Arbeitsrechtliche Ansprüche finanzieller Art könnten indessen der Organstellung nie entgegenstehen und müssten daher nicht eingeschränkt werden.³⁵⁶

Damit stimmen *Wank* und *Martens* in ihren grundsätzlichen Aussagen überein. Bei der Auswirkung auf die konkrete Anwendbarkeit der einzelnen arbeitsrechtlichen Normen gehen ihre Ansichten hingegen auseinander.

(3) Schlussfolgerungen aus der Verbraucher-Rechtsprechung des BAG

(a) Ansicht *Wank*

Nur scheinbar liefert *Wank* in seiner Besprechung des BAG-Urteils zum Geschäftsführeranstellungsvertrag als Verbrauchervertrag³⁵⁷ einen neuen Ansatz zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern.

Das BAG hatte entschieden, dass jedenfalls der GmbH-Geschäftsführer, der nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest ein Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht ausüben kann, bei Abschluss seines Anstellungsvertrages mit der Gesellschaft als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB handele. Die Geschäftsführung einer GmbH sei schließlich keine selbständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit, weil der Geschäftsführer diese im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft ausübe und im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter unterliege. Was für die Tätigkeit als Geschäftsführer gelte, habe erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrages zu gelten.³⁵⁸

Nach Ansicht *Wanks* ergebe sich aus der Einordnung des Fremdgeschäftsführers als Verbraucher zwingend auch seine Qualifizierung

355 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 450.

356 *Martens* in FS Hilger/Stumpf, S. 451.

357 BAG 19.05.2010 - 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939.

358 Zu allem: BAG 19.05.2010 - 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939, unter II. 2. a) aa) (2).

als Arbeitnehmer der Gesellschaft.³⁵⁹ Aus der Systematik und Teleologie ergeben sich die gleichen Kriterien zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen im Arbeitsrecht sowie Verbrauchern und Unternehmern im Verbraucherschutzrecht. Schließlich handele es sich bei beiden Rechtsgebieten um Schutzsysteme zugunsten Schwächerer, die auf der Gegenüberstellung einer schwachen und einer starken Partei beruhen. Weiterhin stellt *Wank* die These auf, der Arbeitgeber fungiere im Arbeitsrecht als Unternehmer. *Wank* folgert eine Kongruenz der Begriffe Unternehmer und Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Verbraucher.³⁶⁰

Aus den Aussagen des BAG zur Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbständig, für welche, neben der weitestgehenden Freiheit von Weisungen, die Ausübung der Tätigkeit im eigenen Namen, auf eigene Rechnung maßgeblich sein solle, so dass das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit unmittelbar selbst getragen werde, will *Wank* eine allgemeine Definition des Selbständigen erblicken. Aufgrund der Kongruenz sollen diese Merkmale auch bei der Abgrenzung der Arbeitnehmer von den Selbständigen gelten.³⁶¹

Letztlich sieht *Wank* in der betreffenden Entscheidung des BAG also eine Bestätigung seiner Definition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs, nach welcher, in Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit, zwingend auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abzustellen sei.³⁶²

Wenn nun das BAG den Fremdgeschäftsführer aufgrund seiner beruflichen Unselbständigkeit als Verbraucher einordne, so habe diese berufliche Unselbständigkeit, nach der Ansicht *Wanks*, ebenfalls die Einordnung als Arbeitnehmer der GmbH zur Folge.³⁶³

(b) Kritik an den Schlussfolgerungen

Aus den Aussagen des BAG im Rahmen des Anwendungsbereichs von §§ 13, 14 BGB über die maßgeblichen Merkmale für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbständig zwingende Schlussfolgerun-

359 *Wank* in RdA 2011, 178.

360 *Wank* in RdA 2011, 178 (178 f.).

361 *Wank* in RdA 2011, 178 (179).

362 *Wank* in RdA 2011, 178 (179).

363 *Wank* in RdA 2011, 178 (180).

gen für die Arbeitnehmerdefinition ziehen zu wollen, kann nicht richtig sein.³⁶⁴

Das betreffende Urteil des BAG liefert daher auch keine neuen Argumente hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern.

Abgesehen von der Frage, ob der Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers grundsätzlich als Arbeitsverhältnis eingeordnet werden kann und abgesehen davon, welcher Arbeitnehmerbegriff hierbei zugrunde zu legen ist, ist jedenfalls seine Qualifikation als Verbraucher hiervon gänzlich unabhängig.

Den beiden Schutzsystemen, Arbeitsrecht und Verbraucherschutzrecht, liegt bereits nicht der gleiche Schutzzweck zugrunde. Wie es sich aus dem Wortlaut des § 13 BGB ergibt, muss der Verbraucher ein Rechtsgeschäft zu einem privaten Zweck abschließen. Das Verbraucherschutzrecht will den Privatmann beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit den regelmäßig, in vielfacher Hinsicht, überlegenen Unternehmern schützen.³⁶⁵ Der Schutzzweck des Verbraucherschutzrechts ist daher sehr weit gefasst. Was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Verbrauchervertrag gerade nicht an einen bestimmten Vertragsinhalt gebunden ist, sondern nur die besonderen Eigenschaften der Vertragsparteien nach §§ 13, 14 BGB verlangt. Alleine der Umstand des Vertragsabschlusses als Privatperson beschert dem Verbraucher verschiedene gesetzliche Schutzmechanismen.

Hintergrund des Arbeitsrechts ist ebenfalls ein Ausgleich einer tatsächlich bestehenden „Imparität“ zwischen den Vertragsparteien.³⁶⁶ Durch das Arbeitsrecht soll aber nicht die Unerfahrenheit und Unwissenheit des potentiellen Arbeitnehmers im Rechtsverkehr ausgeglichen werden, sondern vielmehr die – aufgrund der „Besonderheiten der arbeitsteiligen Organisation“ – entstehenden sozialen Abhängigkeiten;³⁶⁷ also der Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dauerhaft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt und auf eine eigene Verwertung verzichtet.

364 Soweit ersichtlich hat dieser Ansatz bisher keine Anhänger gefunden.

365 *Bamberger* in BeckOK BGB, § 13 vor Rn. 1.

366 *Richardi* in MüHdB ArbR, § 3 Rn. 30.

367 *Richardi* in MüHdB ArbR, § 3 Rn. 1.

Der Arbeitnehmer ist bei Abschluss seines Arbeitsvertrages gleichzeitig als Verbraucher anzusehen³⁶⁸, weil er, aufgrund der besonderen Umstände bei Abschluss dieses Vertrages, ebenso als schutzwürdig im Sinne des Verbraucherschutzes anzusehen ist. Nicht jedoch, weil es sich um die gleichen Schutzzwecke handelt.

Ebenso, wie aus der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern keine zwingenden Rückschlüsse auf die Arbeitnehmereigenschaft gezogen werden können,³⁶⁹ ist dies bei seiner Einordnung als Verbraucher der Fall.

Des Weiteren ist entgegen der Ansicht *Wanks* nicht jeder Arbeitgeber zugleich ein Unternehmer. Es gibt Arbeitgeber, die bei Abschluss eines Arbeitsvertrages weder gewerblich, noch beruflich selbstständig tätig sind. Dies ist beispielsweise bei der Beschäftigung von Hausangestellten in privaten Haushalten der Fall.³⁷⁰ Eine Kongruenz der Gegensatzpaare Verbraucher/Unternehmer und Arbeitnehmer/Arbeitgeber scheidet bereits deshalb aus.

Die Heranziehung unterschiedlicher Kriterien bei der Abgrenzung des beruflich Selbständigen im Rahmen des Verbraucherschutzes und im Rahmen des Arbeitsrechts ist folglich nicht widersprüchlich. Das BAG muss seine Definition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs nicht aufgrund seiner Rechtsprechung zur Verbrauchereigenschaft anpassen.

3. Stellungnahme

Meines Erachtens ist die Auffassung des BAG insoweit überzeugend, wie die Einordnung des Geschäftsführeranstellungsvertrages als Arbeitsvertrag für grundsätzlich möglich gehalten wird.

368 BAG 25.05.2005 - 5 AZR 572/04, NJW 2005, 330, unter V. 1.: Arbeitsvertrag ist Verbrauchervertrag.

369 *Thüsing* in H/W/K ArbR, Vor § 611 BGB Rn. 19.

370 So auch *Boemke/Ulrici* in Däubler ArbR, § 310 Rn. 6; *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 182; *Reufels* in Hümmerich/Reufels, § 1 Rn. 224.

a) Keine Sperrwirkung der Organstellung

Der Gegenansicht gelingt es nicht überzeugend darzulegen, weswegen alleine die Organstellung des Geschäftsführers und seine damit verbundenen Funktionen, die rechtliche Einordnung eines hiervon zu trennenden schuldrechtlichen Vertrages zu verändern vermag. Es gilt, die allgemein anerkannte Trennung von Organstellung und schuldrechtlichem Rechtsverhältnis konsequent einzuhalten. Dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Gesellschaftsrecht dem Arbeitsrecht in der Weise vorgehen soll, dass es seine komplette Anwendbarkeit von vorneherein ausschließt, ist nichts ersichtlich.³⁷¹ Im GmbHG finden sich hierzu jedenfalls keine Aussagen. Auch der BGH und die Anhänger seiner Ansicht erkennen sehr wohl selbst, dass die analoge Anwendung einzelner arbeitsrechtlicher Normen bzw. die vertragliche Vereinbarung ihrer Geltung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft nicht entgegensteht. Weshalb sollte es dann, aufgrund der Organstellung und der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, gerechtfertigt sein, die Einordnung des Anstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis von vorneherein auszuschließen? Vielmehr kommt, aufgrund möglicher Interessenskonflikten und zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft, nur die Einschränkung der Anwendbarkeit einzelner arbeitsrechtlicher Regelungen in Betracht. Diese Einschränkungen sind letztlich nur eine Frage des Geltungsbereichs der betreffenden Normen. Vielfach hat der Gesetzgeber diesen bereits ausdrücklich festgelegt. Die rechtliche Einordnung des Vertrages bleibt davon unberührt.

Die formale Betrachtungsweise des BGH und der ihm folgenden Literatur mag der Rechtssicherheit dienen, sie ist aber mit dem Gesetz nicht begründbar.

b) Subsumtion unter Kriterien des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs im Einzelfall

Wenn nun aber das Gesellschaftsrecht die rechtliche Qualifizierung des Anstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis nicht grundsätzlich

³⁷¹ Vgl. hierzu eingehend: *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 73 ff., 81 ff.

sperrt, so haben hierfür konsequenterweise die Kriterien des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffes zu gelten. Wie bereits festgestellt, ist die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag nicht durch die Vertragsparteien frei bestimmbar, sondern richtet sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung.³⁷²

Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers lässt sich also nur durch Begutachtung der speziellen Ausgestaltung seines Anstellungsvertrages im Einzelfall klären. Nach der maßgeblichen Arbeitnehmerdefinition der herrschenden Meinung kommt es entscheidend auf seine persönliche Abhängigkeit an; nämlich darauf, ob dem Geschäftsführer arbeitsrechtliche Weisungen erteilt werden und er aufgrund dieser in den fremden Betrieb eingegliedert ist.

c) Fremdheit des Betriebes

Wer dabei die Fremdheit des Betriebes der GmbH für ihren Geschäftsführer bezweifelt³⁷³, hat diese Gesellschaftsform nicht verstanden. Die GmbH ist gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG juristische Person und damit ein eigenes Rechtssubjekt. Sie bedarf für ihre Handlungsfähigkeit bestimmter Organe, wie den Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Organe der Gesellschaft sind ihre Vertreter, aber niemals die Gesellschaft selbst. Der Betrieb eines Unternehmens in der Gesellschaftsform einer GmbH ist damit zwingend immer der Betrieb dieser Gesellschaft als eigene Rechtspersönlichkeit.

d) Arbeitsrechtliche Weisungen durch die Gesellschafter / Gesellschafterversammlung

Arbeitsrechtliche Weisungen, welche die persönliche Abhängigkeit begründen und das zugrunde liegende Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis qualifizieren, sind gemäß § 106 GewO solche hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Im Einzelfall ist also zu prüfen, ob der Vertragsgegner des Anstellungsvertrages dem Geschäftsführer derartige Weisungen durch die schriftlichen vertraglichen Regelungen

³⁷² Siehe oben: I. 1.

³⁷³ Siehe oben: II. 2. a).

oder außerhalb dieser erteilt. Vertragsgegner des Anstellungsvertrages ist die GmbH.³⁷⁴

Die Vertretung der Gesellschaft bei Abschluss dieser Verträge ist im GmbHG nicht geregelt. Im Übrigen trifft das GmbHG gar keine Regelungen bezüglich des Geschäftsführeranstellungsvertrages. Nach allgemeiner Ansicht wird aber aus der Bestellkompetenz, die im Regelfall gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG den Gesellschaftern obliegt, eine Annexkompetenz für den Abschluss, die Kündigung und Änderung des Anstellungsvertrages hergeleitet.³⁷⁵ Im Regelfall sind also die Gesellschafter bzw. die Gesellschafterversammlung (§§ 47, 48 GmbHG) für die Ausübung arbeitsrechtlicher Weisungen zuständig.

Wie das BAG richtig ausführt, sind Weisungen der Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 GmbHG hingegen keine arbeitsrechtlichen Weisungen. Diese Weisungen haben deshalb auch keinen Einfluss auf die rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages. Vielmehr gestalten sie die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers inhaltlich. Mit der herrschenden Trennungstheorie ist es nicht vereinbar, aus der rechtlichen Möglichkeit der Erteilung von Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG, die Erteilung von Weisungen auf der Grundlage des schuldrechtlichen Verhältnisses auszuschließen.

Die Abgrenzung zwischen gesellschaftsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Weisungen gestaltet sich in der Praxis sicherlich schwierig. Die Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 GmbHG ist weitreichend. So können grundsätzlich Weisungen beliebigen Inhalts hinsichtlich sämtlicher Angelegenheiten der (laufenden) Geschäftsführung erteilt werden.³⁷⁶ Die Grenze zwischen gesellschaftsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Weisungen ist daher fließend.³⁷⁷ Damit lässt sich aber nicht der grundsätzliche Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft begründen. Vielmehr handelt es sich um ein typisches Problem bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung. Bekanntlich ge-

374 Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 251.

375 Hierzu eingehend: *Lieder* in NZG 2015, 569.

376 Siehe nur: *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG, § 37 Rn. 14.

377 Hierzu näher: *Namendorf*, Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern, S. 88 f.

währen auch Dienstverträge mit Selbständigen gewisse Weisungsrechte, entscheidend ist der „Grad des Weisungsrechts“.³⁷⁸

e) Gesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss

Daraus folgt im Übrigen, dass ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer sowie ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, der nach der konkreten Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages maßgeblich die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung beeinflussen kann, nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein kann. Wer maßgeblich die an sich selbst erteilten Weisungen mitbestimmt, kann nicht persönlich abhängig sein. Insoweit ist von einer ansonsten streng formalen Betrachtungsweise abzuweichen.

f) Wünschenswerte Einzelfallgerechtigkeit

Die Ansicht des BAG führt zwar zu den bekannten Unsicherheiten bei der konkreten Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft, sie ermöglicht im Gegenzug aber eine wünschenswerte Einzelfallgerechtigkeit. Gerade die Rechtsform der GmbH hat angesichts der umfassenden Gestaltungsfreiheit, die das teilweise dispositive GmbHG bietet³⁷⁹, in der Rechtstatsächlichkeit sehr unterschiedliche Ausgestaltung erfahren. Diese reicht von GmbHs mit einem einzigen Gesellschafter, der zugleich als Gesellschafter-Geschäftsführer die Leitungsmacht innehat, bis hin zu GmbHs mit Hunderten Fremdgeschäftsführern, die jeweils nur für einen bestimmten Bereich zuständig sind. Aufgrund dessen ist auch ein pauschaler Lösungsansatz nicht denkbar.³⁸⁰

g) BAG überschreitet Beurteilungsfähigkeit

Wenn das BAG nun regelmäßig feststellt, dass die Qualifizierung eines Geschäftsführeranstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis nur im Aus-

378 Siehe nur: *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 64.

379 *Liebscher* in MüKo GmbHG, § 45 Rn. 50.

380 Vgl. *Henssler* in RdA 1992, 289 (290): „inhomogene Gruppe“.

nahmefall anzunehmen ist³⁸¹, überschreitet es seine Beurteilungsfähigkeit. Es geht hierbei letztlich um die Frage, ob ein Sachverhalt mit einer bestimmten Rechtsfolge regelmäßig oder nur in Ausnahmefällen vorliegt. Deshalb handelt es sich gerade nicht um eine durch Gerichte zu klärende Rechtsfrage, sondern um die Frage nach der Rechtstatsächlichkeit. Diese lässt sich nur durch Untersuchung der Ausgestaltung der Geschäftsführeranstellungsverträge in der Praxis klären. Das BAG kann hierzu lediglich Vermutungen anstellen.

Davon abgesehen ist die Ansicht des BAG überzeugend.

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Auffassungen des BGH und des BAG in der Frage der rechtlichen Qualifizierung des Geschäftsführeranstellungsvertrages grundsätzlich widersprechen. Dennoch ist es bisher nicht zu einer Vorlage dieser Rechtsfrage beim Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe gekommen.³⁸² Tatsächlich hat das BAG nämlich noch in keinem Fall den Anstellungsvertrag zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer als Arbeitsvertrag eingeordnet, weswegen diese Frage bisher nie entscheidungserheblich geworden ist.

Davon abgesehen, kann aber die Ansicht, welche dem Geschäftsführer die Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich verwehrt, wegen der entgegenstehenden Auffassung des BAG nicht mehr als „herrschende Meinung“ bezeichnet werden.³⁸³ Auch die Bezeichnung als „herrschende Meinung in der Literatur“³⁸⁴ ist aufgrund des vielfachen Widerspruchs zweifelhaft.³⁸⁵ Erwartungsgemäß folgt vor allem die gesellschaftsrechtliche Kommentarliteratur der Ansicht des BGH. Wo-

381 Beispielsweise: BAG 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, BAGE 116, 254, unter B. 1. c) bb): „allenfalls in extremen Ausnahmefällen“; BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839; „nur ausnahmsweise im Einzelfall“.

382 Das Verfahren richtet sich nach §§ 10 ff. RsprEinhG.

383 So aber beispielsweise: *Reufels* in Hümmerich/Reufels, § 2 Rn. 15; *Holthausen/Steinkraus* in NZA-RR 2002, 281 (282).

384 So aber beispielsweise: *Kamanabrou* in DB 2002, 146.

385 Bereits: *Diller*, *Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer*, S. 53.

hingegen die Anhänger der BAG-Ansicht eine eher inhomogene Gruppe sind.

Es bleibt festzuhalten: In Rechtsprechung und Literatur ist weiterhin umstritten, ob der der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH nach nationalem Recht als Arbeitsverhältnis eingeordnet werden kann.

Die Frage, welcher Rechtsweg bei einer Rechtsstreitigkeit zwischen GmbH und Geschäftsführer beschritten wird, hat somit – unter Umständen – auch einen Einfluss auf die materiell-rechtliche Einordnung des GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer der GmbH.

Dritter Teil: Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH unter dem Einfluss des Unionsrechts?

Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern in dem Rechtsverhältnis zur GmbH wurde bisher nur im Hinblick auf das deutsche Recht und unter Außerachtlassung eines möglichen Einflusses des Unionsrechts³⁸⁶ begutachtet.

Zur Erreichung der Ziele der Europäischen Union (heute vor allem in Art. 3 EUV genannt) wird unter anderem die Angleichung bzw. Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen vorangetrieben, wofür zwangsläufig gestaltende Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen erforderlich sind.³⁸⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich eigentlich immer die Frage nach dem Einfluss des Unionsrechts auf ein bestimmtes Rechtsgebiet und zu einer bestimmten Rechtsfrage.

I. Vorbemerkungen zum Unionsrecht

1. Allgemeines

Die Europäische Union ist in einem sachlich begrenzten Anwendungsbereich zur Schaffung einer eigenen Rechtsordnung ermächtigt. Das Unionsrecht ist damit weder als Völkerrecht, noch als nationales Recht

386 Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 trat gemäß Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, die Europäische Union. Das Recht der EU muss nunmehr statt als „Gemeinschaftsrecht“ als „Unionsrecht“ bezeichnet werden, vgl. *Müller-Glöge* in MüKo BGB, § 611 Rn. 261.

387 Zur Angleichung der Rechtsordnungen ausführlich: *Haag* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 14 Rn. 1 ff.

einzuordnen. Das Bundesverfassungsgericht spricht über die Rechtsnatur der Europäischen Union als einer „von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten deutlich geschiedenen supranationalen öffentlichen Gewalt“. Dabei sei die Gemeinschaft³⁸⁸ selbst kein Staat oder Bundesstaat, sondern „eine im Prozess fortschreitender Integration³⁸⁹ stehende Gemeinschaft eigener Art“, auf welche die Mitgliedstaaten bestimmte Hoheitsrechte übertragen haben. Die verfassungsrechtliche Grundlage für diese Übertragung findet sich im deutschen Recht in Art. 23 GG wieder. Das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus, dass das Gemeinschaftsrecht eine selbständige, von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu unterscheidende Rechtsordnung sei.³⁹⁰

Das Unionsrecht ist aufgeteilt in primäres und sekundäres Recht. Das primäre Unionsrecht, welches auch als „Verfassungsrecht“ der Europäischen Union bezeichnet wird, besteht aus dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), einschließlich Anhängen, Zusatzprotokollen und -vereinbarungen. Außerdem ist, gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV, die Charta der Grundrechte mittlerweile ein gleichrangiger Teil des primären Unionsrechts geworden. Darüber hinaus werden ungeschriebene Rechtssätze zum primären Unionsrecht gezählt. So finden in den Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 340 Abs. 2, 3 AEUV allgemeine Grundsätze bzw. Rechtsgrundsätze Erwähnung, welche sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben bzw. den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein sind. Diese allgemeinen Grundsätze werden vor allem bei der Auslegung des Unionsrechts fruchtbar gemacht und zur Schließung von Regelungslücken herangezogen. Eine eher untergeordnete Rolle spielt das Gewohnheitsrecht. Das Primärrecht ist die zentrale Rechtsquelle des Unionsrechts.

388 Jetzt als „Union“ zu bezeichnen, siehe Fn. 386.

389 Im Übrigen lässt auch der Wortlaut der Präambel des EUV darauf schließen, dass diese Integration immer noch nicht abgeschlossen ist. Dort heißt es: die Mitgliedstaaten seien entschlossen „den mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eingeleiteten Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe zu heben“.

390 Zu allem: BVerfG 18.10.1967 - 1 BvR 248/63, 1 BvR 216/67, BVerfGE 22, 293, unter II. 2. c).

Es bestimmt vor allem über die Funktionsweise der Europäischen Union.³⁹¹

Neben seiner konstituierenden Funktion dient das Primärrecht auch als „Grundlage, Rahmen und Grenze“³⁹² des sekundären Unionsrechts. Nach dem in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV niedergelegten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, darf die Union nur tätig werden, soweit ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen die Zuständigkeit übertragen worden ist. Außerdem gilt der Subsidiaritätsgrundsatz.³⁹³ Nach diesem Grundsatz darf die Europäische Union eine bestehende Zuständigkeit nur nutzen, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können und wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind (Art. 5 Abs. 3 EUV).

Die wichtigsten Handlungsformen der Unionsorgane zur Setzung sekundären Unionsrechts ergeben sich aus Art. 288 AEUV. Es wird zwischen Verordnungen, Richtlinien, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen getrennt, die sich jeweils hinsichtlich Adressaten und Rechtswirkung unterscheiden.

Das Unionsrecht genießt im Verhältnis zu den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten grundsätzlich Vorrang. Die Verträge (EUV und AEUV) enthalten hierzu zwar keine ausdrückliche Aussage. Der EuGH hat diesen Grundsatz aber, vor dem Hintergrund der Schaffung einer eigenständigen Rechtsordnung, entwickelt.³⁹⁴ Die praktische Wirkung dieser Rechtsordnung sei, seiner Ansicht nach, beeinträchtigt, wenn die Geltungskraft des Vertrages und der zu seiner Anwendung getroffenen Maßnahmen von Staat zu Staat aufgrund nationaler Rechtsakte verschieden seien. Dies würde dem Wesen dieser Rechtsordnung widersprechen.³⁹⁵ Dass dieser Grundsatz auch dem

391 Zu allem: *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 288 AEUV Rn. 26 ff.; *Haag* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 6 Rn. 8 ff.; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 25 f.

392 So ausdrücklich: EuGH 05.10.1978 - 26/78, Slg 1978, 1771, Rn. 9.

393 *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 2 Rn. 51.

394 Grundlegend: EuGH 15.07.1964 „Costa/Enel“- C-6/64, NJW 1964, 2371.

395 EuGH 13.02.1969 „Farbenhersteller“- 14/68, Slg 15, 1, Rn. 6.

Willen der Vertragsparteien – also der Mitgliedstaaten – entspricht, ist den Erklärungen zum Vertrag von Lissabon zu entnehmen.³⁹⁶

Der Vorrang des Unionsrechts gilt im Übrigen auch gegenüber dem zeitlich später entstandenen nationalen Recht.³⁹⁷

Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dieser Vorrang uneingeschränkt; also auch gegenüber den nationalen Verfassungen.³⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht erkennt diesen Vorrang nur unter bestimmten Voraussetzungen an. Dabei sei es mit dem verfassungsrechtlichen Ziel der Mitwirkung Deutschlands an der Verwirklichung eines vereinten Europas (Präambel des GG, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) vereinbar, wenn, ausnahmsweise und unter besonderen und engen Voraussetzungen, Recht der Europäischen Union für in Deutschland nicht anwendbar erklärt werde.³⁹⁹

2. Das Unionsarbeitsrecht

Unter Unionsarbeitsrecht oder auch Europäischen Arbeitsrecht werden im Allgemeinen alle Normen des Primär- und Sekundärrechts verstanden, welche einen arbeitsrechtlichen Bezug aufweisen, weil sie beispielsweise Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern regeln oder kollektivrechtliche Aussagen treffen.⁴⁰⁰ Die Europäische Union hat mit ihrer arbeitsrechtlichen Rechtssetzung vor allem den sozialen Arbeitnehmerschutz im Blick. Beispielsweise sind in

396 Erklärungen zur Schlussakte der Regierungskonferenz, Nr. 17 Erklärung zum Vorrang, ABl. 2008 C 115/344.

397 EuGH 09.03.1978 „Simmenthal“ - 106/77, Slg 1978, 629 (Leitsatz): „daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.“

398 EuGH 17.12.1970 „Internationale Handelsgesellschaft“ - 11/70, NJW 1970, 343.

399 BVerfGE 20.06.2009 „Lissabon“ - 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, unter C. II. 1. b) aa) (4) (a); Wichtige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei der Entwicklung dieser Voraussetzungen: BVerfG 29.05.1974 „Solange“ - 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271; BVerfG 22.10.1986 „Solange II“ - 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339; BVerfG 12.10.1993 „Maastricht“ - 2 BvR 2134/92, BVerfGE 89, 155; BVerfG 07.06.2000 „Bananenmarkt“ - 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147; BVerfG 06.07.2010 „Mangold/Honeywell“ - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286.

400 Vgl. *Schubert* in Däubler ArbR, Art. 45, 153, 157, 267 AEUV Rn. 3; *Thüsing*, Eu-röparisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 4.

Art. 151 Abs. 1 AEUV die Förderung der Beschäftigung und die Verbesserung und Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen als Ziele genannt. Hierbei sollen vor allem Mindeststandards festgelegt werden. Daneben werden aber auch ökonomische bzw. wettbewerbspolitische Ziele zur Stärkung des europäischen Binnenmarktes, als eines der Hauptanliegen der Europäischen Union (Art. 3 EUV), verfolgt. Die arbeitsrechtlichen Regelungen dienen hierbei als Wettbewerbsfaktor.⁴⁰¹

Nach dem Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 AEUV) bedarf die Europäische Union – wie bereits festgestellt – zur Rechtssetzung stets einer primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage. Als Einzelermächtigung mit einem arbeitsrechtlichen Bezug ist unter anderen Art. 19 Abs. 1 AEUV zu nennen, welcher, zur Bekämpfung von Diskriminierung aus den abschließend benannten Gründen⁴⁰², zu geeigneten Vorkehrungen ermächtigt.⁴⁰³ Dabei muss die Diskriminierung aber nicht zwangsläufig einen arbeitsrechtlichen Bezug aufweisen, sondern gilt für das ganze Recht.⁴⁰⁴ Des Weiteren ermächtigt beispielsweise Art. 46 AEUV zu Maßnahmen zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV. Dabei sind die möglichen Maßnahmen hinsichtlich des formalen Rechtssetzungsmittels auf Richtlinien und Verordnungen beschränkt. Als die wichtigste und zentrale Kompetenznorm gilt aber Art. 153 AEUV.⁴⁰⁵ Die Vorschrift enthält in Art. 153 Abs. 1 lit. a - k AEUV einen ganzen Kompetenzkatalog.⁴⁰⁶ Durch die Regelung in Art. 153 Abs. 5 AEUV werden hingegen bestimmte Bereiche von der Zuständigkeit der Europäischen

401 Zu den Funktionen des Europäischen Arbeitsrechts: *Schubert* in Däubler ArbR, Art. 45, 153, 157, 267 AEUV Rn. 5 ff.

402 Zum abschließenden Charakter der Aufzählung: EuGH 11.07.2006 „Chacon Navas“ - C-13/05, Slg 2006, I-6467-6508, Rn. 56.

403 Wie es sich aus den jeweiligen Gesetzesmaterialien ergibt, sind die Richtlinien RL 2000/43/EG (ABl. 2000 L 180/22 ff.), RL 2000/78/EG (ABl. 2000 L 303/16 ff.) und RL 2004/113/EG (ABl. 2004 L 373/37 ff.) auf dieser Grundlage (bzw. der Vorgängernorm Art. 13 EG-Vertrag) ergangen.

404 *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 52.

405 *Benecke* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 153 AEUV Rn. 1; *Sagan* in Preis/Sagan Europäisches ArbR, § 1 Rn. 52; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 56.

406 Wie es sich aus den jeweiligen Gesetzesmaterialien ergibt, sind u.a. die Richtlinien RL 2003/88/EG (ABl. 2003 L 299/9 ff.), RL 2008/94/EG (ABl. 2008 L

Union ausdrücklich ausgenommen. Daneben ist noch die Rechtssetzungsmächtigung in Art. 157 Abs. 3 AEUV zu nennen, nach welcher Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, möglich sind. Hiervon sollen auch sekundärrechtliche Regelungen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, namentlich Teilzeitarbeit, Elternzeit und entsprechende Regelungen zur sozialen Sicherheit erfasst sein.⁴⁰⁷ Weitere allgemeine Rechtsgrundlagen, die auch zu arbeitsrechtlicher Rechtssetzung ermächtigen, finden sich in den Art. 115, 352 AEUV, wobei die durch Art. 352 AEUV zugewiesene Kompetenz, nach allgemeiner Ansicht, als subsidiär gilt.⁴⁰⁸

Bereits dieser kleine Ausschnitt zeigt, dass sich die Zuständigkeit der Europäischen Union in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten aus den unterschiedlichsten primärrechtlichen Regelungen ergibt, welche unabhängig voneinander an verschiedenen Stellen im AEUV geregelt sind. Daneben ist stets der Grundsatz der subsidiären Zuständigkeit der Europäischen Union bei der Gesetzgebung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 1 EUV) zu beachten. Im Ergebnis hat sich ein unvollkommenes, uneinheitliches und lückenhaft geregeltes Unionsarbeitsrecht herausgebildet.⁴⁰⁹

3. Zur Rolle des EuGH bei der Auslegung von Unionsrecht

Die Auslegung europäischer Rechtsakte wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bestimmt. Durch die Regelung in Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV kommt die allgemeine Aufgabenzuweisung über die Wahrung des Rechts bei der Auslegung

283/36 ff.) und RL 2008/104/EG (Abl. 2008 L 327/ 9 ff.) auf dieser Grundlage (bzw. der Vorgängernorm Art. 137 EG-Vertrag) ergangen.

407 Langenfeld in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 157 AEUV Rn. 79; Sagan in Preis/Sagan Europäisches ArbR, § 1 Rn. 63.

408 Meinhard/Schröder in von der Groeben/Schwarze/Hatje EuR, Art. 352 AEUV Rn. 14.

409 Vgl. Sagan in Preis/Sagan Europäisches ArbR, § 1 Rn. 45.

und Anwendung der Verträge an den Gerichtshof der Europäischen Union zum Ausdruck.⁴¹⁰

Die konkrete Anwendung des Unionsrechts im Einzelfall und damit auch dessen Auslegung obliegt aber zunächst den nationalen Gerichten. Dies ist mittlerweile auch der Regelung in Art. 19 Abs. 1 EUV zu entnehmen, wenn den Mitgliedstaaten die Pflicht auferlegt wird, erforderliche Rechtsbehelfe zu schaffen, um einen wirksamen Rechtsschutz bei der Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten.⁴¹¹

Eine wichtige Rolle bei der Wahrung der Einheit und Einhaltung des Unionsrechts spielt jedoch das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV (ehemals Art. 234 EG-Vertrag; davor Art. 177 EG-Vertrag) vor dem Gerichtshof der Europäischen Union.⁴¹² Hinter der Formulierung in Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV verbirgt sich die Kontrolle der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts auf mitgliedstaatlicher Ebene.⁴¹³ Dies geschieht in einer Art Zwischenverfahren. Schließlich werden dem EuGH durch die nationalen Gerichte konkrete Fragen über die Auslegung von Unionsrecht vorgelegt, welche im Rahmen eines laufenden Gerichtsverfahrens entscheidungserheblich geworden sind. Dabei entscheidet der EuGH aber nicht über die Vereinbarkeit des Unionsrechts mit dem konkret in Rede stehenden nationalen Recht, sondern nur über die Auslegung bzw. Gültigkeit des betreffenden Unionsrechts.⁴¹⁴ In jedem Falle ist es zudem die Aufgabe der nationalen Gerichte den selbst zu ermittelnden zugrunde liegenden Sachverhalt unter die Tatbestandsvoraussetzungen der unionsrechtlichen Norm – in seiner Auslegung durch den EuGH – zu subsumieren.⁴¹⁵

410 *Epiney* in Bieber/*Epiney*/Haag, Die Europäische Union, § 9 Rn. 5.

411 *Epiney* in Bieber/*Epiney*/Haag, Die Europäische Union, § 9 Rn. 9.

412 Zum Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens (damals noch in Art. 177 EWG-Vertrag geregelt): EuGH 16.01.1974 - 166/73, NJW 1974, 440, Rn. 2 „er soll gewährleisten, daß dieses Recht in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft immer die gleiche Wirkung hat. Auf diese Weise soll er unterschiedliche Auslegungen des Gemeinschaftsrechts verhindern, das die nationalen Gerichte anzuwenden haben.“

413 *Karpenstein* in Grabitz/*Hilf*/Nettesheim EuR, Art. 267 AEUV Rn. 2.

414 *Epiney* in Bieber/*Epiney*/Haag, Die Europäische Union, § 9 Rn. 81, 83.

415 St. Rspr. des EuGH, siehe nur: EuGH 16.09.1999 - C-435/97, Slg 1999, I-5613-5664, Rn. 32 m. w. N.

Der EuGH bezeichnet die Aufgabenteilung mit den nationalen Gerichten bei der Wahrung der ordnungsgemäßen Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts als „Zusammenarbeit“.⁴¹⁶

Zur Rechtswirkung der Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren findet sich keine ausdrückliche Regelung in den Verträgen. Nach ständiger Rechtsprechung bindet das Urteil des EuGH das nationale Gericht bei der Entscheidung des Ausgangsrechtstreits.⁴¹⁷ Es ist also an die entsprechende Auslegung des europäischen Rechtsakts gebunden. Ansonsten hat die Entscheidung eine präjudizielle Wirkung.⁴¹⁸

Dabei ist im Übrigen davon auszugehen, dass die Vorabentscheidung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des jeweils ausgelegten europäischen Rechtsakts zurückwirkt. Der EuGH geht nämlich von einer rein deklaratorischen Natur seiner Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren aus.⁴¹⁹

II. Die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers aus unionsrechtlicher Sicht

1. Der Begriff des Arbeitnehmers im Unionsrecht

Bevor auf die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers aus unionsrechtlicher Sicht eingegangen werden kann, steht zwangsläufig die Frage, wie der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht überhaupt gebraucht wird.

416 EuGH 16.12.1981 „Foglia“ - 244/80, Slg 1981, 3045, Rn. 14; EuGH 06.10.1982 „CILFIT“ - 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 7.

417 EuGH 14.12.2000 „Fazenda Publica“ - C-446/98, Slg 2000, I-11435-11480, Rn. 49 m. w. N.; zur Bindungswirkung, siehe auch: BVerfG 08.04.1987 - 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223.

418 *Epiney* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 9 Rn. 102; hierzu eingehend: *Gaitanides* in von der Groeben/Schwarze/Hatje EuR, Art. 267 Rn. 90 ff.

419 EuGH 12.02.2008 „Kempter“ - C-2/06, Slg 2008, I-411-468, Rn. 35 m. w. N.

a) Verwendung des Begriffs in den verschiedenen Rechtsakten des Primär- und Sekundärrechts

Der Begriff des Arbeitnehmers findet sowohl in den primär-, als auch in den sekundärrechtlichen Vorschriften vielfach Verwendung. Wie im nationalen Recht, fehlt es in den Rechtsakten des Unionsrechts an einer allgemeinen gesetzlichen Definition des „Arbeitnehmers“.

Meist wird mit dem Arbeitnehmerbegriff der persönliche Anwendungsbereich bzw. Schutzbereich der Vorschrift eröffnet.⁴²⁰ Zum Teil ist der Begriff aber auch für die Berechnung von konkreten Schwellenwerten maßgeblich und beeinflusst damit den sachlichen Anwendungsbereich.⁴²¹

In den einzelnen Regelungen des Primärrechts, welche jeweils den Begriff des „Arbeitnehmers“ beinhalten, werden keine ausdrücklichen Aussagen über die Definition des Arbeitnehmers getroffen.

Anders jedoch im Sekundärrecht. So ist gemäß Art. 2 d) der Richtlinie 2002/14/EG⁴²² "Arbeitnehmer" eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat, aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts und entsprechend den einzelstaatlichen Gepflogenheiten, als Arbeitnehmer geschützt ist. Die Richtlinie verweist damit hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs auf die jeweiligen nationalen Definitionen. Ähnliche Verweise auf den Arbeitnehmerbegriff nach mitgliedstaatlichem Recht werden beispielsweise in Art. 3 Abs. 1 a) der Richtlinie 2008/104/EG⁴²³, in Art. 2 d) der Richtlinie

420 Das ist beispielsweise bei Art. 45 AEUV, Art. 30, 31 GRC und diversen Richtlinien der Fall.

421 So beispielsweise bei den Richtlinien 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80/29 und 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. 1998 L 225/16.

422 Siehe zur Richtlinie 2002/14/EG: Fn. 421.

423 RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327/9.

2001/23/EG⁴²⁴ und in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 96/71/EG⁴²⁵ vorgenommen.

Etwas anders formuliert die Richtlinie 2008/94/EG⁴²⁶: Nach deren Art. 2 Abs. 2 soll das einzelstaatliche Recht bezüglich der Bestimmung des Begriffs „Arbeitnehmer“ unberührt bleiben. Indes werden aber verschiedene Arbeitnehmertypen – wie der „Teilzeitarbeitnehmer“ – aufgezählt, welche durch die Mitgliedstaaten nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden dürfen. Letztlich wird auch dadurch auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen; allerdings mit gewissen Vorgaben.

Einige sekundärrechtliche Vorschriften treffen ebenfalls gar keine Aussage zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs.⁴²⁷

Andere enthalten eigene definierende Elemente. So wird in Art. 3 a) der Richtlinie 89/391/EWG⁴²⁸ ausgeführt, dass für die Zwecke dieser Richtlinie als Arbeitnehmer jede Person gelte, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, einschließlich Praktikanten und Lehrlingen, jedoch mit Ausnahme von Hausangestellten. Der Begriff des Arbeitgebers wird in Art. 3 b), als jede natürliche oder juristische Person bezeichnet, die als Vertragspartei des Beschäftigungsverhältnisses mit

424 RL 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen, ABl. 2001 L 81/16.

425 RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

426 RL 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 2008 L 283/36.

427 Beispielsweise die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 348/1; die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003 L 299/9; die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

428 RL 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. 1989 L 183/1.

dem Arbeitnehmer die Verantwortung für das Unternehmen bzw. den Betrieb trägt.

b) Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht

aa) Vorüberlegungen: Erfordernis einer genauen Untersuchung der Rechtsprechungspraxis

Der EuGH hat sich – überwiegend im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV – schon vielfach mit der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs verschiedener europäischer Rechtsakte des Primär- und Sekundärrechts beschäftigt.

Dabei hat er erstmals in der Entscheidung „Martinez Sala“ ausdrücklich die Aussage getroffen, dass es im Gemeinschaftsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff gebe, sondern die Bedeutung des Begriffes vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt.⁴²⁹

Diese Aussage spricht dafür, dass der Arbeitnehmerbegriff nach der Ansicht des EuGH für jeden unionsrechtlichen Rechtsakt jeweils gesondert und vor dem jeweiligen Hintergrund der Vorschrift auszulegen ist. Aufgrund dessen kann eigentlich nicht vom *dem* unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gesprochen werden; vielmehr handelt es sich um eine Vielzahl verschiedener Arbeitnehmerbegriffe im jeweiligen Sinne des betreffenden Rechtsakts.

Dementsprechende Äußerungen sind auch in der juristischen Literatur zu lesen. Vielfach wird behauptet, es gäbe keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts, sondern es existierten, jeweils

429 EuGH 12.05.1998 „Martinez Sala“ - C-85/96, Slg 1998, I-2691-2728, Rn. 31: In Rede stand der Arbeitnehmerbegriff der Regelung über die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EG-Vertrag (jetzt in Art. 45 AEUV) und der darauf beruhenden Verordnung Nr. 1612/68; wiederholend: EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 63 (Diese Entscheidung beschäftigte sich aber mit dem Arbeitnehmerbegriff des Art. 141 Abs. 1 EG-Vertrag, jetzt in Art. 157 Abs. 1 AEUV); wiederholend: EuGH 01.03.2012 „O’Brien“ - C-393/10, NZA 2012, 313, Rn. 30 (Dort beschäftigte sich der EuGH mit dem Arbeitnehmerbegriff in Paragraph 2 Nr. 1 im Anhang der Richtlinie 97/81/EG).

ausgerichtet an dem speziellen Sinn und Zweck der einzelnen Unionsrechtsakte, inhaltlich verschiedene Arbeitnehmerbegriffe.⁴³⁰

Es gibt jedoch auch andere Stimmen:

So äußert sich *Wank* neuerdings dahingehend, dass der EuGH, in seiner Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Lohngleichheit, einen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff entwickelt habe, welcher, wenn keine besonderen Bestimmungen gelten, vielfach zugrunde gelegt werde.⁴³¹ Von „dem allgemeinen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, den der EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 Abs. 1 AEUV) entwickelt hat“, ist bei *Junker* zu lesen.⁴³² Und im *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* ist jedenfalls noch die Rede von einer „Leitfunktion“ des Arbeitnehmerbegriffs der Arbeitnehmerfreizügigkeit für das Unionsarbeitsrecht, wobei der Begriff nicht immer mit dem in anderen Unionsrechtsakten verwendeten übereinstimmen solle.⁴³³

Diese Aussagen widersprechen zum Teil den oben genannten ausdrücklichen und mehrfach wiederholten grundlegenden Aussage des EuGH zu den Arbeitnehmerbegriffen im Unionsrecht. Das bietet Anlass, die Rechtsprechungspraxis des EuGH zur Auslegung des Begriffs „Arbeitnehmer“ in den verschiedenen Rechtsakten genauer zu untersuchen:

bb) Untersuchung der Rechtsprechungspraxis des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs

(1) Der Arbeitnehmerbegriff im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der EuGH hat in einer Reihe von Urteilen für den Arbeitnehmerbegriff der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit (heute Art. 45

430 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 2; *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2330); *Rebhahn* in EuZA 2012, 3 (5); damals noch: *Wank* in EuZA 2008, 172 (178); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 36.

431 *Wank* in EWiR 2011, 27.

432 *Junker* in NZA 2011, 950; nunmehr aber wieder einschränkend: *Junker* in EuZA 2016, 184 (190) es gebe „verschiedene Ausprägungen des Arbeitnehmerbegriffs“.

433 *Wißmann* in EK ArbR, Art. 45 AEUV Rn. 7.

AEUV)⁴³⁴ verschiedene Voraussetzungen entwickelt und teilweise näher definiert.⁴³⁵

(a) Entscheidung in der Rechtssache „Unger“ – Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen Bestimmung

Grundlegende Aussagen traf der EuGH zunächst in der Rechtssache „Unger“.⁴³⁶ Der Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne der Art. 48 bis 51 EWG bestimme sich nach dem Gemeinschaftsrecht und nicht nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten.⁴³⁷

Begründet wurde diese Auslegung zunächst mit dem gemeinschaftsrechtlichen Inhalt der Vorschriften, welcher sich aus deren Stellung in den Verträgen ergebe. Das Ziel der Erreichung einer weitest gehenden Freizügigkeit der Arbeitskräfte gehöre zu den „Grundlagen“ der Gemeinschaft. Für eine einheitliche und effektive Durchsetzung bedürfe es der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung des Begriffs, weil es sonst jeder Mitgliedstaat selbst in der Hand hätte – durch Festlegung des Arbeitnehmerbegriffs – den Anwendungsbereich der Vorschriften zu beeinflussen.

Des Weiteren argumentierte der EuGH mit dem Wortlaut der Vorschriften, der keinen Hinweis auf eine Bestimmung nach nationalem Recht enthalte.⁴³⁸

434 Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 in Art. 45 AEUV geregelt; zuvor in Art. 39 EG-Vertrag; davor in Art. 48 EWG-Vertrag.

435 Die Regelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde mit nur geringen redaktionellen Abweichungen jeweils wortgleich übernommen, die jeweilige Rechtsprechung ist ohne weiteres übertragbar, vgl. auch *Wißmann* in EK ArbR, Art. 45 AEUV Rn. 1a.

436 EuGH 19.03.1964 „Unger“ - 75/63, juris: Die Entscheidung betraf den Arbeitnehmerbegriff im Sinne der damals geltenden Art. 48-51 EWG-Vertrag und des Art. 19 Abs. 1 der Verordnung Nr. 3 des EWG-Rates über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, welche zur Ausführung von Art. 51 EWG ergangen war.

437 EuGH 19.03.1964 „Unger“ - 75/63, juris, S. 399, a.a.O., S. 395: Das gleiche gelte im Übrigen für den Arbeitnehmerbegriff der Verordnung, weil dieser sich an die entsprechenden Vorschriften aus den Verträgen anlehne; bestätigend u.a.: EuGH 23.03.1982 „Levin“ - 53/81, juris, Rn. 11 f.

438 EuGH 19.03.1964 „Unger“ - 75/63, juris, S. 396.

Der Entscheidung kann außerdem die grundsätzliche Aussage entnommen werden, dass die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs wesentlich vom gemeinschaftsrechtlichen Inhalt der Vorschrift abhängt.⁴³⁹

(b) Entscheidung in der Rechtssache „Levin“ – Erfordernis einer weiten Auslegung und Beschränkung auf wirtschaftliche Tätigkeiten

Aus der Tatsache, dass der Arbeitnehmerbegriff maßgeblich den Anwendungsbereich der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten festlegt, folgerte der EuGH in seiner Entscheidung zur Rechtssache „Levin“ das generelle Erfordernis einer weiten Auslegung des Begriffes.⁴⁴⁰

Nach Ansicht des EuGH ergebe sich aus der Stellung der Vorschriften zur Freizügigkeit aber auch eine Beschränkung des Schutzbereichs auf wirtschaftliche Tätigkeiten. So sei die Ausübung einer „tatsächlichen und echten Tätigkeit“ erforderlich und solche Tätigkeiten ausgeschlossen, die aufgrund ihres geringen Umfangs völlig untergeordnet und unwesentlich sind.⁴⁴¹

Bei der Prüfung dieser Voraussetzung habe das Gericht objektive Kriterien zugrunde zu legen und seine Würdigung unter Gesamtbetrachtung aller Umstände der Rechtssache bezüglich der Art der betreffenden Tätigkeit und des Arbeitsverhältnisses vorzunehmen.⁴⁴²

439 EuGH 19.03.1964 „Unger“ - 75/63, juris, S. 395; hierzu auch: EuGH 23.03.1982 „Levin“ - 53/81, juris, Rn. 9: „ (...) unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze, (...) gewöhnlichen Sinn der Begriffe in ihrem Kontext (...) im Lichte der Ziele des Vertrages (...)“

440 Grundlegend: EuGH 23.03.1982 „Levin“ - 53/81, juris, Rn. 13; bestätigend: EuGH 03.07.1986 „Lawrie-Blum“ - C-66/85, juris, Rn. 16; wiederholend: EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 11; EuGH 26.02.1992 „Raulin“ - C-357/89, Slg 1992, I-1027-1069, Rn. 10; EuGH 06.11.2003 „Ninni-Orasche“ - C-413/01, Slg 2003, I-13187-13237, Rn. 23; EuGH 19.06.2014 „Saint Prix“ - C-507/12, NZA 2014, 765, Rn. 33.

441 EuGH 23.03.1982 „Levin“ - 53/81, juris, Rn. 17; wiederholend: EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 13; EuGH 26.02.1992 „Bernini“ - C-3/90, Slg 1992, I-1071-1110, Rn. 14; EuGH 17.07.2008 „Ranccanelli“ - C-94/07, Slg 2008, I-5939-5958, Rn. 33.

442 Grundlegend insoweit: EuGH 06.11.2003 „Ninni-Orasche“ - C-413/01, Slg 2003, I-13187-13237, Rn. 27; a.a.O., Rn. 28: Dabei seien aber Umstände, die sich auf das Verhalten des Beschäftigten vor und nach der Beschäftigungszeit beziehen, uner-

(c) Entscheidung in der Rechtssache „Lawrie-Blum“ – Entwicklung einer Definition

Eine Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ entwickelte der EuGH jedoch erst in seinem Urteil in der Rechtssache „Lawrie-Blum“.⁴⁴³

Allgemein führte er zunächst aus, der Begriff solle anhand objektiver Kriterien definiert werden, die das Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen.

Seit dieser Entscheidung geht der EuGH – in mittlerweile ständiger Rechtsprechung – davon aus, dass im Rahmen der Regelung über die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Arbeitnehmer anzusehen ist, wer während einer bestimmten Zeit

für einen anderen

nach dessen Weisungen

Leistungen erbringt,

für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁴⁴⁴

Dabei soll die Art des Rechtsverhältnisses – öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich – in welchem die Leistung erbracht wird, unerheblich sein.⁴⁴⁵ In der Rechtssache „Bettray“ ging der EuGH noch weiter und erklärte auch die Qualifizierung des Verhältnisses nach nationalem Recht, als Rechtsverhältnis „sui generis“, für unmaßgeblich.⁴⁴⁶

hehlich; wiederholend: EuGH 07.09.2004 „Trojani“ - C-456/02, Slg 2004, I-7573-7612, Rn. 17.

443 EuGH 03.07.1986 „Lawrie-Blum“ - C-66/85, juris.

444 Grundlegend: EuGH 03.07.1986 „Lawrie-Blum“ - C-66/85, juris, Rn. 17 f.; wiederholend: EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 12; EuGH 26.02.1992 „Raulin“ - C-357/89, Slg 1992, I-1027-1069, Rn. 10; EuGH 06.11.2003 „Ninni-Orasche“ - C-413/01, Slg 2003, I-13187-13237, Rn. 24; EuGH 23.03.2004 „Collins“ - C-138/02, Slg 2004, I-2703-2757, Rn. 26; EuGH 17.07.2008 „Ranccanelli“ - C-94/07, Slg 2008, I-5939-5958, Rn. 33; EuGH 19.06.2014 „Saint Prix“ - C-507/12, NZA 2014, 765, Rn. 35.

445 EuGH 03.07.1986 „Lawrie-Blum“ - C-66/85, juris, Rn. 20; in diese Richtung schon: EuGH 12.02.1974 „Sotgiu“ - C-152/73, BAGE 25, 491, Rn. 5 f.

446 EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 16; wiederholend: EuGH 07.09.2004 „Trojani“ - C-456/02, Slg 2004, I-7573-7612, Rn. 16.

(d) Weitere Entscheidungen – Konturierung des Arbeitnehmerbegriffs

(aa) Tatsächliche und echte Tätigkeit

Des Weiteren wurde – im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit – entschieden, dass auch Teilzeittätigkeiten, mit einer Entlohnung unterhalb des Mindesteinkommens bei Vollzeitbeschäftigung, vom Arbeitnehmerbegriff umfasst sein sollen.⁴⁴⁷

Eine geringe Produktivität der beschäftigten Person und die Herkunft der Mittel für die Entlohnung wurden als unerheblich bewertet.⁴⁴⁸ Außerdem sollen zeitliche Befristungen oder eine insgesamt kurze Dauer der Tätigkeit der Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich nicht entgegenstehen, solange diese nicht völlig untergeordnet und unwesentlich ist.⁴⁴⁹

Das Vorliegen einer tatsächlichen und echten wirtschaftlichen Tätigkeit wurde hingegen für den Fall verneint, dass die Beschäftigung nur ein Mittel der Rehabilitation oder Wiedereingliederung in das Arbeitsleben ist.⁴⁵⁰

447 EuGH 23.03.1982 „Levin“ - 53/81, juris, Rn. 15 f.; bestätigend: EuGH 03.07.1986 „Lawrie-Blum“ - C-66/85, juris, Rn. 21; EuGH 26.02.1992 „Bernini“ - C-3/90, Slg 1992, I-1071-1110, Rn. 16: Entscheidung bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft eines Praktikanten mit geringer Anzahl an Wochenstunden und infolgedessen beschränkter Vergütung.

448 EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 15; bestätigend: EuGH 26.02.1992 „Bernini“ - C-3/90, Slg 1992, I-1071-1110, Rn. 16: schwache Produktivität eines Praktikanten.

449 EuGH 06.11.2003 „Ninni-Orasche“ - C-413/01, Slg 2003, I-13187-13237, Rn. 25, 32: Konkret entschieden für eine zeitlich befristete Beschäftigung von zweieinhalb Monaten.

450 EuGH 31.05.1989 „Bettray“ - C-344/87, Slg 1989, 1621-1647, Rn. 17, 20; einschränkend hinsichtlich des allgemeinen Aussagegehalts dieser Entscheidung aber: EuGH 26.11.1998 „Birden“ - C-1/97, Slg 1998, I-7747-7789, Rn. 30 f. und EuGH 07.09.2004 „Trojani“ - C-456/02, Slg 2004, I-7573-7612, Rn. 18 f.: Die Feststellung erkläre sich aus den Besonderheiten des konkreten Falles.

(bb) Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes auf Arbeitssuchende?

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Martinez Sala“⁴⁵¹ endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft. Es soll aber derjenige, welcher tatsächlich eine Arbeit sucht, ebenfalls als Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu qualifizieren sein.⁴⁵² Der EuGH verweist hinsichtlich dieser Aussage auf die Ausführungen in den Rechtssachen „Lair“⁴⁵³ und „Antonissen“⁴⁵⁴.

Meines Erachtens ist diesen Entscheidungen aber keine allgemeine Aussage zum Arbeitnehmerbegriff im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu entnehmen. So wurde in der Rechtssache „Antonissen“ entschieden, dass die Rechte, welche in Art. 48 Abs. 3 EWG (jetzt: Art. 45 Abs. 3 AEUV) aufgeführt werden, nicht abschließend seien, sondern auch die freie Bewegung zur Stellensuche beinhalten.⁴⁵⁵ In der Entscheidung „Lair“ stellte der EuGH fest, dass bestimmte mit der Arbeitnehmereigenschaft zusammenhängende Rechte auch garantiert seien, wenn kein Arbeitsverhältnis vorliege.⁴⁵⁶ Damit enthalten diese Entscheidungen Aussagen zum Anwendungsbereich bestimmter, mit der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit zusammenhängender Rechte, aber keine zur Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Die Entscheidung, Arbeitssuchende ebenso als Arbeitnehmer zu qualifizieren, widerspricht auch der allgemeinen – im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgestellten – Definition des Arbeitnehmerbegriffes. Schließlich erbringt ein Arbeitssuchender keine Leistungen für einen anderen. Eine Anpassung der Definition ist jedoch nicht erfolgt. So ist davon auszugehen, dass die Tatsache, dass nach Ansicht

451 EuGH 12.05.1998 „Martinez Sala“ - C-85/96, Slg 1998, I-2691-2728.

452 Grundlegend: EuGH 12.05.1998 „Martinez Sala“ - C-85/96, Slg 1998, I-2691-2728, Rn. 32; bestätigend: EuGH 13.12.2012 „Caves Krier Frères“ - C-379/11, NZA 2013, 83, Rn. 26; EuGH 19.06.2014 „Saint Prix“ - C-507/12, NZA 2014, 765, Rn. 35.

453 Genauer auf: EuGH 21.06.1988 „Lair“ - C-39/86, Slg 1988, 3161-3203, Rn. 31-36.

454 Genauer auf: EuGH 26.02.1991 „Antonissen“ - C-292/89, Slg 1991, I-745-780, Rn. 12, 13.

455 EuGH 26.02.1991 „Antonissen“ - C-292/89, Slg 1991, I-745-780, Rn. 13.

456 EuGH 21.06.1988 „Lair“ - C-39/86, Slg 1988, 3161-3203, Rn. 36.

des EuGH im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch Arbeitssuchende geschützt sein sollen, nicht grundsätzlich seine Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit ändert. Der EuGH erweiterte mit dieser Aussage vielmehr den Geltungsbereich einzelner Rechte ohne grundsätzlich den Arbeitnehmerbegriff auszudehnen.

(2) Der Arbeitnehmerbegriff in anderen primärrechtlichen Rechtsakten

Zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in anderen primärrechtlichen Rechtsakten sind bisher weit weniger Entscheidungen des EuGH ergangen.

(a) Entscheidung in der Rechtssache „Allonby“

Hervorzuheben ist insbesondere die Entscheidung in der Rechtssache „Allonby“.⁴⁵⁷ Der EuGH äußerte sich hierin zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in Art. 141 Abs. 1 EG-Vertrag (entspricht dem heutigen Art. 157 Abs. 1 AEUV)⁴⁵⁸, nach welchem jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen hat.

Der Begriff „Arbeitnehmer“ wird in diesem Absatz zwar nicht ausdrücklich genannt, aus der näheren Bestimmung des Begriffes „Entgelt“ in Art. 141 Abs. 2 EG-Vertrag (jetzt: Art. 157 Abs. 2 AEUV) ergibt sich aber, dass es sich dabei nur um Vergütungen des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer handelt. Aufgrund dessen ist der Arbeitnehmerbegriff auch im Rahmen des Absatz 1 relevant.

Der EuGH kommt zunächst, vor dem Hintergrund der Bedeutung der Regelung als spezifischer Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und als einer der „Grundlagen“ der Gemeinschaft, zu dem Ergebnis, dass der Arbeitnehmerbegriff eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung habe und daher nicht durch Verweisung in das jeweilige Recht der Mitgliedstaaten bestimmt werden dürfe.⁴⁵⁹

457 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201.

458 Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon.

459 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 65 f.

Aus den bereits bekannten Gründen ist nach Ansicht des EuGH also auch der Arbeitnehmerbegriff aus Art. 141 Abs. 1 EG-Vertrag unionsrechtsautonom zu definieren.

Als Konsequenz der gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung folgert der EuGH die Unerheblichkeit einer nationalrechtlichen Einstufung, die der unionsrechtlichen Einordnung entgegensteht und die Anwendung der Regelung vereitelt.⁴⁶⁰

Der EuGH weist zudem wiederholt darauf hin, dass es im Gemeinschaftsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff gebe, sondern die Bedeutung des Begriffes stets vom jeweiligen Anwendungsbe- reich abhängt.⁴⁶¹

Zur konkreten inhaltlichen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs übernimmt er dann aber, wortgetreu und lediglich unter Verweis auf die entsprechenden Urteile zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, die wohl bekannte Definition, nach welcher als Arbeitnehmer anzusehen ist, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält, wobei die Art des Rechtsverhältnisses unerheblich sein soll.⁴⁶²

Hinsichtlich der Voraussetzung „Leistungserbringung nach Weisung“ führt der EuGH weiter aus, dass insbesondere zu prüfen sei, inwieweit die freie Wahl von Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit eingeschränkt werde.⁴⁶³

460 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 71.

461 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 63: mit Verweis auf die Entscheidung in der Rechtssache „Martinez Sala“.

462 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 67, 70: mit ausdrücklichem Verweis auf die Ausführungen in den Rechtssachen „Lawrie-Blum“, „Martinez Sala“, „Betray“ und „Raulin“, die allesamt zum Arbeitnehmerbegriff in der Regelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangen sind.

463 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 72.

(b) Entscheidung in der Rechtssache „Fenoll“

In der Entscheidung zur Rechtssache „Fenoll“⁴⁶⁴ hatte der EuGH unter anderem über die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne von Art. 31 Abs. 2 GRC zu entscheiden.⁴⁶⁵

Auch in diesem Fall sprach sich der EuGH, zur Gewährleistung eines unionsweit einheitlichen persönlichen Geltungsbereichs der Vorschrift aufgrund ihrer eigenständigen unionsrechtlichen Bedeutung, für eine autonome unionsrechtliche Auslegung des Begriffs aus.

Inhaltlich übernahm der EuGH – ohne weiteres – die in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgestellten Voraussetzungen.⁴⁶⁶

(3) Der Arbeitnehmerbegriff in sekundärrechtlichen Rechtsakten

(a) Entscheidungen zu Richtlinien mit ausdrücklichem Verweis ins nationale Recht

(aa) Entscheidungen in den Rechtssachen „Wagner Miret“ und „Tümer“ – Insolvenzschutz-Richtlinie

In den Rechtssachen „Wagner Miret“⁴⁶⁷ und „Tümer“⁴⁶⁸ hatte sich der EuGH mit dem persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie 80/987/EWG⁴⁶⁹ zu befassen. Nach dessen Art. 2 Abs. 2 soll das einzelstaatliche Recht bezüglich der Begriffsbestimmung u.a. des Wortes „Arbeitnehmer“ unberührt bleiben.

464 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444: Außerdem über den Arbeitnehmerbegriff i. S. v. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

465 Wobei die Charta der Grundrechte in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar war.

466 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 26 ff.

467 EuGH 16.12.1993 „Wagner Miret“ - C-334/92, Slg 1993, I-6911-6934.

468 EuGH 05.11.2014 „Tümer“ - C-311/13, ZIP 2014, 2411.

469 RL 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 1980 L 283/23 (mittlerweile ersetzt durch RL 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 2008 L 283/36).

In den zugrunde liegenden Fällen waren jeweils bei der Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht solche Gruppen aus dem persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen worden, die nach dem nationalen Recht normalerweise unter den Arbeitnehmerbegriff fallen. Der EuGH hielt dies für unionsrechtswidrig.⁴⁷⁰

Zur Begründung führte er an, dass zwar die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs dem einzelstaatlichen Recht überlassen sei, die Richtlinie aber dennoch für alle Gruppen von Arbeitnehmern zu gelten habe.⁴⁷¹ Der Zweck der Richtlinie, welche allen Arbeitnehmern einen Mindestschutz bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers garantieren wolle, dürfe durch die nationale Begriffsbestimmung nicht gefährdet werden und begrenze somit den Ermessensspielraum bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne der Richtlinie.⁴⁷²

Des Weiteren argumentierte der EuGH mit dem Wortlaut der Richtlinie in Art. 1 Abs. 1, wonach die Vorschrift für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen und somit für „alle Arbeitnehmer“ zu gelten habe.⁴⁷³

(bb) Entscheidung in der Rechtssache „Confédération générale du travail“ – Unterrichts- und Anhörungsrichtlinie

Zum gleichen Ergebnis kam der EuGH in der Rechtssache „Confédération générale du travail“⁴⁷⁴, in welcher er sich u.a. mit der Auslegung der Richtlinie 2002/14/EG⁴⁷⁵ zu beschäftigen hatte. Der Arbeitnehmerbegriff ist im Hinblick auf das Erreichen bestimmter Schwellenwerte maßgeblich. Gemäß Art. 2 d) der Richtlinie wird er durch das nationale Gesetz bestimmt.

470 EuGH 16.12.1993 „Wagner Miret“ - C-334/92, Slg 1993, I-6911-6934, Rn. 14; EuGH 05.11.2014 „Tümer“ - C-311/13, ZIP 2014, 2411, Rn. 46, 49.

471 EuGH 16.12.1993 „Wagner Miret“ - C-334/92, Slg 1993, I-6911-6934, Rn. 11 f.

472 EuGH 05.11.2014 „Tümer“ - C-311/13, ZIP 2014, 2411, Rn. 42 f.

473 EuGH 05.11.2014 „Tümer“ - C-311/13, ZIP 2014, 2411, Rn. 37, 44.

474 EuGH 18.01.2007 „Confédération générale du travail“ - C-385/05, Slg 2007, I-611-652; bestätigend: EuGH 15.01.2014 „Association de médiation sociale“ - C-176/12, NZA 2014, 193, Rn. 24 ff.

475 RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABL 2002 L 80/29.

Auch in dieser Entscheidung erklärte der EuGH den Ausschluss bzw. die Nichtberücksichtigung einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern bei der Berechnung der Schwellenwerte im nationalen Umsetzungsrechtsakt für unionsrechtswidrig, weil die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht beeinträchtigt werden dürfe.⁴⁷⁶

(cc) Entscheidung in der Rechtssache „Del Cerro Alonso“ – Befristungsrichtlinie

In der Rechtssache „Del Cerro Alonso“⁴⁷⁷ hatte der EuGH Gelegenheit sich zum persönlichen Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, welche durch die Richtlinie 1999/70/EG⁴⁷⁸ umgesetzt wird, zu äußern. Die betreffende Rahmenvereinbarung enthält hierzu in Paragraph 2 Nr. 1, unter der Überschrift „Anwendungsbereich“, die Formulierung, diese Vereinbarung gelte für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition.

Der EuGH stellte klar, dass sich – wie der Gerichtshof bereits festgestellt habe – der persönliche Anwendungsbereich auch auf befristete Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse erstrecke, welche mit Behörden oder anderen Stellen des öffentlichen Sektors geschlossen werden.

Er begründete diese Auslegung mit dem Wortlaut, Aufbau und Zweck von Richtlinie und Rahmenvereinbarung:

Die Rahmenvereinbarung solle, neben der Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Verhinderung des Missbrauchs von Befristungen, auch die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf befristete Arbeitsverhältnisse sichern. Bei den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung handele es sich um allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Deswegen seien den Bestimmungen der betreffenden Richtlinie und Rahmenvereinba-

476 EuGH 18.01.2007 „Confédération générale du travail“ - C-385/05, Slg 2007, I-611-652, Rn. 32 ff.; bestätigend: EuGH 15.01.2014 „Association de médiation sociale“ - C-176/12, NZA 2014, 193, Rn. 24 ff.

477 EuGH 13.09.2007 „Del Cerro Alonso“ - C-307/05, Slg 2007, I-7109-7140.

478 RL 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999 L 175/43.

zung eine allgemeine Geltung insoweit zuzuerkennen, dass diese auf alle Arbeitnehmer, die entgeltliche Arbeitsleistungen im Rahmen eines mit ihrem Arbeitgeber bestehenden befristeten Arbeitsverhältnisses erbringen, angewendet werden müsse.

Die Einbeziehung der Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – welche nach den nationalen Rechtsordnungen oftmals gerade nicht unter den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff fallen – begründete der EuGH mit dem Erfordernis der praktischen Wirksamkeit und einheitlicher Anwendung bei der Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten, welche gerade durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, nach ihrem Belieben bestimmte Personalkategorien von dem Schutzzweck auszunehmen, gefährdet sei.

Des Weiteren nahm der EuGH auf Art. 2 Abs. 1 und den 17. Erwägungsgrund der Richtlinie Bezug. Der EuGH will daraus eine Pflicht der Mitgliedstaaten, das gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Ergebnis zu erreichen, ableiten.

Im 17. Erwägungsgrund ist schließlich zu lesen, dass bezüglich der in der Rahmenvereinbarung verwendeten, nicht genau definierten Begriffe, es die Richtlinie den Mitgliedstaaten überlasse, diese Begriffe entsprechend ihrem nationalen Recht und/oder ihrer nationalen Praxis zu definieren, vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der Rahmenvereinbarung.⁴⁷⁹

(dd) Entscheidung in der Rechtssache „Chatzi“ – Elternurlaubsrichtlinie

In der Entscheidung des EuGH zur Rechtssache „Chatzi“⁴⁸⁰ stand die Auslegung der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, welche durch die Richtlinie 96/34/EG⁴⁸¹ umgesetzt wurde, im Mittelpunkt der Vorlagefrage. Die Rahmenvereinbarung enthält in Paragraph 1 Nr. 2 unter

479 Zu allem: EuGH 13.09.2007 „Del Cerro Alonso“ - C-307/05, Slg 2007, I-7109-7140, Rn. 25 ff.

480 EuGH 16.09.2010 „Chatzi“ - C-149/10, Slg 2010, I-8489-8531.

481 RL 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. 1996 L 145/04; mittlerweile ersetzt durch RL 2010/18/EG des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. 2010 L 68/13.

„Ziel und Anwendungsbereich“ eine ähnliche Bestimmung wie die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, wenn es heißt:

Diese Vereinbarung gilt für alle Arbeitnehmer, Männer und Frauen, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat über einen Arbeitsvertrag verfügen oder in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Die Klägerin des konkreten Ausgangsverfahrens, Frau Chatzi, war als Beamtin bei einem griechischen Finanzamt beschäftigt. Deswegen prüfte der EuGH vorab, ob für Beamte der persönliche Anwendungsbereich von Rahmenvereinbarung und Richtlinie eröffnet ist. Zu der Tatsache, dass nach einigen nationalen Rechtsordnungen Beamten gerade nicht unter den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff zählen, äußerte sich der EuGH jedoch nicht ausdrücklich. Im Ergebnis bejahte der EuGH die Einbeziehung von Beamten.

Zunächst begründete er sein Ergebnis mit dem Wortlaut der Bestimmung. Ausdrücklich verwies er auf die Formulierung in Paragraph 1 Nr. 2, welche sich allgemein auf alle Arbeitnehmer beziehe: Die Bestimmung beziehe sich auf alle Erwerbstätige und unterscheide gerade nicht danach, ob der Arbeitgeber privat oder öffentlich sei.

Als weiteres Argument nannte der EuGH den Schutzzweck der Rahmenvereinbarung. Die Rahmenvereinbarung wolle unter anderem die Gleichbehandlung von Männern und Frauen fördern. Der dahinterstehende Grundsatz habe – wie bereits entschieden wurde – allgemeine Geltung und sei auch auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar.⁴⁸²

Eine konkrete Definition des in der Richtlinie und Rahmenvereinbarung verwendeten Arbeitnehmerbegriffs nahm der EuGH aber nicht vor. Es verblieb lediglich bei der Aussage, dass öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse unter den Anwendungsbereich zu zählen sind.

⁴⁸² EuGH 16.09.2010 „Chatzi“ - C-149/10, Slg 2010, I-8489-8531, Rn. 27 ff.

(ee) Entscheidung in der Rechtssache „O'Brien“ – Teilzeitrichtlinie

In der Rechtssache „O'Brien“⁴⁸³ hatte der EuGH die (Vorlage-) Frage zu klären, ob es Sache der Mitgliedstaaten sei, den Begriff des Beschäftigten der Richtlinie 97/81/EG⁴⁸⁴ zu definieren. In Paragraph 2 Nr. 1 des Anhangs der betreffenden Richtlinie wird hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vereinbarung erklärt, diese gelte für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Im Ergebnis stellte der EuGH fest, dass der Begriff nach dem jeweiligen nationalen Recht definiert werden müsse.⁴⁸⁵

Dies begründete er mit der Zielrichtung der Richtlinie, welche gerade keine Harmonisierung aller nationalen Vorschriften bezwecke, sondern nur einen allgemeinen Rahmen schaffen wolle.⁴⁸⁶ Dieses, den Mitgliedstaaten eingeräumte Ermessen, sieht der EuGH erneut – wie in den zuletzt besprochenen Entscheidungen – durch die Erforderlichkeit der Wahrung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts begrenzt. Dabei betonte er mehrfach die Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Richtlinie. Erneut sah er die praktische Wirksamkeit, insbesondere durch die beliebige Herausnahme bestimmter „Personalkategorien“ bzw. „Arbeitsplatzkategorien“ vom persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie, gefährdet. Die Definition des Begriffs erfasse schließlich „alle Arbeitnehmer“ und unterscheide auch nicht nach öffentlich- oder privatrechtlichem Arbeitgeber.⁴⁸⁷

Der EuGH scheint zunächst nur seine bisherigen Aussagen zum eingeschränkten Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs zu bestätigen. Im Unterschied zu den anderen Entscheidungen wurde durch die nationale Regelung jedoch eine Gruppe (Richter) vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, die auch

483 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313.

484 RL 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9.

485 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 32.

486 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 31.

487 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 34 ff.

im Übrigen, in ihrer Gesamtheit, nicht unter den nationalen Arbeitnehmerbegriff fällt.⁴⁸⁸ Diesbezüglich führte der EuGH aus, die Herausnahme sei nur dann unionsrechtskonform, wenn das in Rede stehende Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das zwischen den Beschäftigten, die nach nationalem Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, und ihren Arbeitgeber besteht. Andernfalls sei dieser Ausschluss als willkürlich zu betrachten. Dabei argumentiert er erneut vor allem mit der Wahrung der praktischen Wirksamkeit des in der Richtlinie verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁴⁸⁹ Die Erheblichkeitsprüfung im konkreten Fall überlässt er schließlich dem vorlegenden Gericht.⁴⁹⁰ Nicht ohne jedoch darauf hinzuweisen, dass jedenfalls die Inhaberschaft eines Richteramts an sich nicht geeignet sei, die Gruppe der Richter aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen.⁴⁹¹

(ff) Entscheidung in der Rechtssache „Jäger“

In einer älteren Entscheidung⁴⁹² zur Auslegung der Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ der Richtlinie 93/104/EG⁴⁹³ ging der EuGH deutlich weiter. Obwohl es unter der Überschrift „Begriffsbestimmungen“ in Art. 2 der Richtlinie heißt, im Sinne der Richtlinie sei Arbeitszeit jede Zeitspanne, während ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet (...), spricht sich der EuGH im Ergebnis für eine unionseinheitliche autonome Begriffsbestimmung dieser „gemeinschaftsrechtlichen“ Begriffe aus.

Diese Auslegung sei im Hinblick auf die volle Wirksamkeit der Richtlinie und die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedstaaten vorzunehmen, welche aufgrund des Ziels der Richtlinie, die Harmonisierung des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer

488 EuGH 01.03.2012 „O’Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 39.

489 EuGH 01.03.2012 „O’Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 42.

490 EuGH 01.03.2012 „O’Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 43.

491 EuGH 01.03.2012 „O’Brien“ - C- 393/10, NZA 2012, 313, Rn. 41.

492 EuGH 09.09.2003 „Jaeger“ - C-151/02, Slg 2003, I-8389-8460.

493 RL 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 1993 L 307/18.

zu erreichen, erforderlich sei. Der ausdrückliche Verweis auf die nationalen Vorschriften in der Richtlinie bedeute gerade nicht, dass die Mitgliedstaaten den Begriff inhaltlich einseitig festlegen dürfen.⁴⁹⁴

Vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Richtlinie nimmt der EuGH in diesem Fall sogar entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut eine autonome Auslegung der Begriffe vor.

(b) Entscheidungen zu Richtlinien ohne Verweis ins nationale Recht

In mehreren Entscheidungen über die Auslegung von Richtlinien, welche hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs keinen ausdrücklichen Verweis in das nationale Recht beinhalten, lassen sich ebenfalls Aussagen des EuGH zur Definition dieses Begriffs finden.

(aa) Entscheidung in der Rechtssache „Danmols Inventar“ – Betriebsübergangs-Richtlinien

Zunächst ist die Entscheidung in der Rechtssache „Danmols Inventar“⁴⁹⁵ zu nennen, welche unter anderem die Auslegung des Begriffs „Arbeitnehmer“ im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG⁴⁹⁶ zum Gegenstand hatte.

Der EuGH kommt – nach eigenen Angaben – unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze zu dem Ergebnis, dass der Begriff so zu verstehen sei, dass er alle Personen erfasse, die in dem betreffenden Mitgliedsstaat als Arbeitnehmer aufgrund der nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften geschützt sind.⁴⁹⁷ Dies begründet

494 EuGH 09.09.2003 „Jaeger“ - C-151/02, Slg 2003, I-8389-8460, Rn. 58 f.; wiederholend: EuGH 01.12.2005 „Dellas“ - C-14/04, Slg 2005, I-10253-10308, Rn. 44.

495 EuGH 11.07.1985 „Danmols Inventar“ - C-105/84, Slg 1985, 2639-2654.

496 RL 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 061/26; mittlerweile aufgehoben und umgesetzt in RL 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 2001 L 82/16.

497 EuGH 11.07.1985 „Danmols Inventar“ - C-105/84, Slg 1985, 2639-2654, Rn. 28.

der EuGH mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie, welcher nur eine Teilharmonisierung auf dem betreffenden Gebiet verlange.⁴⁹⁸

In der Richtlinie 2001/23/EG⁴⁹⁹, welche die besprochene Richtlinie aufhob und ersetzte, wurde hinsichtlich der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs durch Art. 2 Nr. 1 d) ein entsprechender Verweis in die einzelstaatlichen Rechtsordnungen aufgenommen.

(bb) Entscheidungen in den Rechtssachen „Union syndicale Solidaires Isère“, „May“, „Neidel“, „Fenoll“ – Richtlinie zur Arbeitszeitgestaltung

Viele Jahre später hatte sich der EuGH, ebenso im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, in den Rechtssachen „Union syndicale Solidaires Isère“⁵⁰⁰, „May“⁵⁰¹, „Neidel“⁵⁰² und „Fenoll“⁵⁰³ unter anderem mit der Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG⁵⁰⁴ und deren Arbeitnehmerbegriff zu beschäftigen.

Diesen Entscheidungen ist gemein, dass der EuGH den im Sinne der Richtlinie verwendeten Arbeitnehmerbegriff unionsautonom bestimmt und hinsichtlich seiner inhaltlichen Ausgestaltung die einzelnen in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Voraussetzungen nennt.

i. „Union syndicale Solidaires Isère“

In der Entscheidung zur Rechtssache „Union syndicale Solidaires Isère“ stellt der EuGH eine Begründung für die Verwendung eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs voran. Aus der Feststellung, dass die

498 EuGH 11.07.1985 „Danmols Inventar“ - C-105/84, Slg 1985, 2639-2654, Rn. 25 f.
499 RL 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 2001 L 82/16.
500 EuGH 14.10.2010 „Union syndicale Solidaires Isère“- C-428/09, Slg 2010, I-9961-9988.
501 EuGH 07.04.2011 „May“ - C-519/09, Slg 2011, I-2761-2773.
502 EuGH 03.05.2012 „Neidel“ - C-337/10, NVwZ 2012, 688.
503 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444.
504 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003 L 299/09.

Richtlinie hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs weder eine Verweisung auf Art. 3 a) der Richtlinie 89/391/EWG⁵⁰⁵, noch einen ausdrücklichen Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten enthält, folgert der EuGH im Umkehrschluss eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung des Begriffs und das Erfordernis seiner unionsweit einheitlichen Auslegung.⁵⁰⁶ Eine Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie erfolgt vor diesem Hintergrund hingegen nicht.

ii. „May“

In der Entscheidung zur Rechtssache „May“ begründet der EuGH die Übernahme der zum Arbeitnehmerbegriff in Art. 45 AEUV entwickelten Voraussetzungen überhaupt nicht mehr. Seine Äußerungen diesbezüglich sind auf die bemerkenswerte und grundlegende Aussage beschränkt, „die vorstehenden Ausführungen des Gerichtshofs zum Begriff des „Arbeitnehmers“ im Sinne von Art. 45 AEUV gelten ebenfalls für den Arbeitnehmerbegriff, der in den Rechtsakten nach Art. 288 AEUV verwendet wird“.⁵⁰⁷ Dabei verweist der EuGH auf eine konkrete Aussage in der Entscheidung zur Rechtssache „Ranccanelli“⁵⁰⁸. Dort trifft der EuGH die Feststellung, die Vorlagefrage sei insoweit „sehr allgemeiner Natur, dass sie auf eine Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs, wie er sich aus Art. 39 EG und Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ergibt, abzielt.“

505 RL 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. 1982 L 183/01; die Richtlinie enthält in Art. 3 a) eine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs für die Zwecke der Richtlinie.

506 EuGH 14.10.2010 „Union syndicale Solidaires Isère“- C-428/09, Slg 2010, I-9961-9988, Rn. 27 f.

507 EuGH 07.04.2011 „May“ - C-519/09, Slg 2011, I-02761, Rn. 21 f.: Der EuGH spricht zudem bereits von dem „Begriff ‚Arbeitnehmer‘ im Sinne des Art. 45 AEUV nach ständiger Rechtsprechung“.

508 EuGH 17.07.2008 „Ranccanelli“ - C-94/07, Slg 2008, I-5939-5958, Rn. 27.

iii. „Neidel“

Konsequenterweise verzichtet der EuGH anschließend in der Entscheidung zur Rechtssache „Neidel“ auf eine Begründung für die Übernahme des zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Arbeitnehmerbegriffes. Die einzelnen Merkmale werden mit einem schlichten Verweis auf die jeweils hierzu ergangenen Entscheidungen aufgezählt und der konkrete Fall darunter subsumiert.

Erneut weist der EuGH darauf hin, dass es sich bei dem Arbeitnehmerbegriff „im Sinne von Art. 45 AEUV“ um einen autonomen Begriff handele, der nicht eng ausgelegt werden dürfe. Der EuGH wiederholt zudem das Erfordernis der Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit, die nicht untergeordnet und unwesentlich sein dürfe.⁵⁰⁹

iv. „Fenoll“

In der Rechtssache „Fenoll“ hatte der EuGH zugleich über die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in der genannten Richtlinie sowie in Art. 31 Abs. 2 GRC⁵¹⁰ zu entscheiden. Die Anwendung der bekannten Voraussetzungen begründete der EuGH wiederholt⁵¹¹ mit einem fehlenden Verweis der betreffenden Richtlinie auf den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 89/391 und auf die Definition des Begriffes, wie sie sich aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten ergibt.⁵¹² Hieraus ergebe sich, aufgrund eigenständiger unionsrechtlicher Bedeutung des Begriffes, das Erfordernis einer einheitlichen Auslegung.⁵¹³ Der EuGH begründete die unionsautonome Auslegung zudem mit der Gewährleistung eines einheitlichen persönlichen Geltungsbereichs des Anspruchs.⁵¹⁴ Bemerkenswerterweise sprach der EuGH bei Nennung der einzelnen Kriterien nun sogar vom „Arbeit-

509 EuGH 03.05.2012 „Neidel“ - C-337/10, NVwZ 2012, 688, Rn. 23 ff.

510 Siehe hierzu bereits oben: II. 1. b) bb) (2) (b).

511 Mit dieser Begründung bereits: EuGH 14.10.2010 „Union syndicale Solidaires Isère“ - C-428/09, Slg 2010, I-9961-9988, Rn. 27 f.

512 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 24.

513 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 25.

514 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 26.

nehmerbegriff im Rahmen der Richtlinie 2003/88 nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs“. Auf die grundlegenden Urteile zum Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde nicht mehr Bezug genommen.⁵¹⁵

(cc) Entscheidungen in den Rechtssachen „Kiiski“ und „Danosa“ – Mutterschutz-Richtlinie

Hinsichtlich der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in der Richtlinie 92/85/EWG⁵¹⁶, welche ebenfalls weder eine eigene Definition noch einen ausdrücklichen Verweis ins nationale Recht enthält, äußerte sich der EuGH in den Entscheidungen zu den Rechtssachen „Kiiski“⁵¹⁷ und „Danosa“⁵¹⁸.

In beiden Urteilen verwendete der EuGH erneut und unter Bezugnahme auf die entsprechenden zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangenen Entscheidungen, die bekannten Kriterien.⁵¹⁹

Gemäß Art. 2 a) der betreffenden Richtlinie erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich unter anderem auf jede schwangere Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet.

i. „Kiiski“

In der Entscheidung zur Rechtssache „Kiiski“ folgte der EuGH – ohne nähere Begründung – aus dieser Bestimmung (Art. 2 a), dass nach Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers der Begriff „schwängere Arbeit-

515 EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 27: stattdessen verweist der EuGH auf die Urteile in den Rechtssachen „Union syndicale Solidaires Isère“ und „Neidel“.

516 RL 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 348/01.

517 EuGH 20.09.2007 „Kiiski“ - C-116/06, Slg 2007, I-7643-7688.

518 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464.

519 EuGH 20.09.2007 „Kiiski“ - C-116/06, Slg 2007, I-7643-7688, Rn. 25 f.; EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 39 f.

nehmerin“ unionsweit einheitlich definiert werden müsse.⁵²⁰ Im Übrigen wies der EuGH darauf hin, dass der „Begriff des Arbeitnehmers (...) nach ständiger Rechtsprechung“ nicht unterschiedlich ausgelegt werden dürfe, weil dieser eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung habe. Zu dem sprach er von der „Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts“.⁵²¹ Von einem speziellen „Arbeitnehmerbegriff im Sinne von Art. 45 AEUV“ oder „im Rahmen der betreffenden Richtlinie“ war hingegen keine Rede.

ii. „Danosa“

In der Entscheidung zur Rechtssache „Danosa“ traf der EuGH – mit einem Verweis auf die entsprechenden Ausführungen in der Entscheidung zur Rechtssache „Allonby“⁵²² – zudem die allgemeine Aussage, dass die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht die Einstufung als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85 nicht ausschliesse, wenn die Selbständigkeit nur fiktiv ist und ein Arbeitsverhältnis im Sinne der Richtlinie verschleiert.⁵²³

(dd) Entscheidung in der Rechtssache „Balkaya“ – Massenentlassungs-Richtlinie

In der Rechtssache „Balkaya“⁵²⁴ hatte sich der EuGH mit der Auslegung der Richtlinie 98/59/EG⁵²⁵ zu befassen. Wie in der Rechtssache „Danosa“, äußerte sich der EuGH zum Arbeitnehmerbegriff der betreffenden Richtlinie vor dem Hintergrund der fraglichen Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft.⁵²⁶

Letztlich verwendete der EuGH zur näheren Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs abermals die in der Rechtsprechung zum Arbeit-

520 EuGH 20.09.2007 „Kiiski“ - C-116/06, Slg 2007, I-7643-7688, Rn. 23 f.

521 EuGH 20.09.2007 „Kiiski“ - C-116/06, Slg 2007, I-7643-7688, Rn. 25 f. unter Verweis auf einige zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangene Urteile.

522 EuGH 13.01.2004 „Allonby“ - C-256/01, NZA 2004, 201, Rn. 71.

523 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 41.

524 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861.

525 RL 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bei Massenentlassungen, ABl. 1998 L 225/16.

526 Hierzu später.

nehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Voraussetzungen.⁵²⁷ Das Erfordernis einer unionsweit einheitlichen und autonomen Auslegung des Begriffs begründet der EuGH mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie. Durch eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften über Massenentlassungen solle die Gewährleistung eines vergleichbaren Schutzes der Rechte der Arbeitnehmer aller Mitgliedstaaten sowie eine Angleichung der damit verbundenen Belastungen für die Unternehmen erreicht werden. Vor diesem Hintergrund sei ein möglicher Einfluss der Mitgliedsstaaten auf die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ausgeschlossen.⁵²⁸

(c) Keine Entscheidung zur Richtlinie mit eigener Definition

Wie bereits festgestellt, existiert eine Richtlinie mit einer ausdrücklich eigenen Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“.⁵²⁹ Die verwendete Definition ist jedoch wenig aussagekräftig. Dem Wortlaut kann lediglich das Erfordernis der Beschäftigung durch einen Arbeitgeber entnommen werden; wobei Praktikanten und Lehrlingen eingeschlossen, Hausangestellte ausgeschlossen sein sollen.

Zur näheren Auslegung dieser Definition gibt es bisher keine Rechtsprechung des EuGH. Allerdings hat er in den Entscheidungen zu den Rechtssachen „Union syndicale Solidaires Isère“ und „Fenoll“ unter anderem aus der Tatsache, dass die dort besprochene Richtlinie nicht auf den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 89/391 verweist, eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs gefolgert.⁵³⁰

527 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 34 f.

528 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 32 f. unter Verweis auf die entsprechenden Ausführungen - im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens - zur einheitlichen Auslegung des Begriffs „Entlassung“ derselben Richtlinie bei: EuGH 12.10.2004 „Kommission/Portugal“ - C-55/02, Slg 2004, I-9387-9423, Rn. 48 f. und unter Verweis auf die Ausführungen bei: EuGH 18.01.2007 „Confédération générale du travail“ - C-385/05, Slg 2007, I-611-652, Rn. 47.

529 Siehe oben: II. 1. a).

530 EuGH 14.10.2010 „Union syndicale Solidaires Isère“ - C-428/09, Slg 2010, I-9961-9988, Rn. 27 f.; EuGH 26.03.2015 „Fenoll“ - C-316/13, NZA 2015, 1444, Rn. 24.

(d) Entscheidung zu der Verordnung Nr. 44/2001 in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitiatie“

Im Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitiatie“⁵³¹ hatte der EuGH jüngst die Gelegenheit sich zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne von Art. 18 der Verordnung Nr. 44/2001⁵³² zu äußern. Die Verordnung enthält weder eine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs, noch erläutert diese, was unter einem „individuellen Arbeitsvertrag“ zu verstehen ist. Daneben fehlt ein Verweis in die nationalen Rechtsordnungen.

Der EuGH sprach sich für eine unionsweit einheitliche und autonome Auslegung aller Rechtsbegriffe der Verordnung aus. Als Begründung führte er erneut die Gewährleistung ihrer vollen Wirksamkeit an,⁵³³ ohne jedoch in diesem Zusammenhang näher auf den Sinn und Zweck der Verordnung einzugehen.

Hinsichtlich der Kriterien für die Einordnung als Arbeitnehmer verwendete der EuGH zum wiederholten Male die bekannte Definition, nach welcher entscheidend darauf abzustellen sei, ob die betreffende Person während einer bestimmten Zeit für einen anderen und nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁵³⁴

Er ergänzte diese Kriterien um das Erfordernis einer dauerhaften Beziehung, durch welche die betreffende Person in einer bestimmten Weise in den Betrieb des anderen eingegliedert werde.⁵³⁵ Diesbezüglich berief sich der EuGH auf seine Rechtsprechung zur Auslegung der entsprechenden Bestimmung im Brüsseler Übereinkommen, welches

531 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199.

532 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1.

533 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 37 mit Verweis auf die Ausführungen im Urteil zur Rechtssache „Mahamdia“ in: EuGH 19.07.2013 „Mahamdia“ C- 154/11, NZA 2012, 935, Rn. 42.

534 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 41, unter Verweis auf die Urteile in den Rechtssachen „Lawrie-Blum“ und „Danosa“.

535 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 45.

durch die Verordnung Nr. 44/2001 ersetzt wurde.⁵³⁶ In der betreffenden Entscheidung zur Rechtssache „Shenavai“ hatte der EuGH hinsichtlich Arbeitsverträgen entschieden, dass die Besonderheit von Arbeitsverträgen gerade in der Begründung einer dauerhaften Beziehung und der dadurch erreichten bestimmten Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb liege.⁵³⁷

c) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen: Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des EuGH

aa) Zusammenfassung der Rechtsprechungspraxis

Aus den oben dargestellten Aussagen des EuGH zum Begriff des „Arbeitnehmers“ in den verschiedenen europäischen Rechtsakten können zusammenfassend folgende Beobachtungen festgehalten werden:

Bei der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs einer unionsrechtlichen Regelung ist, nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, zuvorderst die Frage zu klären, ob dieser unionsweit einheitlich und autonom ausgelegt werden muss oder die jeweilige Definition der nationalen Rechtsordnung maßgeblich ist.

Die inhaltliche Ausgestaltung des verwendeten Arbeitnehmerbegriffs ist anschließend, in einem zweiten Schritt zu prüfen.

(1) Entscheidung zwischen unionsweit einheitlicher Auslegung oder Anwendung der jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriffe

Der EuGH stellte wiederholt fest, dass die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht nicht einheitlich sei, sondern vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt.

(a) Bei Richtlinien mit ausdrücklichem Verweis

Dabei können hinsichtlich der Richtlinien und der dazugehörigen Rahmenvereinbarungen, welche einen ausdrücklichen Verweis in das

⁵³⁶ EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 38 f.

⁵³⁷ EuGH 15.01.1987 „Shenavai“ - C-266/85, Slg 1987, 239-257, Rn. 16.

jeweilige Recht der Mitgliedstaaten enthalten, den Entscheidungen des EuGH verschiedene Regelmäßigkeiten entnommen werden:

(aa) Beachtung des Wortlauts

Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH den Wortlaut der Bestimmungen grundsätzlich respektiert und das nationale Recht für maßgeblich hält, wenn der Rechtsakt einen ausdrücklichen Verweis enthält.

Der Ansicht, welche davon ausgeht, der EuGH wolle – trotz des entgegenstehenden Wortlauts der Bestimmungen – den Arbeitnehmerbegriff in manchen Richtlinien⁵³⁸ unions einheitlich autonom auslegen, kann nicht zugestimmt werden.⁵³⁹

i. Keine andere Schlussfolgerung aufgrund der Ausführungen in „Del Cerro Alonso“

So wird in der Literatur, unter Bezugnahme auf die Aussagen des EuGH in der Rechtssache „Del Cerro Alonso“, die Ansicht vertreten, der EuGH wolle in der Richtlinie 1999/70/EG und der dazugehörigen Rahmenvereinbarung, entgegen des eindeutigen Wortlauts in Paragraph 2 Nr. 1, den Arbeitnehmerbegriff unionsweit einheitlich und autonom auslegen.⁵⁴⁰

Abgesehen davon, dass bereits die Ausführungen des EuGH zur Rechtssache „Del Cerro Alonso“ diese Ansicht nicht stützen können, wird dies nunmehr in neueren Entscheidungen des EuGH zu der betreffenden Richtlinie deutlich:

538 Siehe sogleich unter Fn. 540 und 544.

539 Ebenso hinsichtlich den Aussagen des EuGH in „Chatzi“, mit ausführlicher Begründung: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 298 f.

540 *Bieder/Diekmann* in *EuZA* 2008, 515 (517); *Lunk/Rodenbusch* in *GmbHR* 2012, 188 (193); *Preis/Sagan* in *ZGR* 2013, 26 (51): im Ergebnis offen gelassen; *Uffermann* in *EuZA* 2012, 518 (524): gesteht ein, dass man den EuGH dahingehend verstehen hätte können, dass er „eine unionsautonome Begriffsbestimmung präferiert.“; ausführlich hierzu: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 291 f., im Ergebnis gehe der EuGH eine Art „Mittelweg“.

So zeigen die Ausführungen in der Rechtssache „Fiamingo“⁵⁴¹, dass sich der EuGH erkennbar nicht über den eindeutigen Verweis in das nationale Recht hinweg setzen will. Er wiederholt zwar seine Aussagen, es seien alle Arbeitnehmer erfasst, unerheblich, ob sie an einen öffentlichen oder an einen privaten Arbeitgeber gebunden sind.⁵⁴² Dann schränkt er den Anwendungsbereich aber ein, indem er sich dahingehend äußert, dass aus dem besagten Wortlaut von Paragraph 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung hervorgehe, dass sich die Definition der Arbeitsverträge und -verhältnisse nicht nach der Vereinbarung selbst oder dem Unionsrecht, sondern nach den nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten richte, sofern die Definition dieser Begriffe nicht dazu führe, willkürlich eine Kategorie von Personen vom Schutz, den diese Rahmenvereinbarung biete, auszuschließen.⁵⁴³

Folglich respektiert der EuGH sehr wohl, dass sich der Unionsgesetzgeber für den nationalen Arbeitnehmerbegriff entschieden hat. Aus den in der Rechtssache „Del Cerro Alonso“ genannten Gründen sieht sich die nationale Definition nur einer Willkürlichkeitskontrolle ausgesetzt.

ii. Keine andere Schlussfolgerung aufgrund der Ausführungen in „Chatzi“

Hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffes der Richtlinie 96/34/EG wird das Erfordernis autonomer unionseinheitlicher Auslegung aus den Ausführungen des EuGH in der Rechtssache „Chatzi“ gefolgert.⁵⁴⁴

Dem ist aufgrund folgender Beobachtung zu widersprechen:

Die Ausführungen des EuGH unterscheiden sich deutlich von denen, in den Entscheidungen zum Primärrecht oder zu den Richtlinien ohne ausdrücklichen Verweis ins nationale Recht: Nachdem der EuGH das Erfordernis der unionseinheitlichen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs bejaht hat, äußert er sich in diesen Entscheidungen nämlich

541 EuGH 03.07.2014 „Fiamingo“ - C-362/13, ZESAR 2015, 236.

542 EuGH 03.07.2014 „Fiamingo“ - C-362/13, ZESAR 2015, 236, Rn. 29.

543 EuGH 03.07.2014 „Fiamingo“ - C-362/13, ZESAR 2015, 236, Rn. 31 unter Bezugnahme auf die Ausführungen bei EuGH 15.03.2012 „Sibilio“ - C-157/11, juris, Rn. 42, 51 (Veröffentlichung: nur Tenor).

544 *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (49); in diese Richtung auch: *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (194).

regelmäßig zur inhaltlichen Ausgestaltung des Begriffes unter Nennung einer konkreten Definition.⁵⁴⁵

Dies ist in den erläuterten Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff in den Richtlinien mit ausdrücklichem Verweis ins nationale Recht hingegen nicht der Fall: Dort verbleibt es regelmäßig bei den Aussagen zum Ausschluss oder zur Einbeziehung einer bestimmten Gruppe. Des Weiteren zitiert der EuGH jeweils die Bestimmung, welche den ausdrücklichen Verweis ins nationale Recht enthält.⁵⁴⁶

Dem entsprechen auch die Aussagen in der Entscheidung zur Rechtsache „Jaeger“. Dort stellt der EuGH nämlich ausdrücklich klar, dass die Begriffe „gemeinschaftsrechtliche“ sind und, entgegen des ausdrücklichen Verweises auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, nicht durch die Mitgliedstaaten festgelegt werden können.⁵⁴⁷

Hieraus lässt sich ableiten, dass der EuGH seine Entscheidung für eine unionseinheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs immer deutlich zum Ausdruck bringt.

(bb) Einschränkungen der Definitionshoheit der Mitgliedstaaten

Der Verweis ist aber insoweit als umfassend anzusehen, dass es den Mitgliedsstaaten nicht ohne weiteres erlaubt ist, die nationale Arbeitnehmerdefinition für den Anwendungsbereich des richtlinienumsetzenden Rechtsakts – etwa durch Herausnahme bestimmter Personengruppen – zu modifizieren.⁵⁴⁸

545 Siehe hierzu oben die Erläuterungen der Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit: II. 1. b) bb) (1), zum Arbeitnehmerbegriff anderer primärrechtlicher Rechtsakte: II. 1. b) bb) (2), sowie zum Arbeitnehmerbegriff in sekundärrechtlichen Rechtsakten: II. 1. b) bb) (3) (b) (bb), (cc), (dd) und (d).

546 Siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (a); vgl. hierzu auch: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 298.

547 Siehe oben die Erläuterungen der Entscheidung „Jäger“: II. 1. b) bb) (3) (a) (ff).

548 *Rebhahn* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 18 Rn. 14: „Bei Verweis sind die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung an den üblichen nationalen Begriffsinhalt gebunden. Dies ergibt sich aus dem Zweck und dem Gebot praktischer Wirksamkeit.“

Des Weiteren ist auch die „willkürliche“ Herausnahme bestimmter Beschäftigungsgruppen, welche im Allgemeinen nicht unter den nationalen Arbeitnehmerbegriff fallen, nicht unionskonform, wenn eine Differenzierung sachlich nicht gerechtfertigt scheint. Dies gilt insbesondere, wenn der betreffende Rechtsakt gerade auch die Durchsetzung allgemeiner unionsrechtlicher Grundsätze wie die Gleichstellung von Mann und Frau zum Zweck hat.

Diese weitere Einschränkung der Definitionshoheit der Mitgliedsstaaten kommt deutlich in der neueren Entscheidung zur Rechtssache „O'Brien“ zum Ausdruck.

(cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Bei Richtlinien mit einem ausdrücklichen Verweis in die jeweiligen nationalen Bestimmungen der Mitgliedsstaaten überlässt der EuGH – zumindest hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs – die Auslegung der Autonomie der Mitgliedsstaaten. Dieses Ermessen der Mitgliedsstaaten hat er jedoch, im Hinblick auf die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Regelung und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, eingeschränkt.⁵⁴⁹

(b) Primärrecht, Verordnungen und Richtlinien ohne ausdrücklichen Verweis

Die primärrechtlichen Rechtsakte und die Richtlinien, welche keinen Verweis enthalten, hatte der EuGH in seinen älteren Entscheidungen⁵⁵⁰ jeweils nach ihrem Sinn und Zweck auf ihren unionsrechtlichen Inhalt bzw. ihre unionsrechtliche Bedeutung untersucht.

In jüngeren Entscheidungen ist hingegen eine andere Tendenz erkennbar. Vielfach begnügte sich der EuGH mit einem Hinweis auf den

549 Vgl. hierzu auch: *Junker* in EuZA 2016, 184 (196 f.) kritisiert die „semiunionsautonomen Auslegung“ des EuGH; *Uffermann* in EuZA 2012, 518 (525) es sei vielmehr eine „Frage der Reichweite autonomer nationaler Begriffsbestimmung“; *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 298 spricht von einer Art „Mittelweg“ des EuGH.

550 So geschehen beispielsweise in den Entscheidungen „Unger“, siehe oben: II. 1. b) bb) (1) (a); „Allonby“, siehe oben: II. 1. b) bb) (2) (a); „Danmols Inventar“, siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (aa).

fehlenden Verweis in die nationalen Rechtsordnungen⁵⁵¹ (bzw. auf die Definition in der Richtlinie 89/391). Teilweise bescheinigte er dem Arbeitnehmerbegriff seine unionsrechtliche Bedeutung ohne nähere Begründung oder lediglich mit einem Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung zu anderen Rechtsakten.⁵⁵²

Jüngst ist der EuGH von dieser Tendenz wieder abgewichen und hat in einer Entscheidung das Erfordernis einer unionsweit einheitlichen und autonomen Auslegung des Begriffs mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie begründet.⁵⁵³

Dennoch ist festzuhalten, dass der EuGH in allen besprochenen Entscheidungen zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in primärrechtlichen Rechtsakten, in Richtlinien ohne einen Verweis und in einer Verordnung letztlich die unionseinheitliche autonome Auslegung des Begriffs angenommen hat. Lediglich für die Richtlinie 77/187/EWG hatte er in der Rechtssache „Danmols Inventar“ die Verwendung der nationalen Definitionen entschieden. Die mittlerweile ersetzende Richtlinie 2001/23/EG enthält nun aber einen ausdrücklichen Verweis in die nationalen Rechtsordnungen.⁵⁵⁴

(2) Inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitnehmerbegriffe beim Erfordernis einer unionsweit einheitlichen Auslegung

Im Folgenden werden die Beobachtungen der Rechtsprechungspraxis des EuGH bezüglich der inhaltlichen Bestimmung der Arbeitnehmerbegriffe im Unionsrecht zusammenfassend dargestellt.

Zwar stellt der EuGH in seinen Entscheidung wiederholt fest, dass der in Art. 45 AEUV verwendete Arbeitnehmerbegriff nicht notwendig mit dem Begriff übereinstimmt, der im Bereich von anderen europäischen Rechtsakten gilt.⁵⁵⁵

551 So geschehen beispielsweise in den Entscheidungen „Union syndicale Solidaires Isère“ und „Fenoll“, siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (bb).

552 So geschehen beispielsweise in den Entscheidungen „May“, „Kiiski“, „Neidel“, siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (bb), (cc).

553 So geschehen in der Entscheidung „Balkaya“, siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (dd).

554 Siehe bereits oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (aa).

555 So geschehen beispielsweise in den Entscheidungen „Martinez Sala“, „Allonby“, „O’Brien“, siehe hierzu oben: II. 1. b) aa), Fn. 429.

Dennoch, sofern der EuGH die unionsrechtliche Bedeutung des Begriffes bejaht und diesen unionseinheitlich und autonom bestimmen will, zitiert er in seiner Rechtsprechungspraxis gebetsmühlenartig und ohne weitere Begründung die in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Voraussetzungen.⁵⁵⁶

Dabei bezieht sich der EuGH aber nicht nur auf die betreffenden zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangenen Urteile, sondern verweist regelmäßig auch auf Urteile zu anderen Rechtsakten, in denen diese Voraussetzungen angewendet und teilweise näher definiert wurden.⁵⁵⁷⁵⁵⁸

Zum Teil spricht er von der „Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts“⁵⁵⁹, der „Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts“⁵⁶⁰, dem „Arbeitnehmerbegriff im Sinne des Unionsrechts im Allgemeinen“.⁵⁶¹

Am deutlichsten wird der EuGH aber in der Entscheidung zur Rechtssache „May“. Er greift nicht nur – wie in den sonstigen Entscheidungen – ohne Begründung auf die bekannte Definition des Arbeitnehmerbegriffs zurück, sondern trifft zugleich die allgemeine Aussage, dass diese Voraussetzungen ebenfalls für den Arbeitnehmerbe-

556 Siehe oben die Erläuterungen zu den Entscheidungen „Allonby“ „Fenoll“ „May“ „Neidel“ „Kiiski“ „Danosa“ „Balkaya“: II. 1. b) bb) (2) und (3) (b); zu dieser Beobachtung auch: *Junker* in EuZA 2016, 184 (189).

557 So beispielsweise in der Entscheidung „Danosa“: EuGH nimmt Bezug auf die Aussagen in der Entscheidung „Allonby“ hinsichtlich Unerheblichkeit der rechtlichen Einstufung nach nationalem Recht, siehe oben: II. 1. b) bb) (3)(b) (cc) ii., Fn. 523; In der Entscheidung „Balkaya“ wird Bezug genommen auf die Entscheidungen „Kiiski“ siehe: EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 35 und „Danosa“ siehe: Rn. 36; In der Entscheidung „Holterman Ferho Exploitiatie“ wird Bezug genommen auf Ausführungen in der Entscheidung „Balkaya“ hinsichtlich Erfordernis der Einzelfallbetrachtung siehe: EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 46.

558 Vgl. hinsichtlich dieser Beobachtung auch: *Rebhahn* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 18 Rn. 48.

559 So beispielsweise bei: EuGH 20.09.2007 „Kiiski“ - C-116/06, Slg 2007, I-7643-7688, Rn. 26.

560 So beispielsweise bei: EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 40; EuGH 14.10.2010 „Union syndicale Solidaires Isère“ C-428/09, Slg 2010, I-9961-9988, Rn. 30; EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 35.

561 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 44.

griff, der in Rechtsakten nach Art. 288 AEUV verwendet wird, gelte.⁵⁶²⁵⁶³

Die ausdrückliche und grundlegende Aussage des EuGH, dass der in den unionsrechtlichen Rechtsakten verwendete Arbeitnehmerbegriff kein einheitlicher sei, ist nach alldem widersprüchlich zu seiner Aussage in der Entscheidung zur Rechtssache „May“, sowie zu seiner ständigen Rechtsprechungspraxis.⁵⁶⁴ Denn tatsächlich verwendet der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffes „Arbeitnehmer“ rechtsaktübergreifend die gleichen Kriterien, die in der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelt wurden und in weiteren Entscheidungen Konkretisierungen erfahren haben.

Eine Ausnahme stellt jedoch die Entscheidung in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitatie“ dar, in der der EuGH für den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der betreffenden Verordnung noch eine weitere Voraussetzung benannt hat. Diese weitere Voraussetzung folgt der EuGH aus seiner Rechtsprechung zur Auslegung der entsprechenden Bestimmung im Brüsseler Übereinkommen, das mittlerweile durch die Verordnung Nr. 44/2001 ersetzt wurde. Dabei handelt es sich nicht um eine Konkretisierung der Kriterien aus der Lawrie-Blum-Entscheidung.⁵⁶⁵

bb) Schlussfolgerungen

Die Aussagen des EuGH in den besprochenen Urteilen lassen in ihrer Gesamtschau den Schluss zu, dass beim Erfordernis einer autonomen unionseinheitlichen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs eines europäischen Rechtsakts – entgegen teilweise vertretener Ansicht in

562 Zur entsprechenden Aussage in der Entscheidung „May“ bereits oben siehe: II. 1. b) bb) (3) (b) (bb) ii.

563 Aus dieser Aussage folgt *Borelli* in AuR 2011, 472 (473): die Anwendung des „Arbeitnehmerbegriff(s) des Art. 45 AEUV für alle durch Art. 288 AEUV regulierte Rechtsakte“.

564 Vgl. zur widersprüchlichen Rechtsprechung des EuGH auch: *Forst* in GmbHR 2012, 821 (823 f.) und nochmals in EuZW 2015, 664 (665). *Forst* zieht aber keine Schlussfolgerungen aus dieser Ungereimtheit.

565 Hierzu auch: *Junker* in EuZA 2016, 184 (190 f.).

der Literatur⁵⁶⁶ – stets auf jeden Fall die gleichen „Kernkriterien“ gelten und in diesem Sinne von einer einheitlich verwendeten Definition gesprochen werden kann; nämlich die in der Lawrie-Blum-Entscheidung entwickelten Merkmale und ihre Konkretisierung und Präzisierung in weiteren auch zu anderen europäischen Rechtsakten ergangenen Entscheidungen.⁵⁶⁷

Insoweit kann von *dem einen* unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gesprochen werden.

Ob ein europäischer Rechtsakt den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt, soll zwar nach den ausdrücklichen Aussagen in der ständigen Rechtsprechung des EuGH eine Frage der unionsrechtlichen Bedeutung der betreffenden Regelung sein. Die Rechtsprechungspraxis des EuGH spricht jedoch dafür, dass er diese *unionsrechtliche Bedeutung* zumindest immer dann bejahen wird, wenn der Unionsgesetzgeber hinsichtlich der Begriffsbestimmung keinen ausdrücklichen Verweis in die nationalen Rechtsordnungen aufgenommen hat.⁵⁶⁸ Insoweit ist also – entgegen immer noch vertretener Ansicht in

566 Siehe oben Fn. 430; sowie *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (189): „wobei ‚der‘ Arbeitnehmerbegriff des Europarechts nicht existiert, da die Auslegung in Abhängigkeit zur anwendbaren Regelungsmaterie und dessen Zweck erfolgt.“; *Oberthür* in NZA 2011, 253 (254): Der EuGH berücksichtige bei Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs den jeweiligen Regelungszusammenhang, „so dass die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in unterschiedlichen Regelungsbereichen einheitlich ausfallen kann.“; *Uffermann* in EuZA 2012, 518 (520); *Vielmeier* in NJW 2014, 2678 (2679 f.): „Einen einheitlichen, stets gleich auszulegenden unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gibt es gerade nicht.“

567 Vgl. die ausdrücklichen Äußerungen hierzu bei: *Hohenstatt/Naber* in NZA 2014, 637 (639 f.): „Tendenzen einer Vereinheitlichung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs, der an den Arbeitnehmerbegriff zur Freizügigkeit in den Rechtsakten gem. Art. 288 AEUV anknüpft“; dann aber einschränkend: die Auslegung jeder einzelnen Richtlinie orientiere sich „weiterhin an den von ihr konkret verfolgten Zwecken“; *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655: „Tendenz zur Entwicklung eines einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs“; *Lingemann/Otte* in DB 2015, 1965 (1966); zwischenzeitlich auch: *Lunk/Hildebrand* in NZA 2016, 129 (130); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (46 f.); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2265); *Schubert* in EuZA 2011, 362 (363).

568 Vgl. ebenso: *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (46 f.); nur unter Bezugnahme auf die Entscheidung „Union syndicale Solidaires Isère“: *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655; *Lingemann/Otte* in DB 2015, 1965 (1966).

der Literatur⁵⁶⁹ – der Wortlaut des jeweiligen EU-Rechts maßgeblich.⁵⁷⁰

Bei Richtlinien mit einem Verweis in die nationalen Rechtsordnungen ist der Arbeitnehmerbegriff zwar grundsätzlich autonom durch die Mitgliedsstaaten bestimmbar. Dieses Ermessen wird jedoch wiederum durch die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Regelung insoweit beschränkt, dass der Ausschluss bestimmter Personengruppen unter bestimmten Voraussetzungen unionsrechtswidrig sein kann.

Sicherlich bietet die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Arbeitnehmerbegriffe im Unionsrecht vielfach Anlass zu Kritik.⁵⁷¹ Vor dem Hintergrund des gewählten Themas beschränkt sich diese Arbeit aber auf eine Analyse der Rechtsprechung und einen Teilaspekt ihrer Auswirkungen. Ob die Auslegung der unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffe durch den EuGH methodisch richtig und inhaltlich überzeugend ist, bleibt daher offen.

2. EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern

Vor dem Hintergrund der obigen Schlussfolgerungen soll nun die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der rechtlichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff begutachtet werden.

569 *Rebhahn* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 18 Rn. 14: „Die Entscheidung, ob eine Richtlinie auf die nationalen Begriffe verweist, erfolgt primär anhand des Wortlauts und subsidiär nach dem Regelungszweck.“; *Forst* in EuZW 2015, 664 (665): Bei Verweis gelten die Arbeitnehmerbegriffe der Mitgliedstaaten, bei fehlendem Verweis sei durch Auslegung zu ermitteln, ob dennoch der mitgliedstaatliche Begriff gelte; *Rost* in FS Bohl, S. 531 (535): Soweit kein ausdrücklicher Verweis vorhanden, durch Auslegung zu ermitteln, i. d. R. aber unionsrechtlicher Begriff.

570 Nur im Ausgangspunkt so auch: *Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, D. Rn. 11 dennoch stets sorgfältige Prüfung angebracht, weil der EuGH in einigen Entscheidungen schwerpunktmäßig auf den jeweiligen Regelungszusammenhang und dessen Schutzzweck abstelle.

571 Kritische Auseinandersetzung: *Junker* in EuZA 2016, 184.

In jüngerer Zeit haben diesbezüglich vor allem die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitiatie“ besondere Aufmerksamkeit der Literatur bekommen. Vereinzelt⁵⁷² wird aber immer wieder auch auf die viele Jahre zuvor ergangenen Urteile des EuGH in den Rechtssachen „Asscher“ und „Clean Car“ Bezug genommen.

a) Das Urteil in der Rechtssache „Asscher“

aa) Kontext der Entscheidung und konkrete Aussagen des EuGH

In der Entscheidung zur Rechtssache „Asscher“⁵⁷³ äußerte sich der EuGH zur Arbeitnehmereigenschaft eines Geschäftsführers einer niederländischen *Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*⁵⁷⁴ im Sinne des (heutigen) Art. 45 AEUV.

Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens war die Vereinbarkeit verschiedener steuerrechtlicher Rechtsvorschriften mit den europäischen Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit. Die Einordnung erfolgte im Hinblick auf die Bestimmung der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit des Geschäftsführers zur Festlegung des maßgeblichen Prüfungsrahmens; also zur Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit⁵⁷⁵ und Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Zur näheren Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des (heutigen) Art. 45 AEUV nannte der EuGH, unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache „Lawrie-Blum“, die bekannten Kriteri-

572 Kurze Erläuterung dieser Entscheidungen beispielsweise bei: *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (363); *Oberthür* in NZA 2011, 253 (254); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (35); *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (7).

573 EuGH 27.06.1996 „Asscher“ - C-107/94, Slg 1996, I-3089-3132.

574 Dabei handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht, welche eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und u.a. durch ihre(n) Geschäftsführer vertreten wird. Geschäftsführer können Gesellschafter oder Dritte sein. Nach allgemeiner Ansicht ist diese mit einer deutschen GmbH vergleichbar, *Spahlinger/Wegen*, Internationales GesellschaftsR, Rn. 1382.

575 Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in Art. 49 AEUV normiert; zuvor Art. 43 EG-Vertrag; davor Art. 52 EG-Vertrag.

en.⁵⁷⁶ Die Einordnung des Geschäftsführers nach niederländischem Recht⁵⁷⁷ blieb konsequenterweise unerwähnt.

Aufgrund der Tatsache, dass der Geschäftsführer der betreffenden Gesellschaft ebenso deren einziger Gesellschafter war, verneinte der EuGH das Vorliegen einer Tätigkeit im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses. Er folgerte daraus das Fehlen der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 45 AEUV und bejahte die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der Niederlassungsfreiheit gemäß (dem heutigen) Art. 49 AEUV.⁵⁷⁸

bb) Erkenntnisse

Bereits aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Asscher“ lässt sich die Aussage entnehmen, dass jedenfalls ein Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft, der gleichzeitig deren einziger Gesellschafter ist, als selbständig eingeordnet werden muss und kein Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit sein kann.

Dabei blieb jedoch unbeantwortet, ob diese Aussage auch hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs anderer europäischer Rechtsakte gilt, ob sie grundsätzlich auf den alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer einer deutschen GmbH übertragbar ist und was zu gelten hat, wenn weitere Anteilseigner existieren.

b) Das Urteil in der Rechtssache „Clean Car“

aa) Kontext der Entscheidung und konkrete Aussagen des EuGH

Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtssache „Clean Car“⁵⁷⁹ war unter anderem die Unionsrechtskonformität einer Regelung der österreichischen Gewerbeordnung 1994, nach welcher

576 EuGH 27.06.1996 „Asscher“ - C-107/94, Slg 1996, I-3089-3132, Rn. 25.

577 Anmerkung: Nach niederländischem Recht bestehen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft zwei Rechtsverhältnisse, eine gesellschaftsrechtliche und ein arbeitsrechtliches, vgl. *Hoogendoorn/Rogmans* in Henssler/Braun, *ArbR* in Europa, S. 805 Rn. 118.

578 EuGH 27.06.1996 „Asscher“ - C-107/94, Slg 1996, I-3089-3132, Rn. 26.

579 EuGH 07.05.1998 „Clean Car“ - C-350/96, Slg 1998, I-2521-2586.

eine Voraussetzung für die Bestellung eines Geschäftsführers dessen Wohnsitz im Inland war (§ 39 Abs. 2 GewO 1994 a.F.)

Mit dem Begriff „Geschäftsführer“ ist aber, im Sinne der betreffenden Vorschrift, nicht nur das gesetzliche Vertretungsorgan der österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemeint.⁵⁸⁰ Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 a.F. müssen juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts (offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften) sowie eingetragene Erwerbgesellschaften, die ein Gewerbe ausüben, einen *Geschäftsführer* oder Pächter bestellt haben. Es handelt sich somit um eine Art „gewerberechtlichen“ Geschäftsführer.

Der EuGH prüfte, im Rahmen der Unionsrechtskonformität der betreffenden Regelung, die Vereinbarkeit mit der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß (dem damals geltenden) Art. 48 EG-Vertrag. Zur Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs dieser Grundfreiheit, welche maßgeblich durch Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs bestimmt wird, äußerte sich der EuGH jedoch überhaupt nicht. Die Arbeitnehmereigenschaft des „Geschäftsführers“ nach § 39 GewO 1994 a.F. setze er vielmehr stillschweigend voraus.

bb) Erkenntnisse

Den Ausführungen des EuGH in der Rechtssache „Clean Car“ lässt sich entnehmen, dass jedenfalls die Geschäftsführer nach § 39 (österreichische) GewO 1994 a.F. als Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelten.

Die allgemeine Aussagekraft dieser Feststellung, insbesondere für Mitglieder des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft, und die Über-

580 Zum Geschäftsführer der GmbH als deren gesetzlichen Vertreter, siehe: §§ 18 ff. (österreichisches) GmbHG.

Anmerkung: Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Österreichs sind Geschäftsführer einer (österreichischen) GmbH als Arbeitnehmer der Gesellschaft anzusehen, soweit sie nicht durch ihre Beteiligung als Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss auf diese haben, z.B. OGH 17.10.2002 - 8ObA68/02m, abrufbar unter: <https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/> (zuletzt abgerufen am 02.08.2016); vgl. auch *Pelzmann* in Hensler/Braun, ArbR in Europa, S. 935 Rn. 27.

tragbarkeit auf den Geschäftsführer einer deutschen GmbH sind aber äußerst fraglich.

c) Das Urteil in der Rechtssache „Danosa“

Zu einem regelrechten Aufschrei in der arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Literatur⁵⁸¹ haben die Äußerungen des EuGH in der Rechtssache „Danosa“⁵⁸² geführt.

aa) Kontext

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hatte sich der EuGH zur Auslegung der Richtlinie 92/85/EWG⁵⁸³ zu äußern. Konkret wollte das vorlegende Gericht zunächst wissen, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt, als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie anzusehen sei.⁵⁸⁴

Des Weiteren hatte der EuGH die Frage zu klären, ob Art. 10 der betreffenden Richtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach welcher die Abberufung eines solchen Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft ohne Einschränkungen und insbesondere ohne Berücksichtigung der Schwangerschaft der Betroffenen zulässig sei.⁵⁸⁵

581 Siehe nur: *Reiserer* in Moll AnwHdB ArbR, § 6 Rn. 66: die Entscheidung „rüttel“ an dem Grundverständnis deutscher Juristen zur Stellung des GmbH-Geschäftsführers; *Fischer* in NJW 2011, 2329; *Forst* in GmbHR 2012, 821; *Junker* in NZA 2011, 950; *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655; *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188; *Oberthür* in NZA 2011, 253; *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26; *Schulze/Hintzen* in ArbRAktuell 2012, 263; *Steinau-Steinrück/Mosch* in NJW-Spezial 2011, 178; *Rost* in FS Bohl, S. 531 (536 ff.): „große Unruhe in der arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Literatur“.

582 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464.

583 RL 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 348/01.

584 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 38.

585 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 57.

Dem Verfahren lag ein Rechtsstreit zwischen Frau Danosa und der lettischen Kapitalgesellschaft LKB Lizings SIA über die Wirksamkeit ihrer Abberufung von den Aufgaben als alleinige Geschäftsführerin der Gesellschaft durch die Gesellschafterversammlung zugrunde. Zum Zeitpunkt der Abberufung war Frau Danosa schwanger.

Wie im deutschen Recht⁵⁸⁶, wird auch im lettischen zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis und einem schuldrechtlichen Vertrag unterschieden.

Die Parteien stritten über die Frage, ob im konkreten Fall neben dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis noch ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag geschlossen worden war und wie dieser rechtlich einzuordnen sei. Das Vorlagegericht ging davon aus, dass überhaupt kein schuldrechtlicher Vertrag vorlag.⁵⁸⁷

bb) Allgemeine Ausführungen zum Arbeitnehmerbegriff im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG

Wie bereits festgestellt, entschied der EuGH, der Arbeitnehmerbegriff der betreffenden Richtlinie sei – wie nach seiner „ständigen Rechtsprechung“ – unionsautonom zu bestimmen und verwendete die in seiner Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Kriterien sowie die in den Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff anderer Unionsrechtsakte geäußerten Präzisierungen der einzelnen Merkmale.⁵⁸⁸

Dies begründete er mit dem Willen des Unionsgesetzgebers, dem Begriff „schwangere Arbeitnehmerin“ für die Anwendung der betreffenden Richtlinie eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung geben zu wollen.⁵⁸⁹

Konkret führte er aus, dass der Arbeitnehmerbegriff anhand objektiver Kriterien zu bestimmen sei, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe darin, dass eine

586 Nach der herrschenden Trennungstheorie, siehe oben: Erster Teil, III. 1. b) aa).

587 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 20 ff.

588 Hierzu auch bereits oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (cc) ii.

589 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 53 mit Verweis auf die Entscheidung in der Rechtssache „Kiiski“.

Person während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁵⁹⁰ Dabei sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Unterordnungsverhältnis bzw. ein gewisser Grad an Unterordnung erforderlich.⁵⁹¹

Die Beurteilung, ob ein solches Unterordnungsverhältnis vorliege, habe – nach Ansicht des EuGH – in jedem Einzelfall und unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte und Umstände, welche die Beziehung ausmachten, zu erfolgen.⁵⁹²

Wiederholt wies der EuGH auf die Unerheblichkeit der Einordnung nach nationalem Recht als Rechtsverhältnis „sui generis“ hin.⁵⁹³

Auf das entsprechende Urteil in der Rechtssache „Allonby“ verweisend, wiederholte der EuGH zudem seine Aussage zur Unerheblichkeit der nach innerstaatlichem Recht formalen Einstufung als Selbständiger für die Einstufung als Arbeitnehmer im Sinne der betreffenden Richtlinie, soweit diese Selbständigkeit nur fiktiv sei und das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne der betreffenden Richtlinie verschleierte.⁵⁹⁴

Des Weiteren präziserte der EuGH die letztgenannten Ausführungen für den vorliegenden Fall, indem er ausführte, dass weder die rechtliche Einstufung des zwischen einer Kapitalgesellschaft und den Mitgliedern ihrer Unternehmensleitung bestehenden Rechtsverhältnisses nach nationalem Recht (hier: nach lettischem Recht), noch der fehlende Abschluss eines Arbeitsverhältnisses, die Einstufung als Arbeitnehmer im Sinne der betreffenden Richtlinie beeinflussen könne.⁵⁹⁵

590 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 39 mit Verweis auf das Urteil zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Rechtssache „Lawrie-Blum“, das Urteil zum Arbeitnehmerbegriff in Art. 157 Abs. 1 AEUV in der Rechtssache „Allonby“ und das bisher zum Arbeitnehmerbegriff in der betroffenen Richtlinie 92/85 ergangene Urteil in der Rechtssache „Kiiski“.

591 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 44.

592 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 46.

593 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 40 mit Verweis auf die Urteile in den Rechtssachen „Betray“ und „Raulin“.

594 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 41.

595 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 42.

cc) Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft

Besondere Beachtung verdienen aber die Ausführungen des EuGH zu der Frage, inwieweit ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft als Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift eingeordnet werden kann.

Nach Ansicht des EuGH können Mitglieder eines Leitungsorgans einer Gesellschaft grundsätzlich Arbeitnehmer derselben sein. Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft sei per se jedenfalls nicht geeignet, das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses zur Gesellschaft auszuschließen.

Bei der für die Einordnung vorzunehmende Einzelfallprüfung seien stets die Bedingungen der Bestellung, die Art der übertragenen Aufgaben, der Rahmen und die Art und Weise der Ausführung dieser Aufgaben, der Umfang der Befugnisse, die Kontrolle durch die Gesellschaft und die Umstände der Abberufung näher zu begutachten.⁵⁹⁶

Dies begründete der EuGH damit, dass gerade ein Mitglied eines Leitungsorgans einer Gesellschaft, welches gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingliedert ist, welches zudem seine Tätigkeit nach der Weisung und unter der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausübt und jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, die in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs erfülle.⁵⁹⁷

dd) Beurteilung des konkreten Falls

Die Umstände des konkreten Falls konnten ohne weiteres unter die oben genannten Grundsätze subsumiert und die Arbeitnehmereigenschaft Danosas bejaht werden.

Der EuGH stellte dabei im Wesentlichen auf ihre Pflichten gegenüber dem Aufsichtsrat der Gesellschaft ab; mit welchem sie zusammenarbeiten und gegenüber welchem sie Rechenschaft über ihre Geschäftsführung ablegen musste. Außerdem war die Tatsache entschei-

596 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 47.

597 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 51.

dend, dass Frau Danosa nach den nationalen Gesetzen von ihrem Amt als Mitglied der Unternehmensleitung jederzeit und gegen ihren Willen durch einen Gesellschafterbeschluss abberufen werden konnte. Den bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eingeräumten Ermessensspielraum ordnete der EuGH hingegen als unerheblich ein.⁵⁹⁸

Konsequenterweise entschied der EuGH hinsichtlich der 2. Vorlagefrage: Art. 10 der Richtlinie sei so auszulegen, dass er einer entsprechenden nationalen Regelung entgegenstehe, soweit eine „schwängere Arbeitnehmerin“ im Sinne der Richtlinie betroffen sei und die Abberufungsentscheidung im Wesentlichen aufgrund der Schwangerschaft erfolge.⁵⁹⁹

ee) Erkenntnisse

Die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache „Danosa“ liefern, neben den bereits erläuterten Schlussfolgerungen für den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff, weitere Erkenntnisse hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern der Leitungsorgane europäischer Kapitalgesellschaften.

(1) Zugehörigkeit zu Leitungsorgan steht Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen

Mitglieder des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft können grundsätzlich Arbeitnehmer derselben sein. Die Zugehörigkeit zu einem Leitungsorgan ist per se nicht geeignet, das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses als Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft auszuschließen. Das gilt auch dann, wenn es sich bei dem Mitglied – wie bei Frau Danosa – um das einzige des Leitungsorgans handelt.

(2) Einordnung nach nationalem Recht ist unerheblich

Die Einstufung des Rechtsverhältnisses nach nationalem Verständnis sowie die subjektive rechtliche Einordnung durch die Parteien sind unerheblich.

598 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 49 f.

599 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 74.

(3) Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung

Ob ein Mitglied des Leitungsorgans Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG ist, muss immer im Rahmen einer Einzelfallprüfung und anhand bestimmter objektiver Kriterien ermittelt werden.

(4) Spezifizierung der bekannten Kriterien

Der EuGH spezifiziert die bekannten Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs hinsichtlich der Mitglieder der Unternehmensleitung von Kapitalgesellschaften.

So ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand folgender Kriterien zu prüfen:

Erbringt das betreffende Mitglied Leistungen für die Gesellschaft, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist und erhält es dafür ein Entgelt. Erfolgen diese Leistungen nach Weisung und unter Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft. Ist das betreffende Mitglied schließlich jederzeit von seinem Amt abberufbar.

Die für die Arbeitnehmereigenschaft nach Unionsrecht erforderliche Weisungsabhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber soll sich bei Mitgliedern des Leitungsorgans von Kapitalgesellschaften folglich bereits aus deren Rechenschafts- und Kooperationspflichten bzw. der jederzeitigen freien Abberufbarkeit von ihrem Amt ergeben.

Dem EuGH genügt demnach eine Art *mittelbare* Abhängigkeit, die sich darin zeigt, dass das Mitglied bei Nichtbefolgung mit seiner Abberufung rechnen muss.

(5) Ungeklärte Fragen

Die Entscheidung in der Rechtssache „Danosa“ warf weitere Fragen auf. Unter anderem konnte immer noch nicht geklärt werden, inwieweit eine gleichzeitige Anteilseignerschaft des betreffenden Mitglieds des Leitungsorgans und die damit verbundene Einflussnahme auf Weisungen (an sich selbst) einer Arbeitnehmereigenschaft entgegensteht.

Die Entscheidung erging zudem im Rahmen der Richtlinie 92/88/EWG, weswegen die Übertragbarkeit der aufgestellten Grundsätze auf den Arbeitnehmerbegriff anderer europäischer Rechtsakte bezweifelt

wurde,⁶⁰⁰ sowie das Erfüllen dieser Voraussetzungen durch Mitglieder der Unternehmensleitungen deutscher Kapitalgesellschaften, insbesondere den GmbH-Geschäftsführer, infrage stand.⁶⁰¹

Die Entscheidung des EuGH warf noch ein weiteres Problem auf, was zu einiger Diskussion im Schrifttum geführt hat. Der EuGH trennt in seinen Ausführungen nicht eindeutig zwischen dem Organverhältnis und einem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag, sondern beschäftigt sich nur mit der Unionsrechtskonformität der „Abberufung“ eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft. Das Schrifttum streitet aufgrund dessen über die Frage, ob sich der Sonderkündigungsschutz der betreffenden Richtlinie, welcher nach der Entscheidung des EuGH schließlich auch für Mitglieder der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaften gelten kann, nur auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses oder auch auf die gesellschaftsrechtliche Abberufung aus der Organstellung bezieht.⁶⁰²

d) Das Urteil in der Rechtssache „Balkaya“

Einige Jahre später hatte sich der EuGH in der Rechtssache „Balkaya“⁶⁰³ erneut mit der Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft zu befassen.

600 Die Frage der Übertragbarkeit stellen beispielsweise: *Forst* in GmbHR 2012, 821 (824 ff.) und *Rost* in FS Bohl, S. 531 (538).

601 Das vorlegende Gericht in der Rechtssache „Balkaya“ stellte u.a. diese Frage hinsichtlich des GmbH-Geschäftsführers: ArbG Verden 06.05.2014 - 1 Ca 35/13, NZA 2014, 665, unter 5. a) dd).

602 Hierzu ausführlich: *Oberthür* in NZA 2011, 253 (257); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (36 ff.); *Schiefer/Worzalla* in ZfA 2013, 41 (43 ff.); *Schubert* in EuZA 2011, 362 (366 f.); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 136 ff.; Kurz angesprochen bei: *Junker* in NZA 2011, 950 (951); *Reufels/Molle* in NZA-RR 2011, 281 (283 f.)

603 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861.

aa) Kontext

Das durch ein deutsches Arbeitsgericht gestellte Vorabentscheidungsersuchen betraf die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG⁶⁰⁴.

Dem Verfahren lag ein zwischen einer deutschen GmbH – der Kiesel Abbruch - und Recycling Technik GmbH – und einem bei ihr beschäftigten Techniker – Herrn Balkaya – geführter Rechtsstreit über die Unwirksamkeit seiner betriebsbedingten Kündigung, aufgrund des Fehlens einer Massentlassungsanzeige⁶⁰⁵ bei der Bundesagentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 KSchG⁶⁰⁶, zugrunde.

Nach Ansicht Herrn Balkayas war der Schwellenwert für die Erforderlichkeit einer Massentlassungsanzeige erreicht worden, weil ein gemeinschaftlich vertretungsberechtigter (Fremd-)Geschäftsführer der GmbH, ein als Konstrukteur Beschäftigter sowie eine (eine Umschulung durchlaufende) Praktikantin bei der Berechnung des Schwellenwertes hätten berücksichtigt werden müssen.⁶⁰⁷

Nach der ausdrücklichen nationalen Regelung in § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG gelten jedoch Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zu deren gesetzlicher Vertretung berufen ist, nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift.

Vor dem Hintergrund der Erkenntnisse aus der „Danosa“-Entscheidung wollte das vorliegende Gericht daher – unter anderem – wissen, ob das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG, dahingehend auszulegen sei, dass es nationalen gesetzlichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, die bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigungszahl ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lassen, auch wenn es seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als

604 RL 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bei Massentlassungen, ABl. 1998 L 225/16.

605 Zur Unwirksamkeit einer Kündigung bei fehlerhafter Massentlassungsanzeige nach § 134 BGB siehe: BGH 22.11.2012 - 2 AZR 371/11, NZA 2013, 845.

606 Die Norm dient der Umsetzung der Richtlinie, näheres hierzu: *Moll in Ascheid/Preis/Schmidt, KündigungsR*, Vor §§ 17 ff., Rn. 6 f.

607 Zum Kontext der Entscheidung siehe: EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 14 ff.

Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und selbst keine Anteile an der Gesellschaft besitzt.⁶⁰⁸

bb) Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft

Die Ausführungen des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff der betreffenden Richtlinie sind bekannt.⁶⁰⁹

Hinsichtlich der Frage nach der grundsätzlichen Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft, erklärte der EuGH – ohne weitere Begründung – die in seiner Rechtsprechung zur Rechtssache „Danosa“ geäußerten Grundsätze im Rahmen der Richtlinie 98/59 für anwendbar.⁶¹⁰

cc) Beurteilung des konkreten Falls

Bei der Beurteilung des konkreten Falls kam der EuGH zum Ergebnis, dass „ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende“ als „Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 a der Richtlinie 98/59 einzustufen sei, was eine Berücksichtigung bei der Berechnung der Schwellenwerte zur Folge hat.⁶¹¹

Dies begründete er mit dem Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft. Das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses leitete der EuGH aus der Tatsache ab, dass die betreffende Leitungsperson von der Generalversammlung der Kapitalgesellschaft ernannt wird, jederzeit gegen ihren Willen abberufen werden kann, bei der Ausübung ihrer Tätigkeit der Weisung und Aufsicht des genannten Organs und den ihr insoweit auferlegten Vorgaben und Beschränkungen unterliegt und eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhält. Der EuGH erwähnte zudem den fehlenden Besitz von Gesellschaftsanteilen, wobei er ausdrücklich betonte,

608 Zu der entsprechenden Vorlagefrage: EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 30 f.

609 Siehe hierzu oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (dd).

610 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 38 f.

611 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 43.

dass diese Tatsache für sich genommen nicht ausschlaggebend sei. Als unerheblich wertete er hingegen den bei der Wahrnehmung der Aufgaben eingeräumten Ermessenspielraum, obwohl dieser über den eines Arbeitnehmers im Sinne des deutschen Rechts hinausgehe.⁶¹²

Der EuGH sah diese weite Auslegung durch die Zielsetzung der Richtlinie bestätigt, welche unter anderem eine Verstärkung des Schutzes der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen im Blick habe.⁶¹³

Gegen den Einwand der mangelnden Schutzbedürftigkeit von Geschäftsführern im Rahmen der betreffenden Richtlinie, wandte der EuGH ein, es sei diesbezüglich kein Unterschied zu den anderen Beschäftigten einer Gesellschaft ersichtlich. Im Übrigen würde die Nichtberücksichtigung bei der Berechnung des Schwellenwertes die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen, weil dabei alle Arbeitnehmer bestimmter Unternehmen vom Anwendungsbereich und von den Rechten ausgeschlossen wären.⁶¹⁴

Konsequenterweise bejahte der EuGH im Ergebnis die erläuterte Vorlagefrage.

dd) Erkenntnisse

Einige der offenen Fragen konnten durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Balkaya“ geklärt werden.

(1) „Danosa“ - Kriterien gelten auch im Rahmen anderer Unionsrechtsakte

Hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft nahm der EuGH ganz selbstverständlich auf seine in der Entscheidung zur Rechtssache „Danosa“ aufgestellten Voraussetzungen Bezug und erklärte diese im Rahmen der Richtlinie 98/59 für anwendbar.

Das spricht dafür, dass diese Kriterien auch für die übrigen Unionsrechtsakte zu gelten haben, soweit diese eine autonome unionseinheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs erfordern bzw. den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen.

612 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 40 ff.

613 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 44.

614 EuGH 09.07.2015 „Balkaya“ - C-229/14, NZA 2015, 861, Rn. 45 ff.

(2) Subsumtion eines Geschäftsführers einer deutschen GmbH unter die „Danosa“-Kriterien

Die Arbeitnehmereigenschaft des im konkreten Fall betroffenen Fremdgeschäftsführers einer deutschen GmbH bejahte der EuGH, weil dieser bei der Ausübung seiner Tätigkeit den Weisungen und der Aufsicht der Gesellschafterversammlung unterliegt, diese ihn ernennt und jederzeit abberufen kann.

Unerheblich ist hingegen, nach der Ansicht des EuGH, das Bestehen eines Ermessensspielraums des Geschäftsführers hinsichtlich der zu erledigenden Arbeitsaufgaben und der Art und Weise der Erledigung, welcher nach dem nationalen deutschen Recht dazu führt, dass die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen ist.

Durch die Entscheidung in der Rechtssache „Balkaya“ konnte somit ausdrücklich geklärt werden: Die bei „Danosa“ aufgestellten Kriterien sind auf Geschäftsführer einer GmbH nach deutschem Recht grundsätzlich anwendbar.

(3) Gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG ausreichend

Nach den Ausführungen in der Rechtssache „Balkaya“ herrscht nun Klarheit darüber, dass dem EuGH, zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft, grundsätzlich die Erteilung gesellschaftsrechtlicher Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG ausreichen und keine speziellen, sogenannte arbeitsrechtliche, Weisungen hinsichtlich der Modalitäten der Leistungserfüllung im Sinne von § 106 GewO erforderlich sind.⁶¹⁵

(4) Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung

Es muss stets eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden. Nach der ausdrücklichen Aussage des EuGH verbietet sich die pauschale Einordnung der Mitglieder von Leitungsorganen unter den Arbeitnehmerbegriff.

Es spricht viel dafür, dass beispielsweise eine in der Satzung festgelegte Einschränkung der freien Abberufbarkeit gemäß § 38 Abs. 2

615 Bereits nach „Danosa“: *Oberthür* in NZA 2011, 253 (254); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2265).

GmbHG auf das Vorliegen wichtiger Gründe zur Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne führen würde. Schließlich unterliegt der GmbH-Geschäftsführer in diesen Fällen gerade nicht dem mittelbaren Druck der drohenden Abberufung vom seinem Amt bei einer Geschäftsleitung entgegen der Vorstellungen der Gesellschafterversammlung.

(5) Vertretungsverhältnisse unerheblich

Abermals thematisiert der EuGH in seiner Begründung die Vertretungsverhältnisse in der Gesellschaft nicht. Im Gegensatz zu Frau Danosa war der betreffende Geschäftsführer in der Rechtssache „Balkaya“ nur gesamtvertretungsbefugt. Die Anzahl der Mitglieder des Leitungsorgans und deren Vertretungsberechtigungen scheinen nach Ansicht des EuGH folglich keine Rolle bei der Arbeitnehmereigenschaft dieser zu spielen.

(6) Weiterhin ungeklärte Frage

Hinsichtlich der Anteilseignerschaft äußerte sich der EuGH nur dahingehend, dass eine solche für die Arbeitnehmereigenschaft für sich betrachtet nicht ausschlaggebend sei. Näheres zur Arbeitnehmereigenschaft von Gesellschafter-Geschäftsführern blieb also auch nach der Entscheidung in der Rechtssache „Balkaya“ unklar.⁶¹⁶

e) Das Urteil in der Rechtssache „Holterman Ferho Exploitatie“

Nur zwei Monate später erging das Urteil des EuGH in der Rechtsache „Holterman Ferho Exploitatie“.⁶¹⁷

616 So auch: *Lunk* in NZA 2015, 917 (920); *Forst* in EuZW 2015, 664 (665).

617 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199.

aa) Kontext

In dem Vorabentscheidungsverfahren hatte sich der EuGH mit der Auslegung verschiedener Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001⁶¹⁸ zu befassen.

Dem Verfahren lag ein Rechtsstreit vor einem niederländischen Gericht zugrunde. Die Holdinggesellschaft Holterman Ferho Exploitatie, eine *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*⁶¹⁹ mit Sitz in den Niederlanden und ihre drei Tochtergesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht und mit Sitz in Deutschland, begehrten Feststellung und Schadensersatz wegen Fehlern des Geschäftsführers bei der Erfüllung seiner Aufgaben. Der betroffene Beklagte, Herr Spies von Büllesheim, war zunächst nur Geschäftsführer der drei Tochtergesellschaften, später auch Direktor und Geschäftsführer der Holdinggesellschaft, an welcher er zudem Anteile hielt. Die Mehrheit der Anteile wurde jedoch von einem Dritten gehalten.⁶²⁰

Die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregelungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 verunsicherten, im Rahmen der Prüfung der internationalen Zuständigkeit, die nationalen Gerichte der verschiedenen Instanzen. Ein entsprechendes Vorlagegesuch stellte unter anderem die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Zuständigkeitsregeln in Art. 5 Nr. 1 a), 3 und in den Artt. 18 - 21, welche für „individuelle Arbeitsverträge“ gelten.⁶²¹

618 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen, ABl. 2001 L 12/01, mit Wirkung zum 10.01.2015 abgelöst durch Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl. 2012 L 351/01 (auch als Brüssel-Ia-VO bezeichnet).

619 Niederländische Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung, näheres siehe oben unter Fn. 574.

620 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 12 ff.

621 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 20 ff.

Aufgrund dessen hatte der EuGH zunächst zu klären, ob Herr Spies von Büllesheim durch einen „individuellen Arbeitsvertrag“ mit der niederländischen Holdinggesellschaft verbunden war und als deren „Arbeitnehmer“ im Sinne der Verordnung eingestuft werden konnte.⁶²²

bb) Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft

Die allgemeinen Ausführungen des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff der Verordnung sind bekannt.⁶²³

Die Arbeitnehmereigenschaft des Herrn Spies von Büllesheim in seiner Eigenschaft als Direktor und Geschäftsführer von Holterman Ferho Exploitatie soll, nach den Ausführungen des EuGH, daran gemessen werden, ob dieser während einer bestimmten Zeit für diese Gesellschaft und nach deren Weisung Leistungen erbracht hat, für die er als Gegenleistung einer Vergütung erhielt und zu der er in einer dauerhaften Beziehung stand, durch die er in einer bestimmten Weise in ihren Betrieb eingegliedert war.⁶²⁴

Wiederholt stellte der EuGH fest, dass das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses anhand einer Einzelfallprüfung zu beurteilen sei. Dass zwischen einem Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft und derselben grundsätzlich ein Unterordnungsverhältnis bestehen kann, bejahte der EuGH nunmehr stillschweigend.⁶²⁵

Das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses problematisierte der EuGH nur noch unter dem Aspekt der gleichzeitigen Anteilseignerschaft an der Gesellschaft. Er äußerte sich dahingehend, dass zu prüfen sei, inwieweit der Anteilseigner in der Lage ist, auf die Willensbildung des Verwaltungsorgans der Gesellschaft Einfluss zu neh-

622 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 34.

623 Siehe hierzu oben: II. 1. b) bb) (3) (d).

624 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 45.

625 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 46 bezugnehmend auf das Urteil in der Rechtssache „Balkaya“.

men.⁶²⁶ Im Falle der Anteilseignerschaft sei die Bejahung eines Unterordnungsverhältnisses, im Sinne der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff, nur dann möglich, wenn die Einflussnahmemöglichkeiten auf das Organ, welches Weisungen erteilen und kontrollieren kann, unerheblich sind.⁶²⁷

cc) Beurteilung des konkreten Falls

Vorliegend reichte dem EuGH die bloße Kenntnis von der Höhe der Anteile Herrn Spies von Büllesheim aber nicht aus. Er überließ die weiteren Ermittlungen des Sachverhalts und die Subsumtion unter die aufgestellten Voraussetzungen dem vorlegenden Gericht.⁶²⁸

dd) Erkenntnisse

(1) „Danosa“- Kriterien gelten auch im Rahmen der Verordnung

Erneut nahm der EuGH auf die in der Entscheidung zur Rechtssache „Danosa“ aufgestellten Kriterien Bezug. Diese gelten somit auch für die Einordnung eines Mitglieds des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft als Arbeitnehmer im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001.

(2) Gleichzeitige Anteilseignerschaft kann die Arbeitnehmereigenschaft unter bestimmten Voraussetzungen ausschließen

Vor allem aber herrscht nunmehr Klarheit zu der Frage, inwieweit eine gleichzeitige Anteilseignerschaft des Geschäftsführers der Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehen kann.

Der EuGH hat das für den Fall bejaht, dass ein Mitglied der Unternehmensleitung als gleichzeitiger Anteilseigner der Gesellschaft in der Lage ist, auf die Willensbildung der Gesellschaft bzw. auf das Organ,

626 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 47.

627 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 47.

628 EuGH 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitiatie“ - C-47/14, NZG 2015, 1199, Rn. 47.

welches die Weisungen erteilt und kontrolliert, *erheblichen Einfluss* zu nehmen. Dabei ist die bloße Höhe des Anteils nicht immer ausschlaggebend, es kommt vielmehr auf die tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeiten an. Ebenso ist unerheblich, ob das Mitglied des Leitungsorgans *tatsächlich* Einfluss nimmt, denn den Aussagen des EuGH zufolge, muss es nur *in der Lage* dazu sein.

Insoweit sind also stets die konkreten gesellschaftlichen Gegebenheiten zu untersuchen.

3. Schlussfolgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH für die Subsumtion des GmbH-Geschäftsführers unter die Arbeitnehmerbegriffe im Unionsrecht

Aus der Rechtsprechungspraxis des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht⁶²⁹ und aus seinen Aussagen zur Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft⁶³⁰ lassen sich folgende allgemeine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft des deutschen GmbH-Geschäftsführers im unionsrechtlichen Sinne ziehen:

a) Bei Verwendung des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs

aa) Geltung der Kriterien aus „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitation“

Soweit Unionsrecht – primärrechtlicher oder sekundärrechtlicher Art – eine autonome und unionsweit einheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs verlangt,⁶³¹ gelten, bezüglich der rechtlichen Einordnung des deutschen GmbH-Geschäftsführers, die vom EuGH in den Entscheidung zu den Rechtssachen „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitation“ aufgestellten Grundsätze.⁶³²

629 Siehe oben: II. 1.

630 Siehe oben: II. 2.

631 Wann dies der Fall ist, zusammenfassend dargestellt oben: II. 1. c) aa) (1).

632 Zum Meinungsstand bzgl. der Einordnung der verschiedenen GmbH-Geschäftsführertypen nach „Danosa“ vgl.: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 48 f.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechungspraxis des EuGH zur inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht ist feststellbar, dass der EuGH in den betreffenden Entscheidungen die bekannten Kriterien des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs weiterentwickelt hat.

In seinen Ausführungen kommt deutlich zum Ausdruck, dass jeweils die Kriterien des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs konkretisiert und für die Anwendung auf Mitglieder der Leitungsorgane europäischer Kapitalgesellschaften spezifiziert werden sollten.

Bekanntlich wird beispielsweise in der Rechtssache „Danosa“ auf die entsprechenden Urteile zum Arbeitnehmerbegriff im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und anderen primärrechtlichen Rechtsakten verwiesen. In den Entscheidungen „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitatie“ wird auf die in „Danosa“ aufgestellten Grundsätze verwiesen, obwohl jeweils andere Rechtsakte betroffen sind.⁶³³

bb) Subsumtion unter die aufgestellten Kriterien

(1) Fremdgeschäftsführer

(a) Im Regelfall

Fremdgeschäftsführer deutscher GmbHs sind nach den aufgestellten Kriterien im Regelfall als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzuordnen.⁶³⁴

Wie der EuGH selbst in seiner Entscheidung in der Rechtssache „Balkaya“ bereits ausgeführt hat, werden Fremdgeschäftsführer als Or-

633 Zu allem bereits ausführlich oben siehe: II. 1. b) bb) (3) (b).

634 So bereits nach „Danosa“ die h.M. im Schrifttum, siehe nur: *Reufels* in Hümmerich/Reufels, Kap. 2, Rn. 24; *Bauer* in GWR 2010, 586; *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2331); *Forst* in GmbHR 2012, 821 (825); *Junker* in NZA 2011, 950 (951); *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655; *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (58); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2265); *Schubert* in EuZA 2011, 362 (366); *Stenslik* in DStR 2015, 2334; *Wank* in EWIR 2011, 27 (28); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (538).

Nach „Balkaya“: *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353; die „Gefahr“ der Einstufung als Arbeitnehmer in diesem Sinne sei groß; *Arnold* in NJW 2015, 2481 (2484); *Grobys/von Steinau-Steinrück* in NJW-Spezial 2015, 498.

Nach „Holterman“: *Lunk* in NZA 2015, 1480.

gan der GmbH von dieser bestellt und leisten die Geschäftsführertätigkeit gegen Entgelt und nach Weisung der Gesellschafterversammlung.

Im Regelfall sind Fremdgeschäftsführer aus der Organstellung gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit abrufbar. Die eingeschränkte Kündigung des Anstellungsverhältnisses soll für die Einordnung als Arbeitnehmer nach den aufgestellten Kriterien hingegen unerheblich sein.

(b) Bei abweichender Regelung der Widerrufsmöglichkeit

Das Kriterium der jederzeitigen Abberufbarkeit aus der Organstellung kann jedoch entfallen, wenn die Satzung die Abberufung abweichend regelt.⁶³⁵

Gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 GmbHG kann die Abberufbarkeit des Geschäftsführers vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig gemacht werden. Zudem ist eine Beschränkung auf sachliche Gründe oder bestimmte im Einzelnen festgelegte Gründe zulässig.⁶³⁶ Derartige Regelungen sind auch für Fremdgeschäftsführer ohne weiteres möglich.⁶³⁷

Ob derartige Einschränkungen geeignet sind, das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und GmbH zu verhindern, ist im Einzelfall zu prüfen.

Jedenfalls bei einer Beschränkung der Abberufbarkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer nicht mehr – faktisch – weisungsgebunden ist.

§ 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG nennt als wichtige Gründe insbesondere grobe Pflichtverletzungen und die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Darunter wurde beispielweise ein tätlicher Angriff auf Mitarbeiter der GmbH⁶³⁸ verstanden. In jedem Fall muss der Grund derart gewichtig sein, dass der Verbleib des Geschäftsführers für die GmbH unzumutbar geworden ist.⁶³⁹ Solange sich der Ge-

635 Vgl. auch: *Stenslik* in DStR 2015, 2334 (2335 f.) jedoch mit dem Hinweis, dass es in der Praxis höchst ungewöhnlich sei, dass Satzungen derartige Einschränkungen für Fremd-Geschäftsführer enthalten.

636 *Zöller/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 7.

637 *Terlau* in Michalski GmbHG, § 38 Rn. 31 m. w. N.

638 Siehe nur: OLG Stuttgart 30.03.1994 - 3 U 154/93, NJW-RR 1995, 295.

639 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 38 Rn. 34.

schäftsführer dementsprechend verhält, kann er die Geschäftsführertätigkeit frei gestalten ohne dass jederzeit seine Abberufung droht.

(2) Gesellschafter-Geschäftsführer

(a) Im Regelfall

Bei Gesellschafter-Geschäftsführern ist die Arbeitnehmereigenschaft nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien regelmäßig, aufgrund der gesetzlichen Abstimmungsverhältnisse nach § 47 Abs. 1, 2 GmbHG, bei einem Gesellschaftsanteil von unter 50 % anzunehmen.⁶⁴⁰ In diesen Fällen ist der Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung nicht *erheblich*. Ein Alleingesellschafter-Geschäftsführer kann hingegen niemals Arbeitnehmer seiner GmbH sein.

(b) Bei abweichender Regelung der Abstimmungsverhältnisse

Angesichts der weitreichenden Dispositivität der gesetzlichen Regelungen (§ 45 Abs. 2 GmbHG)⁶⁴¹ ist aber eine Untersuchung der jeweiligen Abstimmungsverhältnisse der Gesellschaft im Hinblick auf die Mög-

640 So bereits nach „Danosa“: *Reufels* in Hümmerich/Reufels, Kap. 2 Rn. 24; *Forst* in GmbHR 2012, 821 (825): vorbehaltlich abweichender Satzungsregelungen; *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655: bei Minderheitsbeteiligung ohne Sperrminorität; *Oberthür* in NZA 2011, 253 (254): in aller Regel „bei einem gesellschaftsrechtlich nicht bestimmend beteiligten GmbH-Geschäftsführer“; *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (58): nur ohne Sperrminorität; *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2265): nicht bei gesellschaftsvertraglicher Sperrminorität; *Schubert* in EuZA 2011, 362 (366) sowie *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (8): gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Gesellschafterrechte entscheidend; *Stenslik* in DStR 2015, 2334: bei Minderheitsbeteiligung ohne Sperrminorität; Ausführliche Auseinandersetzung bei *Hildebrand*, S. 50 ff., i.E. seien Fremd- und nicht mehrheitlich beteiligter Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Sperrminorität oder andere satzungsmäßige Sonderrechte als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts anzusehen.

Nach „Balkaya“: *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353: die „Gefahr“ der Einstufung des „Minderheitsgeschäftsführers“ als Arbeitnehmer in diesem Sinne sei groß; *Arnold* in NJW 2015, 2481 (2484); *Forst* in EuZW 2015, 664 (666): aber dann kein Arbeitnehmer, wenn Willensbildung der Gesellschafterversammlung steuern kann.

Nach „Holterman“: *Lunk* in NZA 2015, 1480.

641 *Hillmann* in Henssler/Strohn GesR, § 47 GmbHG Rn. 47.

lichkeiten der Einflussnahme des Geschäftsführers auf die an ihn selbst gerichteten Weisungen der Gesellschafterversammlung im Einzelfall erforderlich.

Trotz Minderheitsbeteiligung kann die Arbeitnehmereigenschaft fraglich sein, wenn die Satzung eine Sperrminorität gewährt oder anderweitige Stimmrechtsbindungen – beispielsweise durch Stimmbindungsverträge – existieren.⁶⁴²

Durch die satzungsrechtliche Gewährung von Vetorechten oder Zustimmungsvorbehalten können Gesellschafterbeschlüsse nicht wirksam gegen den Willen des begünstigten Gesellschafters gefasst werden oder die Wirksamkeit kann von der Zustimmung des Gesellschafters abhängig sein.⁶⁴³

Bei Stimmbindungsverträgen ist hinsichtlich deren Wirkung zu unterscheiden. Im Regelfall werden Stimmbindungen schuldrechtlich vereinbart, obwohl auch Regelungen in der Satzung zulässig sein sollen.⁶⁴⁴ Rechtsfolgen einer Verletzung entstehen daher grundsätzlich nur zwischen den Parteien der Stimmbindungsvereinbarung. Die Stimmabgabe und der betreffende Gesellschafterbeschluss sind dennoch wirksam.⁶⁴⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen können Stimmbindungsvereinbarungen aber auch eine korporative Wirkung haben.⁶⁴⁶ In diesem Fall ist der entsprechende Beschluss bei vereinbarungswidriger Stimmabgabe anfechtbar.⁶⁴⁷

Jedenfalls können die Stimmbindungsvereinbarungen mit ausschließlicher inter partes Wirkung einer Arbeitnehmereigenschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers nach den Kriterien des EuGH nicht entgegenstehen. Aufgrund der begrenzten Rechtsfolgen vereinbarungswidriger Stimmabgabe, kann nicht von einem *erheblichen Ein-*

642 Ebenso *Mankowski* in RIW 2015, 821 (822): Es komme weniger auf die Höhe der Beteiligung, sondern auf den Stimmrechtsanteil und Stimmrechtsverträge an; *Wilke* in ArbRAktuell 2015, 536; vgl. zu den Stimmrechtsverträgen auch: *Lüttringhaus* in EuZW 2015, 904 (906).

643 Hierzu: *Schmidt* in Scholz GmbHG, § 47 Rn. 12.

644 *Schmidt* in Scholz GmbHG, § 47 Rn. 38.

645 *Hüffer* in Ulmer GmbHG, § 47 Rn. 79, 83; *Schmidt* in Scholz GmbHG, § 38 Rn. 53.

646 Zu den Voraussetzungen: *Schmidt* in Scholz GmbHG, § 38 Rn. 53.

647 BGH 27.10.1986 - II ZR 240/85, DB 1987, 323; *Hüffer* in Ulmer GmbHG, § 47 Rn. 83 f.; *Schmidt* in Scholz GmbHG, § 47 Rn. 53 m. w. N.

fluss des Gesellschafter-Geschäftsführers auf die Willensbildung der Gesellschaft bzw. auf das Organ, welches die Weisungen erteilt und kontrolliert, gesprochen werden. Die durch die Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen sind trotzdem wirksam und unanfechtbar.

(c) Geschäftsführung als Sonderrecht

Einen Sonderfall stellt die Geschäftsführung aufgrund eines gesellschaftsvertraglichen Sonderrechts dar, dessen Vorliegen durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist. Die Bestellung zum Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag soll dabei für sich betrachtet noch nicht ausreichend sein; es bedarf vielmehr besonderer Anhaltspunkte.⁶⁴⁸

Ein solches Sonderrecht ist, vorbehaltlich der Widerrufsmöglichkeit aus wichtigen Gründen nach § 38 Abs. 2 GmbHG, ohne die Zustimmung des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers nicht entziehbar.⁶⁴⁹ Der mit einem Sonderrecht ausgestattete Gesellschafter-Geschäftsführer ist daher nicht *jederzeit aus der Organstellung abberufbar* und kann, nach den Kriterien des EuGH, nicht als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne angesehen werden.

(3) Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH

Unterliegt eine GmbH dem Mitbestimmungsgesetz, ergeben sich Besonderheiten hinsichtlich Bestellung und Abberufung ihrer Geschäftsführer. Der obligatorisch zu bildende Aufsichtsrat hat gemäß § 31 Abs. 1 MitbestG die Kompetenz hierfür. Aufgrund umfassender Verweisung auf § 84 AktG können die Geschäftsführer mitbestimmter GmbHs – gleichwie die Vorstandsmitglieder einer AG – nur aus wichtigen Gründen aus der Organstellung abberufen werden (§ 84 Abs. 3 S. 1 AktG).

Infolgedessen wird deren Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne diskutiert.⁶⁵⁰

648 BGH 04.11.1968 - II ZR 63/67, NJW 1969, 131, unter II.

649 BGH 16.02.1981 - II ZR 89/79, WM 1981, 438, unter I. 1.

650 Hierzu auch: *Arnold* in NJW 2015, 2481 (2484); *Forst* in GmbHR 2012, 821 (825); *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (190); *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (9);

Es gilt das oben Gesagte: Bei einer derartigen Einschränkung der Abberufungsmöglichkeit kann nicht mehr von einem Unterordnungsverhältnis ausgegangen werden. Der Geschäftsführer sieht sich bei seiner Tätigkeit gerade nicht dem mittelbarem Druck der jederzeit möglichen Abberufung ausgesetzt.

b) Bei Verweis auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff

aa) Geltung der nationalen Definition mit Einschränkungen

Nach allgemeiner und richtiger Ansicht gelten die in den Entscheidungen zu „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitatie“ aufgestellten Kriterien nur, wenn das betreffende Unionsrecht den unions einheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt.⁶⁵¹ Der EuGH hat in den betreffenden Entscheidungen die Kriterien des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs präzisiert. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH Vorgaben für die nationalen Definitionen machen wollte.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist davon auszugehen, dass der EuGH den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinien, die diesbezüglich einen ausdrücklichen Verweis in die jeweiligen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten enthalten, *nicht* unionseinheitlich auslegt.⁶⁵²

Grundsätzlich respektiert der EuGH den ausdrücklichen Verweis ins nationale Recht, nicht jedoch, ohne die nationale Begriffsbestimmung einer Willkürlichkeitskontrolle zu unterziehen. Das Ermessen

Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 72 ff.;

Vor diesem Hintergrund zur Arbeitnehmereigenschaft der Vorstandsmitglieder: *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2331); *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (366); *Oberthür* in NZA 2011, 253 (254).

651 So ausdrücklich: *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353; Diese Ansicht zeigt sich im Übrigen darin, dass die Anwendung der Kriterien in der Literatur nur bezüglich der Richtlinien diskutiert wird, die den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrundelegen, siehe nur hinsichtlich „Danosa“-Kriterien: *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 103; *Reufels* in Hümmerich/Reufels, Kap. 2, Rn. 25; *Oberthür* in NZA 2011, 253 (258); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (47); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2266); *Schneider/Hohenstatt* in Scholz GmbHG, § 35 Rn. 267; *Schubert* in EuZA 2011, 362 (369); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (539 ff.)

652 Hierzu zusammenfassend oben, siehe: II. 1. c) aa) (1) (a).

der Mitgliedsstaaten bei der Bestimmung dieser Arbeitnehmerbegriffe wird bekanntermaßen aufgrund des Gebots der praktischen Wirksamkeit und durch den wortwörtlichen Verweis auf „alle Arbeitnehmer“ eingeschränkt.⁶⁵³ Folglich sind die Mitgliedstaaten bei der nationalen Umsetzung trotz ausdrücklichen Verweises nicht völlig frei von unionsrechtlichen Bindungen.⁶⁵⁴

Daher ist fraglich, ob eine nationale Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs, welche Mitglieder der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften aus ihrem Anwendungsbereich ausschließt, als unionsrechtswidrig anzusehen ist.

Dies ist durch Subsumtion unter die – oben näher erläuterten – vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen klären.

Der Meinungsstreit bezüglich der rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrages zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer im nationalen Recht wird an dieser Stelle erneut relevant. Wie bereits festgestellt, kann zwar von einer „herrschenden Meinung im Schrifttum“ nicht mehr gesprochen werden. Die Zivilgerichte, deren Rechtsprechung die (arbeitsrechtliche) Arbeitnehmerdefinition maßgeblich prägen, sind sich aber immerhin darüber einig, dass der zwischen der Gesellschaft und dem GmbH-Geschäftsführer geschlossene Anstellungsvertrag – zumindest im Regelfall – *nicht* als Arbeitsvertrag einzuordnen ist.⁶⁵⁵

Aufgrund dessen spielen die Aussagen des EuGH zur Unionsrechtswidrigkeit der Herausnahme solcher Personalkategorien, die *normalerweise* unter die nationale Arbeitnehmerdefinition fallen, vorliegend (noch) keine Rolle.

Etwas anderes gilt, wenn die nationale Rechtsordnung den GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich als Arbeitnehmer einordnet. Die entsprechenden Aussagen des EuGH würden also dann relevant, wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zukünftig entsprechend ändert.⁶⁵⁶

Hinsichtlich der Herausnahme solcher Personalkategorien, die auch im Übrigen nicht unter die nationale Arbeitnehmerdefinition

653 Zu allem siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (a) und II. 1. c) aa) (1) (a).

654 Vgl. auch *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (50 f.).

655 Siehe hierzu oben: Zweiter Teil, II. 1.

656 Vgl. auch *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (52, 58).

zählen, führt der EuGH aus, die Herausnahme sei nur dann unionsrechtskonform, wenn das in Rede stehende Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das zwischen den Beschäftigten, die nach nationalem Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, und ihren Arbeitgebern besteht. Andernfalls sei dieser Ausschluss als willkürlich zu betrachten. Zudem äußert sich der EuGH dahingehend, dass jedenfalls das Amt des Richters nicht geeignet sei, den Arbeitnehmerstatus zu verwehren. Des Weiteren ist, nach Ansicht des EuGH, die Einordnung des Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtliches nicht entscheidend. In einer anderen Entscheidung äußert sich der EuGH dahingehend, dass die Definition nicht dazu führen dürfe, willkürlich eine Kategorie von Personen vom Schutz der Rahmenvereinbarung auszuschließen.⁶⁵⁷

Nach alledem ist also zu prüfen, ob die Herausnahme des GmbH-Geschäftsführers aus dem persönlichen Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, aufgrund wesentlicher Unterschiede zu den übrigen Arbeitnehmerkategorien des deutschen Rechts, sachlich gerechtfertigt und folglich nicht willkürlich ist.

bb) Willkürlichkeitsprüfung

(1) BGH-Ansicht

Nach der Rechtsprechung des BGH wird die Arbeitnehmereigenschaft der GmbH-Geschäftsführer, ohne eine Prüfung der Kriterien der nationalen Arbeitnehmerdefinition, pauschal und aufgrund der Organstellung verneint. Eine gewisse Vergleichbarkeit der sozialen Schutzbedürftigkeit wird zwar bejaht, aber die entsprechenden Arbeitsgesetze nur analog angewendet.⁶⁵⁸

Als Differenzierungsgrund dient also die Organstellung.

Der EuGH hat, im Zuge seiner Entscheidungen zur unionsrechtlichen Arbeitnehmerdefinition, ausgeführt, dass die Organstellung an

⁶⁵⁷ Zu allem bereits oben unter: II. 1. b) bb) (3) (a); außerdem: EuGH 03.07.2014 „Fiamingo“ - C-362/13, ZESAR 2015, 236, Rn. 31 unter Bezugnahme auf die Ausführungen bei EuGH 15.03.2012 „Sibilio“ - C-157/11, juris, Rn. 42, 51 (Veröffentlichung auf deutsch: nur Tenor); hierzu auch schon oben: II. 1. c) aa) (1) (a) aa) ii.

⁶⁵⁸ Zur BGH-Ansicht siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. a).

sich nicht geeignet sei, das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses zum Vertretenen auszuschließen.⁶⁵⁹ Ebenso steht, nach Ansicht des EuGH, die Bekleidung eines Richteramts der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen.⁶⁶⁰

Zudem wird im deutschem Recht die Gruppe der leitenden Angestellten grundsätzlich unter den Arbeitnehmerbegriff gezählt und nur teilweise vom persönlichen Anwendungsbereich mancher Arbeitsgesetze ausgenommen (z.B. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Die Aufgaben und die Stellung von leitenden Angestellten und Geschäftsführern sind oftmals vergleichbar und unterscheiden sich dann nur durch die aus der Organstellung rührenden Vertretungsbefugnisse.

Es spricht daher viel dafür, dass der EuGH das Bestehen einer Organstellung für nicht geeignet halten würde, das Anstellungsverhältnis zwischen GmbH und Geschäftsführer, im Vergleich zu den üblichen Arbeitsverhältnissen, als „seinem Wesen nach erheblich anders“⁶⁶¹ einzuordnen.

(2) BAG-Ansicht

Nach Ansicht des BAG ist die Organstellung hingegen nicht entscheidend für den Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft. Das BAG stellt vielmehr fest, dass GmbH-Geschäftsführer im Regelfall keiner arbeitsrechtlichen Weisungsbindung unterliegen, also nach der üblichen nationalen Definition nicht unter den Arbeitnehmerbegriff fallen.⁶⁶²

Das BAG legt zur Abgrenzung zwischen selbständig und abhängig beschäftigten GmbH-Geschäftsführern die üblichen Kriterien der nationalen Arbeitnehmerdefinition an.

Es findet daher gar keine Ungleichbehandlung mit den Personal-kategorien statt, die normalerweise unter die nationale Arbeitnehmerdefinition zählen. Diese müssen sich nämlich den gleichen Abgrenzungskriterien stellen.

Im Übrigen spricht viel dafür, dass der EuGH sogenannte arbeitsrechtliche Weisungen als Abgrenzungskriterium zwischen selbständi-

659 EuGH 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, Slg 2010, I-11405-11464, Rn. 47.

660 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C-393/10, NZA 2012, 313, Rn. 41.

661 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C-393/10, NZA 2012, 313, Rn. 42.

662 Zur BAG-Ansicht siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. b).

ger und abhängiger Beschäftigung für sachlich gerechtfertigt halten wird. Schließlich ist für die Abgrenzung nach Unionsrecht auch das Vorliegen einer Weisungsbindung entscheidend. Im Unterschied zum nationalen Recht ist diese zwar deutlich weiter gefasst, weil beispielsweise auch die faktische Bindung aufgrund der jederzeitigen Abberufbarkeit und gesellschaftsrechtliche Weisungen darunter zählen. Diese Unterschiede wird der EuGH jedoch im Hinblick auf die Strukturen des nationalen Rechts zu respektieren haben.

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die pauschale Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers bei der Anwendung der Richtlinien, welche hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs in die nationalen Rechtsordnungen verweisen und der Umsetzung allgemeiner unionsrechtlicher Grundsätze dienen, nach den Kriterien des EuGH als willkürlich und daher unionsrechtswidrig zu beurteilen ist.⁶⁶³

Dies hat zumindest für die Anwendung der Richtlinien 1999/70/EG⁶⁶⁴, 96/34/EG⁶⁶⁵ und 97/81/EG⁶⁶⁶ zu gelten. In den Entscheidungen zu den Rechtssachen „Del Cerro Alonso“⁶⁶⁷, „Chatzi“⁶⁶⁸

663 A.A. *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 293 ff. es gebe sachliche Gründe für die Herausnahme.

664 RL 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999 L 175/43.

665 RL 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. 1996 L 145/04; mittlerweile ersetzt durch die Richtlinie 2010/18/EG des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. 2010 L 68/13.

666 RL 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9.

667 EuGH 13.09.2007 „Del Cerro Alonso“ - C-307/05, Slg 2007, I-7109-7140, Rn. 27.

668 EuGH 16.09.2010 „Chatzi“ - C-149/10, Slg 2010, I-8489-8531, Rn. 30.

und „O'Brien“⁶⁶⁹ hatte der EuGH den in Frage stehenden Richtlinien jeweils die Umsetzung allgemeiner Grundsätze zugesprochen.

Die Gangart des BAG entspricht hingegen den unionsrechtlichen Anforderungen.

III. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung bei der Anwendung des nationalen Arbeitsrechts

1. Richtlinienkonforme Auslegung / Nichtanwendung der nationalen Arbeitsgesetze?

Nach dem oben Gesagten sind Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer im unionsrechtlichen Sinne regelmäßig als Arbeitnehmer der GmbH anzusehen, während sie nach der herrschenden Meinung im deutschen Recht – wenn überhaupt – nur im Ausnahmefall als Arbeitnehmer eingeordnet werden können.

Im Falle unmittelbar anwendbaren Unionsrechts – beispielsweise bei Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) – muss der jeweilige Arbeitnehmerbegriff entsprechend der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden.

Der europäische Harmonisierungsgedanke wird im Privatrecht aber vor allem durch Richtlinien vorangetrieben. Viele deutsche Arbeitsgesetze beruhen ganz oder teilweise auf der Umsetzung europäischer Richtlinien. Denn gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind europäische Richtlinien im Normalfall⁶⁷⁰ nicht unmittelbar anwendbar, sondern müssen durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Beispielhaft seien das Bundesurlaubsgesetz, das Teilzeitbefristungsgesetz, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die Regelung zum Betriebsübergang in § 613a BGB genannt.

669 EuGH 01.03.2012 „O'Brien“ - C-393/10, NZA 2012, 313, Rn. 38: „in dieser Rahmenvereinbarung verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes“.

670 Zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der unmittelbaren Anwendung im Ausnahmefall siehe: *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 288 AEUV Rn. 137 ff.; *Ruffert* in Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 47 ff.

Es existieren aber auch nationale Arbeitsgesetze, wie das Tarifvertragsgesetz oder das Entgeltfortzahlungsgesetz, welche nicht durch Richtlinien veranlasst wurden.

Zu klären ist, welche Konsequenzen sich aus der Rechtsprechung des EuGH bei der Anwendung der nationalen Arbeitsgesetze ergeben.

a) Zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung – Allgemeines

aa) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Zur Durchsetzung der Richtlinienvorgaben haben alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, allen voran die nationalen Gerichte, die Pflicht das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Dieser Grundsatz entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁶⁷¹ und ist von den nationalen Gerichten⁶⁷² anerkannt. Er stellt eine Art „Unterfall“ des allgemeinen – auf dem Vorrang des Unionsrechts beruhenden – Gebots der unionsrechtskonformen Auslegung dar.⁶⁷³

Demnach soll sich – nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur – aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV⁶⁷⁴ ergeben, dass bei der Anwendung des nationalen Rechts, dieses, so weit wie möglich, anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtlinie ausgelegt werden muss, um das mit der jeweiligen Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.⁶⁷⁵

671 Grundlegend: EuGH 10.04.1984 „von Colson“ - 14/83, Slg 1984, 1891-1920, Rn. 26.; seitdem ständige Rechtsprechung, siehe nur: EuGH 13.11.1990 „Marleasing“ - C-106/89, Slg 1990, I-4135-4161, Rn. 8; EuGH 05.10.2004 „Pfeiffer“ - u.a. C-403/01, Slg 2004, I-8835-8922, Rn. 110 ff.; EuGH 10.03.2011 „Lufthansa“ - C-109/09, Slg 2011, I-1309-1334, Rn. 52 ff.

672 Siehe nur: BAG 24. 03.2009 - 9 AZR 983/07, BAGE 130, 119, unter B. III. 3. a) gg) (1); BGH 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27, unter B. I. 3.; BVerfG 26.09.2011 - u.a. 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669, unter B. II. 1. b).

673 Vgl. *Roth/Jopen* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 13 Rn. 9.

674 Zu den anderen Ansichten hinsichtlich der normativen Herleitung siehe: *Ruffert* in Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 78.

675 Zu allem siehe nur: BAG 17.11.2009 - 9 AZR 844/08, BAGE 132, 247, unter A. IV. 3. a); BGH 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27, unter B. I. 3.; EuGH 24.01.2012 „Domiguez“ - C-282/10, NZA 2012, 139, Rn. 24; *Geismann* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, EuR, Art. 288 AEUV Rn. 55; *Linck* in Schaub, ArbRRdB, § 4 Rn. 14.

Bei der richtlinienkonformen Auslegung handelt es sich nicht um eine eigene Auslegungsmethode. Vielmehr kann von einer „interpretatorischen Vorrangregel“ gesprochen werden. Von allen möglichen Auslegungsvarianten des nationalen Gesetzes soll gerade diejenige den Vorrang bekommen, welche mit den Anforderungen der betreffenden Richtlinie harmoniert.⁶⁷⁶

In zeitlicher Hinsicht beginnt die Pflicht nach bzw. mit Ablauf der Umsetzungsfrist der jeweiligen Richtlinie.⁶⁷⁷

Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung gilt grundsätzlich für das gesamte nationale Recht. Es ist nicht danach zu unterscheiden, ob die betreffende Norm speziell zur Durchführung einer Richtlinie erlassen wurde oder bereits davor gegolten hat.⁶⁷⁸

Der Grundsatz bietet aber insbesondere dann Anlass zur näheren Begutachtung, wenn es sich bei der nationalen Regelung um ein Umsetzungsgesetz handelt und das auslegende Gericht davon ausgehen muss, dass der Gesetzgeber die Absicht hatte und der Ansicht war, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen.⁶⁷⁹

bb) Grenzen richtlinienkonformer Auslegung

Keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung besteht aus unionsrechtlicher Sicht, wenn das nationale Recht nicht vom sachlichen, personellen und gegenständlichen Regelungsbereich einer Richtlinie umfasst wird.⁶⁸⁰

676 Auer in NJW 2007, 1106; Herresthal in JuS 2014, 289 (291); Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 259.

677 EuGH 04.07.2006 „Adelener“ - C-212/04, Slg 2006, I-6057-6136, Rn. 115; näher hierzu: Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 288 AEUV Rn. 133; Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 80.

678 Siehe nur: EuGH 13.11.1990 „Marleasing“ - C-106/89, Slg 1990, I-4135-4161, Rn. 8; EuGH 10.03.2011 „Deutsche Lufthansa“ - C-109/09, Slg 2011, I-1309-1334, Rn. 52.

679 EuGH 16.12.1993 „Wagner Miret“ - C-334/92, Slg 1993, I-6911-6934, Rn. 20 f.; EuGH 05.10.2004 „Pfeiffer“ - u.a. C-403/01, Slg 2004, I-8835-8922, Rn. 112 ff.

680 Zur Frage der einheitlichen oder gespaltenen Auslegung bei sog. überschießender Richtlinienumsetzung durch den nationalen Gesetzgeber eingehend: Kuhn in EuR 2015, 216.

Außerhalb des Regelungsbereichs gilt aber weiterhin der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit. Demnach darf die Umsetzung der Richtlinienvorgaben nicht durch nationales Recht und dessen Anwendung unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden.⁶⁸¹

Des Weiteren findet das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung seine Grenze dort, wo im nationalen Recht keine Auslegungsspielräume vorhanden sind.⁶⁸² Der EuGH erklärt hierzu in ständiger Rechtsprechung: Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, finde ihre Schranke in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot, und dürfe nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.⁶⁸³ Die Auslegung darf somit nicht zu einem nach nationalen Recht unzulässigen Ergebnis führen.

In der Rechtsprechung des BGH und des BAG ist anerkannt, dass der Wortlaut der betreffenden Norm nicht zwingend eine solche Grenze darstellt. So sind sich die Gerichte einig, dass der Begriff der Auslegung „contra legem“ funktionell zu verstehen sei. Die Grenze des Zulässigen sei vielmehr dann erreicht, wenn durch die richterliche Rechtsfindung „eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellung [geändert werden soll] und damit – nach deutschen Verfassungsrecht – die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) verletzt.“⁶⁸⁴ Innerhalb dieser Grenze darf – soweit erforderlich – eine nationale Regelung auch richtlinienkonform fortgebildet und somit auch teleologisch reduziert werden.⁶⁸⁵ Der Wortlaut der nationalen Regelung kann aber dann eine Grenze

681 *Herresthal* in JuS 2014, 289 (290) unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH 14.06.2012 - C-618/10, NJW 2012, 2257, Rn. 53.

682 *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 288 AEUV Rn. 134.

683 Siehe nur: EuGH 04.07.2006 „Adelener“ - C-212/04, Slg 2006, I-6057-6136, Rn. 110.; EuGH 10.03.2011 „Deutsche Lufthansa“- C-109/09, Slg 2011, I-1309-1334, Rn. 54.

684 So wortwörtlich das BAG 17.11.2009 - 9 AZR 844/08, BAGE 132, 247, unter A. IV. 3. c) bb).

685 Zu allem der BGH in der sog. „Quelle“-Entscheidung: BGH 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27, unter B. I. 3.

darstellen, wenn sich in ihm eindeutig der klare Wille des nationalen Gesetzgebers abzeichnet.⁶⁸⁶

b) Anwendung dieser Grundsätze bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern im deutschen Arbeitsrecht

aa) Vorbemerkungen

Das nationale Gesetz muss den Vorgaben der europäischen Richtlinie genügen und diesen zur praktischen Wirksamkeit verhelfen. Folglich müssen sich die Anwendungsbereiche von Richtlinie und nationalem Gesetz entsprechen.

Soweit die umzusetzende Richtlinie den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff verwendet, dessen Definition über den Geltungsbereich der Richtlinie entscheidet, muss das nationale Recht seinen Geltungsbereich gegebenenfalls durch richtlinienkonforme Auslegung entsprechend anpassen.

Vor diesem Hintergrund diskutiert die Literatur, im Zuge der Entscheidungen in den Rechtsachen „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitatie“, die richtlinienkonforme Auslegung diverser deutscher Arbeitsgesetze.

bb) Richtlinienkonforme Auslegung der „Umsetzungsgesetze“

(1) Diskussion in der Literatur

(a) Mutterschutzgesetz

Das Mutterschutzgesetz beruht zum Teil auf der Richtlinie 92/85/EWG⁶⁸⁷, welche – durch die Rechtsprechung des EuGH mehrfach be-

686 BAG 15.03.2012 - 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48, unter B. III. 1. e) ee): „Eine unionsrechtskonforme Auslegung ist dann nicht zulässig, wenn sie mit dem eindeutigen Wortlaut und dem klaren Willen des nationalen Gesetzgebers nicht mehr vereinbar wäre, also contra legem erfolgen würde.“

687 Das MuSchG wurde mehrfach geändert um den Vorgaben der Richtlinie zu genügen, siehe nur: Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 20. Dezember 1996, BGBl. I 1996 S. 2110 und Zweites Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 16. Juni 2002, BGBl. I 2002 S. 1812.

stätigt⁶⁸⁸ – den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt. Gemäß § 1 Nr. 1 MuSchG gilt das Mutterschutzgesetz für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Das Gesetz enthält keine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs.

Bereits nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Danosa“ wurde die richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Nr. 1 MuSchG in der Weise diskutiert, dass unter die Formulierung, im Sinne eines weiten unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs, im Regelfall auch die Fremdgeschäftsführerin und die Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführerin einer GmbH zu subsumieren sind und somit den Regelungen des Mutterschutzgesetzes zur Anwendung verholfen wird.⁶⁸⁹

(b) § 17 ff. KSchG

In diesem Sinne wird nach der Entscheidung in der Rechtssache „Balakaya“ auch die richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 17 Abs. 1 KSchG diskutiert, nach welchem sich die Berechnung der Schwellenwerte für die anzeigepflichtigen Entlassungen richtet. Gemäß § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG gelten jedoch nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift, in Betrieben einer juristischen Person, die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung dieser juristischen Person berufen ist. Worunter auch der GmbH-Geschäftsführer zu zählen ist.

Folglich stellt sich die Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit der Regelung in § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG.

688 Siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (cc).

689 Im Ergebnis sind für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Nr. 1 MuSchG: *Schlachter* in EK ArbR, § 1 MuSchG Rn. 3; *Reufels* in Hümmerich/Reufels, Kap. 2 Rn. 25; *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2331); *Junker* in NZA 2011, 950 (951); *Kempermann* in NJW-Spezial 2013, 655 (656); *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (366); *Oberthür* in NZA 2011, 253 (256 f.); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (53 ff.); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2266); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (539 f.); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 128 ff. Dagegen sind: *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (191 f.); *von Medem* in ArbRAktuell 2010, 654; *Schubert* in EuZA 2011, 362 (369): Das Umsetzungsdefizit lasse sich nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung des MuSchG beseitigen. Der persönliche Geltungsbereich sei abschließend geregelt; Jetzt aber: *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (10) richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im MuSchG sei zu „erwägen“.

Die Regelungen in § 17 ff. KSchG dient der Umsetzung der Richtlinie 98/59/EG⁶⁹⁰, welche, nach der Rechtsprechung des EuGH, den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legt und daher im Regelfall auch den Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH miteinschließt.

Aufgrund dessen ist fraglich, ob die Regelung § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG in der Weise richtlinienkonform ausgelegt werden muss, dass durch teleologische Reduktion die betreffenden Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer nicht eingeschlossen sind.⁶⁹¹

(c) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Mit dem Abschnitt 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sollen Beschäftigte speziell vor Benachteiligungen im Beruf geschützt werden.

Dabei enthält § 6 Abs. 3 AGG zwar eine Einbeziehung von Organmitgliedern in den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, diese ist aber ausdrücklich auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg beschränkt. Die Vorschriften des gesamten Abschnitts gelten dagegen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

690 Siehe beispielsweise die Änderung durch Art. 5 des Gesetzes zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht vom 20. Juli 1995, BGBl. I 1995 S. 946.

691 Für eine unionsrechtskonforme teleologische Reduzierung des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG: *Stenslik* in DStR 2015, 2334 (2335 f.); für die weitere Anwendung des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG bis zur Gesetzesänderung: *Hohenstatt/Naber* in NZA 2014, 637 (640); *Forst* in EuZW 2015, 664 (666): i.E. richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 ff. KSchG, dabei teleologische Reduktion des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG; *Lunk/Hildebrand* in NZA 2016, 129 (131 f.): äußern Zweifel an der Auslegungszugänglichkeit in Form der Nichtanwendung aufgrund des eindeutigen Wortlauts, zu den einzelnen Auswirkungen; zuvor die richtlinienkonforme Nichtanwendung des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG noch unproblematisch bejahend: *Lunk* in NZA 2015, 917 (918); kritisch, aber nicht festgelegt: *Vielmeier* in NJW 2014, 2678 (2682).

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dient der Umsetzung⁶⁹² der Richtlinie 2000/78/EG⁶⁹³ und legt den unions einheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde.⁶⁹⁴

Aufgrund der betreffenden Rechtsprechung des EuGH wird diskutiert, ob der eingeschränkte Anwendungsbereich, angesichts des weiten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs der zugrunde liegenden Richtlinie, noch aufrechterhalten werden kann oder, ob darin ein nationales Umsetzungsdefizit zu erkennen ist.

Diesem könnte durch eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG begegnet werden, was im Ergebnis regelmäßig die Eröffnung des gesamten Geltungsbereichs auch für Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer zur Folge hätte.⁶⁹⁵

Die Regelung in § 6 Abs. 3 AGG müsste im Gegenzug teleologisch reduziert werden, sodass die entsprechenden GmbH-Geschäftsführer nicht mehr unter den entsprechenden eingeschränkten Geltungsbereich fallen.⁶⁹⁶

(d) Bundesurlaubsgesetz

Das Bundesurlaubsgesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2003/88/EG, welche in Artikel 7 Bestimmungen zu einem bezahlten Mindestjahresurlaub und zu dessen finanzieller Abgeltung enthält.

692 Siehe nur: BGBl. 2006 I S. 1897.

693 RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 303/16.

694 Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut der RL, denn es fehlt ein ausdrücklicher Verweis in das nationale Recht.

695 Für eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 1 AGG: *Schlachter* in EK ArbR, § 6 AGG Rn. 5; *Kort* in NZG 2013, 601 (606 f.); *Lunk* in RdA 2013, 110 (112); *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (57 ff.); *Reufels/Molle* in NZA-RR 2011, 281 (283); *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (12); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (540 ff.)

Ausdrücklich offen gelassen: BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110, unter II. 1. a).

696 *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 183 ff., insbesondere S 187 f.: richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 1 AGG und richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 6 Abs. 3 AGG.

Nach § 1 BUrlG steht „jedem Arbeitnehmer“ ein Urlaubsanspruch zu. Der persönliche Geltungsbereich des Anspruchs wird in § 2 S. 1 BUrlG auf Arbeiter, Angestellte, zur Berufsausbildung Beschäftigte und arbeitnehmerähnliche Personen festlegt.

Im Zuge der betreffenden Rechtsprechung des EuGH wird auch eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs im Bundesurlaubsgesetz diskutiert.⁶⁹⁷ Denn die zugrunde liegende Richtlinie verwendet – wie vom EuGH mehrfach bestätigt – den unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff.⁶⁹⁸

(e) Teilzeitbefristungsgesetz

Das Teilzeitbefristungsgesetz bezweckt den Schutz der in Teilzeit und befristet beschäftigten Arbeitnehmern. Was unter Teilzeit- und befristeter Beschäftigung verstanden wird, definieren § 2 und § 3 TzBfG. Dabei dient das Teilzeitbefristungsgesetz der Umsetzung der Richtlinien 97/81/EG und 1990/70/EG⁶⁹⁹.

Nach der hier vertretenen Ansicht verweisen beide Richtlinien hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs ins nationale Recht, so dass der jeweilige nationale und nicht der unionseinheitliche Arbeitnehmerbegriff einschlägig ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Begriffs.⁷⁰⁰

Insoweit jedoch bezweifelt wird, dass der EuGH den nationalen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen will, wird in richtlinienkonformer Auslegung auch eine Anwendung des Teilzeitbefristungsgesetzes auf die betreffenden GmbH-Geschäftsführer befürwortet.⁷⁰¹

697 Für eine richtlinienkonforme Auslegung: *Gallner* in EK ArbR, § 1 BUrlG Rn. 15; *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (57); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (542 f.); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 255 ff.; ange-deutet bei: *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (193); durch Subsumtion unter den Begriff „Angestellte“ i.S.v. § 2 S. 1 BUrlG; *Forst* in GmbHR 2012, 821 (822 ff.)

698 Siehe oben: II. 1. b) bb) (3) (b) (bb).

699 Ergibt sich bereits aus den amtlichen Anmerkungen im Gesetz.

700 Hierzu ausführlich oben, siehe: II. 1. c) aa) (1) (a).

701 *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (193) halten eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des TzBfG durch den EuGH für „wahrscheinlich“; *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (13); betreffenden Richtlinien legen den nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, gelten nicht für den GmbH-Geschäftsführer und daher

(f) Weitere Arbeitsgesetze

In diesem Sinne werden teilweise auch die Anwendung des Arbeitszeitgesetzes⁷⁰², des Arbeitsschutzgesetzes⁷⁰³ und des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes⁷⁰⁴ in Betracht gezogen.

(2) Stellungnahme

In der Literatur wird die richtlinienkonforme Auslegung richtiger- und konsequenterweise bei solchen nationalen Arbeitsgesetzen diskutiert, welche Richtlinien umsetzen, die eine autonome unionsweit einheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs erfordern.

Darüber hinaus sollte diese Diskussion auch hinsichtlich der nationalen Arbeitsgesetze geführt werden, welche Richtlinien umsetzen, die auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen.

Nach der hier vertretenen Ansicht⁷⁰⁵ spricht viel dafür, dass der pauschale Ausschluss der Fremd- und der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH aufgrund ihrer Organstellung bei Richtlinien, die auch allgemeine Grundsätze umsetzen, nach den Kriterien des EuGH willkürlich und unionsrechtswidrig ist. Das Umsetzungsgesetz müsste dieser Richtlinienvorgabe genügen und seinen Anwendungsbereich – gegebenenfalls durch richtlinienkonforme Auslegung – entsprechend erweitern.

Der Einfluss des Unionsrechts ist also keineswegs auf die nationalen Arbeitsgesetze beschränkt, welche Richtlinien mit einem unionsweit einheitlich zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff umsetzen.

kein Bedarf zur richtlinienkonformen Auslegung; daran aber aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wieder zweifelnd, Rechtsprechung sei nicht eindeutig.

702 Zum Meinungsstand nach „Danosa“ siehe: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 245 f.; nach „Balkaya“: *Grobys/von Steinau-Steinrück* in NJW-Spezial 2015, 499; *Lunk* in NZA 2015, 917 (920).

703 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 103; richtlinienkonforme Auslegung des ArbSchG; *Wank* in EK ArbR, § 2 ArbSchG Rn. 2.

704 *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2331 f.): Abschnitt 2 des BEEG wird im Lichte der Rechtsprechung des EuGH neu zu interpretieren sein und auch unmittelbar für Organvertreter relevant werden.

705 Hierzu siehe: II. 3. b).

Die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben durch richtlinienkonforme Auslegung des jeweiligen deutschen Arbeitsgesetzes wirft vielfältige Probleme und Fragestellungen auf. So ist beispielsweise die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung im Falle sogenannter überschießender Richtlinienumsetzung⁷⁰⁶ fraglich. Zu dem ist unklar, inwieweit die jeweiligen Arbeitnehmerschutzrechte nicht nur auf das schuldrechtliche Verhältnis, sondern auch auf das Organverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH anzuwenden sind.⁷⁰⁷

Eine Untersuchung der spezifischen Einzelprobleme bei der richtlinienkonformen Auslegung der jeweiligen Arbeitsgesetze würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weswegen hierauf nicht weiter eingegangen werden soll.

(3) Überschreitung der Grenzen zulässiger richtlinienkonformer Auslegung aufgrund entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff?

Übergreifend ist aber zu klären, inwieweit der Arbeitnehmerbegriff der nationalen Arbeitsgesetze überhaupt auslegungsfähig ist.

Die betreffenden Arbeitsgesetze enthalten zwar keine ausdrückliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs oder des Arbeitsverhältnisses, eine solche wurde aber durch die nationale höchstrichterliche Rechtsprechung unter Zuhilfenahme der juristischen Literatur entwickelt und regelmäßig bei Anwendung der jeweiligen Arbeitsgesetze zugrunde gelegt.

Die nationale Arbeitnehmerdefinition stimmt offensichtlich nicht mit der durch den EuGH entwickelten Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs überein. Die Definitionen unterscheiden sich – wie bereits festgestellt – gerade auch hinsichtlich der Einordnung des Fremd- und des nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers.

Es ist zu klären, ob die Konkretisierung des Arbeitnehmerbegriffs durch die Rechtsprechung der nationalen Gerichte einer richtlinienkonformen Auslegung entgegensteht.

706 Zur dieser Thematik allgemein, eingehend: *Kuhn* in EuR 2015, 216.

707 Nachweise zur entsprechenden Diskussion in der Literatur nach der Entscheidung „Danosa“, siehe unter Fn. 602.

Zu dieser Frage lassen sich im juristischen Schrifttum zwei verschiedene Auffassungen ausmachen.

(a) Eine Ansicht

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht überschreite eine solche richtlinienkonforme Auslegung die Grenze zulässiger Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung. Es müsse zunächst der Gesetzgeber tätig werden, um den Anforderungen der Richtlinie gerecht zu werden.⁷⁰⁸

Dies wird damit begründet, dass eine Auslegung nicht nur dann *contra legem* – also im Widerspruch zum Gesetz – erfolge, wenn normative Regelungen eindeutig entgegenstehen. Eine solche sei auch bei entgegenstehender Auslegung eines Begriffes durch die nationale Rechtsprechung denkbar und zwar dann, wenn die Rechtsprechung diesem Begriff „klare Konturen“ verliehen habe. Im Falle des Arbeitnehmerbegriffs billige der Gesetzgeber zudem die entsprechende Auslegung durch die nationalen Gerichte und lege diese auch seiner Gesetzgebung zugrunde.⁷⁰⁹

Hinsichtlich der Auslegungsfähigkeit der Regelung in § 1 Nr. 1 MuSchG wird zum Teil bezweifelt, ob nicht der nach deutschem Verständnis eindeutige Wortlaut entgegenstehe.⁷¹⁰

Schließlich wird angeführt, der persönliche Geltungsbereich sei abschließend geregelt und Geschäftsführer gerade nicht darin einbezogen worden.⁷¹¹

(b) Gegenansicht

Die Anhänger der Gegenansicht halten eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs trotz entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung für rechtlich möglich.

Unter Verweis auf die Differenzen zwischen der BAG und der BGH-Rechtsprechung stört sich ein Teil der Gegenansicht bereits an

708 Lunk in FS Bauer, S. 705 (716, 718 f.); von Medem in ArbRAktuell 2010, 654.

709 Lunk in FS Bauer, S. 705 (716).

710 Von Medem in ArbRAktuell 2010, 654.

711 Schubert in EuZA 2011, 362 (369).

der Behauptung, der Arbeitnehmerbegriff habe eine klare Konturierung durch die nationale Rechtsprechung erfahren. Denn die Rechtsprechung sei diesbezüglich gerade nicht einheitlich und gefestigt.⁷¹²

Die Uneinigkeit zwischen BAG und BGH wird zudem gegen das Wortlautargument angeführt: Die unterschiedlichen Ansätze machten gerade deutlich, dass der Wortlaut verschiedenen Auslegungen zugänglich sei.⁷¹³

Als Hauptargument wird jedoch – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – der richterlichen Auslegung eine dem geschriebenen Gesetzesrecht vergleichbare Rechtsbindung abgesprochen.

Während eine Missachtung der normativen Rechtsordnung zu einem Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG führe, habe die gerichtliche Auslegungspraxis, über den konkret entschiedenen Fall hinaus, nur eine faktische Bindungswirkung aufgrund der „Überzeugungskraft“ ihrer Begründung oder der „Autorität des Gerichts“. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage könne deswegen jederzeit geändert werden. Die gerichtliche Auslegungspraxis sei bloße Rechtsanwendung und eine entgegenstehende Auslegung folglich nicht – ohne weiteres – *contra legem*.⁷¹⁴

Gegen die Behauptung eines entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens wird hinsichtlich § 1 MuSchG angeführt, dass sich der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes der gesamten Problematik gar nicht bewusst gewesen sei. Es könne jedoch davon ausgegangen werden, dass er den Anforderungen der Richtlinie genügen wollte. Das Gesetz sei schließlich zur Umsetzung der Richtlinie mehrfach geändert worden.⁷¹⁵ Im Übrigen sage eine gegebenenfalls abschließende Aufzählung

712 Reiserer in DB 2011, 2262 (2266); Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 129; einschränkend: Oberthür in NZA 2011, 253 (256) Die Rechtsprechung des BAG habe dem Arbeitnehmerbegriff wenigstens in den vergangenen Jahrzehnten eine klare Konturierung gegeben.

713 Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 129 f.

714 Oberthür in NZA 2011, 253 (256); Preis/Sagan in ZGR 2013, 26 (54); Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 130.

715 Preis/Sagan in ZGR 2013, 26 (54 f.); Reiserer in DB 2011, 2262 (2266); Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 131.

in § 1 Nr. 2 MuSchG nichts über die Regelung in § 1 Nr. 1 MuSchG aus.⁷¹⁶

Hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung von § 1 Nr. 1 MuSchG kann bereits von einer „herrschenden Meinung im Schrifttum“ gesprochen werden. Denn vielfach wird die Auslegungsfähigkeit der Formulierung in § 1 Nr. 1 MuSchG ohne weitergehende Ausführungen angenommen.⁷¹⁷

(c) Stellungnahme

(aa) Zur Problematik der entgegenstehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung

Der Gegenansicht ist insoweit zuzustimmen, dass die Konturierung des Arbeitnehmerbegriffs durch die nationale Rechtsprechung einer anderweitigen richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegensteht. Die Grenzen zulässiger Auslegung werden hierbei nicht überschritten.

Wie bereits festgestellt, ist diese Grenze nur dann erreicht, wenn durch die richtlinienkonforme Auslegung „eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellung [geändert werden soll] und damit – nach deutschen Verfassungsrecht – die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) verletzt.“⁷¹⁸

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist davon auszugehen, dass es sich bei sogenanntem Richterrecht gerade nicht um „Recht und Gesetz“ nach Art. 20 Abs. 3 GG handelt. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung mehrfach ausgeführt, höchstrichterliche Urteile seien kein Gesetzesrecht und erzeugen keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben oder von dieser abzuweichen verstoße grundsätzlich nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG.⁷¹⁹

Das deutsche Arbeitsrecht wird besonders durch Richterrecht geprägt und ist vielfach den Einflüssen des Unionsrechts und dem stän-

716 *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (54).

717 Siehe die entsprechenden Nachweise oben unter Fn. 689.

718 Siehe hierzu oben: III. 1. a) bb).

719 BVerfG 26.06.1991 - 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, unter C. I. 2. b); BVerfG 15.01.2009 - BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, unter B. III. 1.

digen Wandel der Arbeitswelt unterworfen. Gerade hier sind Änderungen der bislang ständigen Rechtsprechung des BAG nicht ungewöhnlich.⁷²⁰

Die Ausführungen der Mindermeinung zum gesetzgeberischen Willen sind ebenfalls nicht überzeugend.

Der Gesetzgeber hat die Definition des im deutschen Recht einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs nicht selbst geregelt. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen nähere Bestimmung die Aufgabe der Rechtsprechung (unter Berücksichtigung der Diskussion in der juristischen Literatur) ist.

Dies zeigt sich auch in der Regelung des § 1 MuSchG. Gemäß § 1 Nr. 2 MuSchG sollen in Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen. Der Gesetztext verweist zur näheren Bestimmung auf die Legaldefinition im Heimarbeitsgesetz. Im Unterschied dazu bleibt die Formulierung „Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen“ nach § 1 Nr. 1 MuSchG unbestimmt.

Diese – auch als „Regelungsscheu“ bezeichnete⁷²¹ – offen gelassene Gesetzgebung hat den Vorteil, dass im Gegensatz zu langwierigen Gesetzgebungsverfahren auf die verschiedenen Änderungen flexibel und schnell mit Anpassung reagiert werden kann.

Aufgrund dessen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der betreffenden Arbeitsgesetze eine bestimmte feststehende Definition des Arbeitnehmerbegriffs zugrunde gelegt hat. Charakteristikum unbestimmter Rechtsbegriffe ist ja gerade deren Veränderlichkeit. Solange der Gesetzgeber auf eine eigene normative Definition des Arbeitnehmerbegriffs verzichtet, entscheidet er sich bewusst für eine Prägung des Begriffs durch die jederzeit abänderliche richterliche Auslegung.

720 Siehe nur: BAG 07.07.2010 - 4 AZR 537/08, juris (Rechtsprechungsänderung zum Grundatz der Tarifeinheit); BAG 06.02.2003 - 2 AZR 621/01, BAGE 104, 304 (Rechtsprechungsänderung zur unzulässigen Frage nach einer Schwangerschaft); BAG 23.03.2006 - 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281 (Rechtsprechungsänderung zur Auslegung des Wortes „Entlassung“ in § 17 Abs. 1 KSchG).

721 So z.B. von *Höpfner* in RdA 2006, 156 (157).

Folglich ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Arbeitsgesetze stets den Arbeitnehmerbegriff in seiner jeweiligen durch die Rechtsprechung definierten Variante zugrunde legt.

Das Argument, es gebe keine „einheitliche und gefestigte“ Rechtsprechung zum nationalen Arbeitnehmerbegriff ist hingegen vollkommen überflüssig. Nach dem oben Gesagten gilt: Selbst die Änderung einer gefestigten ständigen Rechtsprechung wäre keine Auslegung *contra legem*.

(bb) Entgegenstehender Vertrauensschutz?

Eine andere Frage ist jedoch, inwieweit durch eine gegebenenfalls gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in den deutschen Arbeitsgesetzen ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, der einer anderweitigen richtlinienkonformen Auslegung entgegenstehen könnte.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, welche aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen⁷²², eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich nicht verhindern können. Gerade bei Änderung einer gefestigten ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung sind aber auch „Aspekte des Vertrauensschutzes“ zu beachten.⁷²³ So kann im Sinne eines Rückwirkungsverbot es eine Einschränkung der zeitlichen Geltung der neuen Rechtsprechung erforderlich sein.⁷²⁴

In diesem Sinne hatte das BAG in Entscheidungen zur richtlinienkonformen Anpassung der Auslegung des Begriffes „Entlassung“ in § 17 Abs. 1 KSchG entschieden, dass, angesichts des Grundsatzes des Vertrauensschutzes, die (neue) richtlinienkonforme Auslegung noch nicht im zugrunde liegenden Fall gelten solle. Das schutzwürdige Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Auslegung des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG gebiete eine Einschränkung der Rückwirkung

722 Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 94

723 Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 111.

724 BVerfG 15.01.2009 - 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, unter B. III. 1.; BVerfG 18.10.2012 - 1 BvR 2366/11, NJW 2013, 523, unter III. 2. a); Sachs in Sachs, GG, Art. 20 Rn. 144.

und könne frühestens mit der Bekanntgabe der Entscheidung des EuGH über die Auslegung der entsprechenden Richtlinie entfallen.⁷²⁵

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine solche Einschränkung der Wirksamkeit einer Vorabentscheidung des EuGH durch ein nationales Gericht aufgrund des Erfordernisses der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts jedoch unionsrechtswidrig. Es obliegt alleine dem EuGH in seinem Urteil über eine zeitliche Beschränkung der Wirkung zu entscheiden. Im Zweifel muss das nationale Gericht, im Wege des Vorlageverfahrens, dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit der Gewährung von Vertrauensschutz mit der unionsrechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung stellen.⁷²⁶

Wie bereits festgestellt, geht der EuGH grundsätzlich davon aus, dass die – auch im Unionsrecht anerkannten – allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot, das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung begrenzen können.⁷²⁷ In einer älteren Entscheidung hatte er diesbezüglich ausgeführt, diese Einschränkung müsse „jedoch in dem Urteil selbst enthalten sein, durch das über das Auslegungsersuchen entschieden wird.“⁷²⁸

In seinem Urteil zur Rechtssache „Danosa“ hat der EuGH keine ausdrückliche Abweichung von der generellen ex-tunc Wirkung seiner Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren⁷²⁹ vorgenommen. Ein mit der richtlinienkonformen Auslegung befasstes nationales Gericht müsste diese Frage in jedem Falle in einem Vorabentscheidungsverfahren klären lassen.

Meines Erachtens ist es aber sehr unwahrscheinlich, dass der EuGH die Wirkung seiner Entscheidung aus Gründen des Vertrauensschutzes begrenzen wird. Das betreffende Urteil enthält eine solche Beschränkung gerade nicht. Der EuGH müsste diesbezüglich zunächst

725 BAG 23.03.2006 - 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281, unter B. II. 3.; BAG 01.02.2007 - 2 AZR 15/06, juris, unter 2.

726 BVerfG 10.12.2014 - 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375, unter III. 1. c).

727 Siehe hierzu oben: III. 1. a) bb).

728 EuGH 27.03.1980 „Denkavit italiana“ - C-61/79, juris, Rn. 18.

729 Zur generellen ex-tunc Wirkung der Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren siehe oben: I. 3.

von seiner Rechtsprechung abweichen und eine solche Einschränkung außerhalb der Entscheidung im Ausgangsurteil ermöglichen. Die Einschränkung der zeitlichen Geltung ist zudem eine Abweichung von der Regel und bedarf einer besonderen Begründung. In der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Danosa“ ist jedoch nur eine konsequente Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs zu erkennen. Schließlich präzisiert der EuGH in dieser Entscheidung nur die bereits festgelegten Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs hinsichtlich der Mitglieder des Leitungsorgans von Kapitalgesellschaften. In Anbetracht der Tatsache, dass der EuGH dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff seit jeher ein sehr weites Verständnis zugrunde legt, ist auch seine Aussage zur Unerheblichkeit der Zugehörigkeit zum Leitungsorgan der Gesellschaft für die Arbeitnehmereigenschaft nicht gänzlich unvorhersehbar gewesen. Zumal in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten die Mitglieder von Leitungsorganen zum Teil völlig unstreitig als Arbeitnehmer eingeordnet werden.⁷³⁰

(d) Zwischenergebnis

Die Prägung der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs durch die nationale Rechtsprechung – allen voran durch das BAG – steht einer anderweitigen richtlinienkonformen Auslegung des Begriffes nicht entgegen. Der Arbeitnehmerbegriff in den deutschen Arbeitsgesetzen ist auslegungsfähig und einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich.

Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung unterliegt keinen zeitlichen Beschränkungen. Die betreffenden Entscheidungen des EuGH haben eine ex-tunc Wirkung bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist der jeweiligen Richtlinie.

Möchte ein nationales Gericht aus Gründen des Vertrauensschutzes von dieser zeitlichen Geltung abweichen, hat es diese Frage zwingend dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV vorzulegen.

730 Siehe beispielsweise zur Rechtslage in den Niederlanden oben unter Fn. 577 und in Österreich oben unter Fn. 580.

cc) Unionsrechtskonforme Auslegung der übrigen nationalen Arbeitsgesetze?

(1) Allgemeine Ansicht

Wie eingangs dargestellt, betrifft das Unionsarbeitsrecht nur einen Teilbereich des gesamten Arbeitsrechts. Dieser Umstand ist dem in den europäischen Verträgen festgelegten Grundsatz der Einzelermächtigung geschuldet. Der Unionsgesetzgeber darf nur dann gesetzgebend tätig werden, wenn die Verträge hierfür eine Ermächtigung vorsehen.⁷³¹

Aufgrund dessen existieren auch nationale Arbeitsgesetze, die den Geltungsbereich des Unionsarbeitsrechts nicht berühren; also nicht unionsrechtlich determiniert sind.

Vorliegend ist, entsprechend der allgemeinen Ansicht in der Literatur, davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff auf die nationalen Arbeitsgesetze, welche keine Umsetzungsgesetze und auch sonst nicht unionsrechtlich determiniert sind, keine Anwendung findet. Deren Anwendungsbereich wird weiterhin ausschließlich durch den allgemeinen nationalen Arbeitnehmerbegriff bestimmt.⁷³² Im Allgemeinen sind das die nationalen Arbeitsgesetze, welche keine Richtlinien umsetzen.

Zwar kann das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auch diese nationalen Gesetze betreffen.⁷³³ Hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in den verschiedenen europäischen Rechtsakten ist dies aber nicht geboten. Denn der EuGH trifft hierbei nur eine Entscheidung über den jeweiligen Geltungsbereich des Rechtsakts. Um darüber hinaus eine allgemein gültige

⁷³¹ Zu allem siehe oben: I. 2.

⁷³² Hierzu äußern sich ausdrücklich: *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353; *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2332); *Forst* in EuZW 2015, 664 (667); *Klassen* in BB 2013, 1849 (1853); *Lunk* in NZA 2015, 917 (920); *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (194) verneinen eine Anwendbarkeit der §§ 85 ff. SGB IX, weil diese nicht der Umsetzung von Unionsrecht dienen; *Miras* in GWR 2012, 311 (313 f.); *Oberthür* in NZA 2011, 253 (257); *Schiefer/Worzalla* in ZfA 2013, 41 (52); *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (11); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (549); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 326. Speziell zum EFZG: *Reinhard* in EK ArbR, § 1 EFZG Rn. 2 will mangels einer zugrunde liegenden Richtlinie am nationalen Arbeitnehmerbegriff festhalten.

⁷³³ Siehe hierzu oben: III. 1. a) aa).

ge Aussage zur Definition des Arbeitnehmerbegriffes zu treffen, würde dem EuGH bereits die Kompetenz fehlen.

(2) Abweichende Beurteilung bei §§ 1 ff. KSchG?

Im Schrifttum wird allerdings, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum weiten unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriff und den Ausführungen in der Rechtssache „Danosa“, von einer Mindermeinung die Anwendung der §§ 1 ff. KSchG auf den Fremd- und den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer in Betracht gezogen.⁷³⁴

Der Arbeitnehmerbegriff der Regelung könnte entsprechend ausgelegt werden. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG sind die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, aber ausdrücklich vom Anwendungsbereich des 1. Abschnitts ausgenommen. Die Regelung müsste demnach teleologisch reduziert werden.⁷³⁵

Das Kündigungsschutzgesetz ist – mit Ausnahme der §§ 17 ff. KSchG – kein Umsetzungsgesetz. Die europäische Charta der Grundrechte sieht aber gemäß Art. 30 GRC für jede Arbeitnehmerin und jeden Arbeitnehmer einen „Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“ vor. Es ist davon auszugehen, dass der unionseinheitliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt und der Fremd- und der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer im Regelfall darunter zu zählen sind. Hieraus will eine Mindermeinung wohl das unionsrechtliche Erfordernis eines nationalen Mindestschutzes gegen ungerechtfertigte Entlassung ableiten.⁷³⁶

Die Gegenansicht beruft sich jedoch zurecht auf die fehlende Rechtssetzung des Unionsgesetzgebers im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes. Denn die europäische Charta der Grundrechte gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Von seiner Rechtssetzungskompetenz aus Art. 153 Abs. 1 lit. d AEUV hat der Unionsgesetzgeber bisher keinen

734 *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2332); wohl auch: *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (367) aber ohne eine Begründung.

735 Ebenso: *Rost* in FS Bohl, S. 531 (547).

736 *Fischer* in NJW 2011, 2329 (2332).

Gebrauch gemacht. Es ist lediglich vereinzelt, in bestimmten Richtlinien, ein spezieller Kündigungsschutz vorgesehen.⁷³⁷

Die Frage nach einer durch Art. 30 GRC veranlassten unionsrechtskonformen Auslegung der §§ 1 ff. KSchG stellt sich somit gar nicht.

c) Zwischenergebnis

Der Einfluss des Unionsrechts auf die nationalen Arbeitsgesetze führt hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf den Fremd- und den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu folgendem Zwischenergebnis:

aa) „Umsetzungsgesetze“ mit unionsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff

Arbeitsgesetze, die Richtlinien umsetzen, welche den weiten unions einheitlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen, sind hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs entsprechend anzupassen.

Nach der hier vertretenen Ansicht gilt dies für alle Richtlinien, die bezüglich des Arbeitnehmerbegriffes keinen ausdrücklichen Verweis in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten enthalten.

Folgerichtig sind regelmäßig auch Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer deutscher GmbHs unter den Anwendungsbereich dieser nationalen Gesetze zu zählen. Dies ist wiederum durch eine richtlinienkonforme weite Auslegung des betreffenden Arbeitnehmerbegriffes des nationalen Arbeitsgesetzes zu erreichen. Der Arbeitnehmerbegriff des nationalen Gesetzes ist grundsätzlich auslegungsfähig.

bb) „Umsetzungsgesetze“ mit nationalem Arbeitnehmerbegriff

Bei den Arbeitsgesetzen, die Richtlinien umsetzen, welche den nationalen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen, ist es – nach der hier vertretenen Ansicht – geboten, den Arbeitnehmerbegriff insoweit richtli-

⁷³⁷ Ausführlich: *Klasen* in BB 2013, 1849 (1852 f.); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (546 f.); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, S. 327 f.; i. E. ebenso: *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (194).

nienkonform auszulegen, dass GmbH-Geschäftsführer nicht pauschal, aufgrund ihrer Organstellung ausgeschlossen werden dürfen. Stattdessen ist eine Einzelfallprüfung nach den üblichen Abgrenzungskriterien der nationalen Arbeitnehmerdefinition vorzunehmen.

Die Durchsetzung der Geltung des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs spielt hierbei aber keine Rolle. Das Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Begriffsbestimmung wird immer dann durch den Effektivitätsgrundsatz eingeschränkt, wenn die Umsetzung der Richtlinien allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen zur Geltung verhelfen soll.

cc) Übrige Arbeitsgesetze

Bei den übrigen nationalen Arbeitsgesetzen, die keine Richtlinien umsetzen, hat weiterhin der nationale Arbeitnehmerbegriff zu gelten.

Das bedeutet, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH sämtliche GmbH-Geschäftsführer nicht darunter zu zählen sind. Die Anwendung der Arbeitsgesetze kann nur über eine Analogie in Betracht kommen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG können im Ausnahmefall solche GmbH-Geschäftsführer darunter zu zählen sein, die aufgrund starker arbeitsrechtlicher – also über die gesellschaftsrechtliche Weisungsgebundenheit nach § 37 GmbHG hinausgehende – Weisungsabhängigkeit, persönlich abhängig sind. In jedem Fall ist dies bei Gesellschafter-Geschäftsführern mit einem beherrschenden Einfluss ausgeschlossen.⁷³⁸

738 Vgl. auch: *Preis/Sagan* in ZGR 2013, 26 (58 f.) unterscheiden zwischen drei verschiedenen Gruppen von Geschäftsführern: „selbständige Geschäftsführer“, „abhängige Geschäftsführer“ und „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“.

2. Vollständige Ablösung des nationalen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff?

a) Vorbemerkung

Der Einfluss des Unionsrechts führt im Ergebnis zur Verwendung eines uneinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs im deutschen Arbeitsrecht, was der Vorstellung der herrschenden Meinung⁷³⁹ von einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff für das gesamte deutsche Arbeitsrecht widerspricht.

b) Diskussion in der Literatur

Vor diesem Hintergrund sind wohl auch die „Überlegungen“ bzw. „Anregungen“ des Schrifttums⁷⁴⁰ zur kompletten Ablösung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs durch den unionsrechtlichen zu sehen.

Eine solche Ablösung ist jedenfalls aus unionsrechtlicher Sicht unstrittig nicht geboten.⁷⁴¹

Zum Teil wird sie aber aus Gründen der „Rechtssicherheit“⁷⁴² und der „Übersichtlichkeit der hiesigen Rechtsordnung“⁷⁴³ für notwendig erachtet. *Wank* stellt ohne weitere Begründung die These auf, dass sich auf die Dauer „die Rechtsprechung des EuGH insgesamt auch für das deutsche Recht durchsetzen“ wird.⁷⁴⁴

739 Zum klassischen Arbeitnehmerbegriff der h.M. siehe oben: Zweiter Teil, I.

740 Von einer richtigen Diskussion im Sinne eines Meinungsstreits kann meines Erachtens nicht gesprochen werden, denn vielfach wird diese Frage lediglich aufgeworfen ohne näher darauf einzugehen, siehe nur: *Lunk/Rodenbusch* in GmbHR 2012, 188 (194 f.); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2267); *Rost* in FS Bohl, S. 531 (549).

741 Siehe auch: *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353; Existenz eines uneinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs sei „bedauerlich“ aber „hinzunehmen“; *von Alvensleben/Haug/Schnabel* in BB 2012, 774 (778); *Klasen* in BB 2013, 1849 (1853); *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (367); *Oberthür* in NZA 2011, 253 (257); *Reiserer* in DB 2011, 2262 (2267); *Schiefer/Worzalla* in ZfA 2013, 41 (51); *Schubert* in ZESAR 2013, 5 (10); *Wank* in EWIR 2011, 27 (28): „Theoretisch ist es möglich“.

742 *Von Alvensleben/Haug/Schnabel* in BB 2012, 774 (778).

743 *Leopold* in ZESAR 2011, 362 (367).

744 *Wank* in EWIR 2011, 27 (28).

c) Stellungnahme

Eine Ablösung des bisherigen nationalen Arbeitnehmerbegriffs durch den unionsrechtlichen hätte nicht nur die regelmäßig anzunehmende Arbeitnehmereigenschaft von Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern zur Folge, sondern würde den Arbeitnehmerbegriff insgesamt – beispielsweise auch auf öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnisse – erweitern.

Daneben bestünde die Möglichkeit lediglich die Klassifizierung des Fremd- und des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers nach der Rechtsprechung des EuGH in das nationale Arbeitsrecht insgesamt zu übernehmen.⁷⁴⁵

Doch auch hierfür wäre eine Anpassung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs unumgänglich. Denn nach der bisherigen Definition sind die Tatsache, dass die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG gesellschaftsrechtliche Weisungen erteilen und ihn gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit von seinem Amt abberufen kann, nicht ausreichend um eine Arbeitnehmerstellung zu begründen. Vielmehr sind Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung und eine Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers erforderlich. Das heißt, selbst wenn der BGH seine Auffassung von einer der Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehenden Organstellung aufgab, würde dies nicht zu einer regelmäßigen Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft führen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung müsste die Definition vielmehr hinsichtlich ihres Verständnisses von der arbeitsrechtlichen Weisungsabhängigkeit ändern.

Ob die höchstrichterliche Rechtsprechung tatsächlich ihre über Jahrzehnten entwickelte und verwendete Arbeitnehmerdefinition zur Gewährleistung eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs im deutschen Arbeitsrecht aufgeben wird, ist sehr zweifelhaft.

745 Hierzu: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschafterorganen S. 331 ff.

Bei einer solchen Rechtsprechungsänderung würden sich, vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes, auch Fragen der Rückwirkung stellen.⁷⁴⁶

Noch unwahrscheinlicher ist die Ablösung des bisherigen nationalen Arbeitnehmerbegriffs aufgrund einer Reaktion des Gesetzgebers. Dieser „verweigert“ seit jeher die Schaffung einer Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs.⁷⁴⁷

Im Übrigen ist fraglich, ob ein derartig weites Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs für das gesamte Arbeitsrecht überhaupt erstrebenswert ist.

Die unionsrechtlichen Anforderungen ließen sich, unter Beibehaltung des einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes, auch durch eine Anpassung der Anwendungsbereiche der jeweiligen unionsrechtlich determinierten Arbeitsgesetze erreichen.⁷⁴⁸ Die betreffenden Arbeitsgesetze könnten nach dem Vorbild der Regelung in § 2 Abs. 2 ArbSchG, die ohne eine entsprechende Änderung des Arbeitnehmerbegriffs beispielsweise Richterinnen und Richter, Beamtinnen und Beamte in den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes einbezieht, modifiziert werden.

Dies erfordert aber ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Bis dahin kann jedenfalls nicht mehr vom Grundsatz eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs im deutschen Arbeitsrecht ausgegangen werden.⁷⁴⁹

Nach alledem ist aber weder eine komplette Ablösung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs durch den unionsrechtlichen, noch eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH zur Klassifizierung der GmbH-Geschäftsführer für das gesamte Arbeitsrecht zu erwarten.

746 Zu Fragen des Vertrauensschutzes bei einer durch richtlinienkonforme Auslegung veranlasster Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, bereits oben siehe: III. 1. b) bb) (3) (c) (bb).

747 Hierzu bereits in der Einleitung.

748 Vgl. auch *Oberthür* in NZA 2011, 253 (257): durch unionsrechtskonforme Ausgestaltung des persönlichen Anwendungsbereichs könnte das Problem „unschwer“ gelöst werden.

749 Vgl. auch *Richardi/Fischinger* in Staudinger BGB, § 611 Rn. 353; *Oberthür* in NZA 2011, 253 (257).

IV. Ergebnis

Die dargestellten neuen Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH führen tatsächlich zu Änderungen bei der statusrechtlichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern.

Der EuGH schreibt dem Fremdgeschäftsführer und dem geschäftsführenden nicht beherrschenden Gesellschafter einer deutschen GmbH regelmäßig eine Arbeitnehmereigenschaft im Verhältnis zur Gesellschaft zu. Die Organstellung ist dabei unerheblich. Die regelmäßig anzunehmende persönliche Abhängigkeit ist in jedem Einzelfall zu prüfen und kann bei bestimmten satzungsrechtlichen Konstellationen zu verneinen sein.

Die Auswirkungen auf die Einordnung nach nationalem Recht sind aber auf bestimmte Bereiche des deutschen Arbeitsrechts begrenzt.

Unterschieden werden muss zwischen den nationalen Arbeitsgesetzen, die Richtlinien umsetzen, welche hinsichtlich der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs keinen Verweis ins nationale Recht enthalten, solchen, die einen entsprechenden Verweis enthalten und den nationalen Arbeitsgesetze, die überhaupt nicht den Anwendungsbereich einer Richtlinie berühren.

Die Aussagen des EuGH haben keinen Einfluss auf die rein nationalen Arbeitsgesetze. Die Anwendung des unionsrechtlichen Verständnisses wird auch nicht insgesamt auf das deutsche Arbeitsrecht ausgedehnt.

Vierter Teil: Einfluss der neuen Entwicklungen zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers auf die Regelung in § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG?

I. Vorüberlegungen – Problematik

Die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen und die damit verbundene Anwendung der speziellen verfahrensrechtlichen Bestimmungen des ArbGG ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern eröffnet.

In § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG wird bestimmt, dass Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sind. Wie üblich, fehlt es also an einer Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs. Damit verweist das Arbeitsgerichtsgesetz auf den allgemeinen materiell-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff, welcher als unbestimmter Rechtsbegriff der Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur unterliegt.⁷⁵⁰

Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen wird infolgedessen auch von den Entwicklungen zur Bestimmung des materiellen Arbeitnehmerbegriffes erfasst.⁷⁵¹

Die Übereinstimmung des Arbeitnehmerbegriffs des Arbeitsgerichtsgesetzes und des materiellen Arbeitsrechts ist im Übrigen auch vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Arbeitsgerichtsbarkeit

750 *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 12; *Perschke* in Natter/Gross ArbGG, § 5 Rn. 3.

751 *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 8.

zwingend. Die Gerichte für Arbeitssachen sollen ja gerade der gerichtlichen Durchsetzung des materiellen Arbeitsrechts dienen.⁷⁵²

Der materielle Arbeitnehmerbegriff kann dem Einfluss des Unionsrechts unterliegen. Er wird in jeden Fall durch die Rechtsprechung des BAG geprägt. Wie bereits festgestellt, werden GmbH-Geschäftsführer unter bestimmten Voraussetzungen im unionsrechtlichen Sinne als Arbeitnehmer eingeordnet.⁷⁵³ Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern im nationalen Sinne zwar nur im Ausnahmefall, aber dennoch grundsätzlich möglich.⁷⁵⁴ Zudem spricht sich mittlerweile auch eine nicht unerhebliche Anzahl von Autoren im juristischen Schrifttum für eine mögliche Arbeitnehmereigenschaft aus.⁷⁵⁵

§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG enthält jedoch die Bestimmung, dass nicht als Arbeitnehmer, die Personen, welche in Betrieben einer juristischen Person oder Personengesamtheit kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages alleine oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind, gelten.

Die Geschäftsführer einer GmbH sind gemäß § 35 GmbHG, und damit von Gesetzes wegen, zur Vertretung der GmbH berufen, so dass die vorgenannte Bestimmung einschlägig ist.

II. Unionsrechtlich gebotene Modifizierung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?

Sollte das Unionsrecht eine Verwendung des unionseinheitlichen Arbeitnehmerbegriffes verlangen, so würde die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hinsichtlich der Fremd- und der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, welche nach den Kriterien des EuGH als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, dem Unionsrecht widersprechen. Gegebenenfalls wäre eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG für eben diese GmbH-Geschäftsführer erforderlich.

752 *Liebscher* in Schwab/Weth ArbGG, § 1 Rn. 1.

753 Siehe oben: Dritter Teil, II. 3.

754 Siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. b).

755 Siehe oben: Zweiter Teil, II. 2. b).

Nach allgemeiner Auffassung wird aber richtigerweise davon ausgegangen, dass die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Danosa“ keine Auswirkungen auf den in § 5 ArbGG verwendeten Arbeitnehmerbegriff haben kann.⁷⁵⁶ Eine Anpassung der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist aus unionsrechtlicher Sicht aus folgenden Gründen nicht geboten:

1. Kein „Umsetzungsgesetz“

Dem Arbeitsgerichtsgesetz liegt keine europäische Richtlinie zugrunde.⁷⁵⁷ Für die Eröffnung des Geltungsbereichs eines speziellen Rechtswegs für Arbeitssachen mit eigenen verfahrensrechtlichen Regelungen sieht das Unionsrecht keine sekundärrechtlichen Regelungen vor.

Die Aussagen des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff im unionsrechtlichen Sinne können über die Bestimmung der Geltungsbereiche der jeweiligen Unionsrechtsakte und des dazugehörigen nationalen Umsetzungsgesetzes hinaus auch keine allgemeine Geltung beanspruchen, weil das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine in den Verträgen festgelegte Regelungskompetenz erfordert.⁷⁵⁸

2. Keine andere Beurteilung aufgrund Art. 4 Abs. 3 EUV (Effektivitätsgebot)

Etwas anderes kann sich auch nicht aus dem Effektivitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 EUV ergeben. Danach darf die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden.⁷⁵⁹

756 Ausdrücklich hierzu: *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 21; *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 45a; *Schleusener* in GK-ArbGG, § 5 Rn. 166; Allgemeiner: *Koch* in EK ArbR, § 5 ArbGG Rn. 6 „Das Unionsrecht ist für die nat. Rechtswegzuweisung ohne Bedeutung.“; *Lunk* in NJW 2015, 528.

757 Vgl. *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 21; *Lunk* in NJW 2015, 528.

758 Zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Art. 1 AEUV Rn. 9 f.

759 Zum Effektivitätsgebot, siehe nur: EuGH 04.07.2006 „Adelener“ - C-212/04, Slg 2006, I-6057-6136, Rn. 95 m. w. N.

Der Ausschluss des Rechtswegzugangs zu den Arbeitsgerichten führt nämlich letztlich nur zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und zur ausschließlichen Anwendung des Verfahrensrechts aus der Zivilprozessordnung. Die Anwendbarkeit des materiellen Arbeitsrechts bleibt hiervon gänzlich unberührt.⁷⁶⁰ So kann ein GmbH-Geschäftsführer auch vor den ordentlichen Gerichten beispielsweise die Unwirksamkeit seiner Kündigung nach dem Mutterschutzgesetz oder Ansprüche aus dem Bundesurlaubsgesetz geltend machen.

Zwar könnte man einwenden, dass der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung eine Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern grundsätzlich ablehnt und die unteren Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit dieser Ansicht folgen. Jedoch bezieht sich dies nur auf die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs. Die ordentlichen Gerichte sind bei der Auslegung des unionsrechtlich determinierten nationalen Arbeitsrechts ebenso an die unionsrechtlichen Vorgaben gebunden und zur richtlinienkonformen Interpretation verpflichtet.

Auch eine gegebenenfalls geringere Sachnähe der ordentlichen Gerichte für arbeitsrechtliche Streitigkeiten ist nicht ausreichend, eine übermäßige Erschwernis der Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte zu begründen.

Infolgedessen wird durch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte die Anwendung des unionsrechtlich determinierten nationalen Arbeitsrechts keineswegs erschwert oder unmöglich gemacht.

III. Anpassung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wegen möglicher Arbeitnehmereigenschaft nach nationalem Recht?

Nach der (zwischenzeitlichen) Ansicht des BAG und dem ihm folgenden Schrifttum kann der Anstellungsvertrag zwischen Geschäftsführer und GmbH ausnahmsweise als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein und der Geschäftsführer somit unter den nationalen Arbeitnehmerbegriff fallen.

⁷⁶⁰ Das ergibt sich aus § 17 Abs. 2 S. 1 GVG.

Des Weiteren wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, die rechtliche Einordnung durch die Rechtsprechung des EuGH werde sich alsbald auch im deutschen Arbeitsrecht durchsetzen.⁷⁶¹

Daher ist fraglich, inwieweit eine auch nach nationalem Recht denkbare Arbeitnehmereigenschaft mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vereinbar ist.

1. Der Ansatz von Groß – teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

Groß hat bereits vor vielen Jahren (1987), im Zuge des Meinungsstreits um die rechtliche Qualifizierung des Anstellungsvertrages, die Ansicht vertreten, dass das Arbeitsgerichtsgesetz für – weisungsgebundene oder sozial schutzbedürftige – sogenannte „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“ geöffnet werden sollte.⁷⁶² Er hielt eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG insoweit für geboten, dass die Fiktion der Nichtarbeitnehmereigenschaft nicht für „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“ gelten solle.

In der Regelung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sah *Groß* eine Ungleichbehandlung der „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“ gegenüber den sonstigen leitenden Angestellten, weil den Geschäftsführern ohne Zustimmung ihres Vertragspartners der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten und die damit verbundenen Vorteile trotz Arbeitnehmereigenschaft gänzlich verschlossen blieben.

Groß sah den gesetzgeberischen Zweck der Regelung in einer „Klarstellungsfunktion“. Rechtsaktübergreifend folgte er aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in vielen Arbeitsgesetzen eine gesonderte Abgrenzung des Geltungsbereichs vorgenommen habe, dass der Gesetzgeber dem Meinungsstreit über Inhalt und Grenzen des Arbeitnehmerbegriffs im Interesse der Rechtsklarheit über den Geltungsbereich des jeweiligen Arbeitsgesetzes ausweichen wollte.⁷⁶³

761 Siehe oben: Dritter Teil, III. 2. b).

762 *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, S. 367.

763 *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, S. 63.

Für die Geschäftsführer, die nicht als Arbeitnehmer der GmbH eingeordnet werden können, sowie für die anderen Organvertreter juristischer Personen bleibe diese Funktion erhalten. Damit werde die Regelung infolge ihrer teleologischen Reduktion auch nicht gänzlich überflüssig.

Dass der Gesetzgeberwille einer solchen teleologischen Reduktion nicht entgegenstehe, leitete *Groß* aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ab. Der Gesetzgeber sei sich bei der Schaffung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht bewusst gewesen, dass Organvertreter in so erheblichen Maße abhängig sein können, dass sie als Arbeitnehmer einzuordnen sind.

Dies begründete *Groß* damit, dass die entsprechende höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG erst nach der letzten Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes 1979 veröffentlicht worden sei. Er ging somit von einer ungewollten Fehlleistung des Gesetzgebers aus, welche durch eine teleologische Reduktion zu korrigieren sei.⁷⁶⁴

Groß setzt also letztlich voraus, dass die lediglich klarstellende Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG *planwidrig* sogenannte „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“ miteinbezieht, weil sich der Gesetzgeber über die Möglichkeit ihrer materiell-rechtlichen Einordnung als Arbeitnehmer bei Schaffung der Vorschrift nicht bewusst war.

2. Rechtliche Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?

a) Voraussetzungen

Die teleologische Reduktion gehört zu den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung.⁷⁶⁵ Die Grenze einer verfassungsrechtlich zulässigen Rechtsfortbildung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erreicht, wenn der klare Wortlaut des betreffenden Gesetzes hintangestellt wird, die Auslegung keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer

⁷⁶⁴ Zu allem: *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, S. 368.

⁷⁶⁵ Siehe nur: BVerfG 26.09.2011 - u.a. 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669, unter B. II. 2. b) aa) m. w. N.

erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend nicht gebilligt wird.⁷⁶⁶

Kurz gesagt: Der Gesetzgeber müsste den Wortlaut der Regelung versehentlich zu weit gefasst haben.

b) Sinn und Zweck der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?

Entscheidend ist der Sinn und Zweck der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.

Groß vertritt die Ansicht, dass der Gesetzgeber mit der Regelung lediglich eine Klarstellung bezweckt habe.⁷⁶⁷

Geht man mit dem BGH und einem nicht unerheblichen Teil des Schrifttums davon aus, dass GmbH-Geschäftsführer (bzw. generell die Organvertreter) nicht Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft sein können⁷⁶⁸, so liegt tatsächlich die bloße Klarstellungsfunktion der Regelung nahe: Organmitglieder sind keine Arbeitnehmer und gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch nicht bei der Anwendung des Arbeitsgerichtsgesetzes.

Der Wortlaut der Norm spricht aber zunächst dafür, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 5 Abs. 1 ArbGG, völlig unabhängig von der materiell-rechtlichen Einordnung der betroffenen Personen als Arbeitnehmer, lediglich eine Aussage über den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes treffen wollte. Denn es wird die Formulierung „als Arbeitnehmer gelten nicht“ verwendet und in § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG ist die Rede davon, wer „Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes“ ist.

Sollte dies der Fall sein, wäre die teleologische Reduktion der Regelung für solche GmbH-Geschäftsführer, die materiell-rechtlich als Arbeitnehmer einzuordnen sind, unabhängig davon, ob sich der Gesetzgeber dieser Problematik überhaupt bewusst war, ausgeschlossen. Denn eine solche Auslegung würde der Vorstellung des Gesetzgebers über einen pauschalen Ausschluss vom persönlichen Geltungsbereich entgegenstehen.

766 Siehe nur: BVerfG 26.09.2011 - u.a. 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669, unter B. II. 2. b) aa); BVerfG 14.06.2007 - u.a. 2 BvR 1447/05, BVerfGE 118, 212, unter B. II. 2.

767 *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, S. 368.

768 Siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. a) und 2. a).

aa) Herrschende Meinung

Das BAG⁷⁶⁹ und die herrschende Meinung im Schrifttum⁷⁷⁰ gehen davon aus, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG einen pauschalen Ausschluss der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte für die betroffenen Personen, unabhängig von deren materiell-rechtlichen Einordnung, im Blick hatte, weshalb der betreffende Meinungsstreit für den Geltungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ohne Bedeutung sei.⁷⁷¹

Das BAG führt hierzu teilweise aus, durch die Regelung sei die Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit durch Verhinderung von Einzelfallprüfungen gewollt gewesen.⁷⁷²

Zum Teil äußert es sich dahingehend, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für „Hausstreitigkeiten“ im „Arbeitge-

769 St. Rspr. siehe nur: BAG 27.10.1960 - 5 AZR 578/59, BB 1961, 98, unter II. 4. d); BAG 17.01.1985 - 2 AZR 96/84, NZA 1986, 68, unter B. 2. b); BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81, unter B. II. 1. a); BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 1. a); BAG 05.05.1997 - 5 AZB 35/96, NZA 1997, 959, unter II. 1. a); BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. b); BAG 03.02.2009 - 5 AZB 100/08, NZA 2009, 669, unter III. 1.; BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. a); BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2012, 253, unter II. 1. a).

770 Aus der neueren Literatur, statt vieler: *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG, § 6 Rn. 152; *Kalb* in H/W/K ArbR, § 5 ArbGG Rn. 14; *Koch* in EK ArbR, § 5 ArbGG Rn. 6; *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 45; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 183; *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 137; *Waas* in Grunsky ArbGG, § 5 Rn. 36 f.; *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht, S. 42 f.

Aus der früheren Literatur, zum ArbGG 1926: *Lieb/Gift*, ArbGG, § 5 Rn. 11: „wenn ihnen gleichwohl § 5 Abs. 2 diese Eigenschaft für den Geltungsbereich des Arbeitsgerichtsgesetzes abspricht, so handelt es sich um eine positivrechtliche Ausnahmebestimmung.“; zum ArbGG 1953: *Dersch/Volkmar*, ArbGG, § 5 Rn. 92 der Meinungsstreit, ob Organmitglieder Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts sind, könne für die Zuständigkeitsfragen des Arbeitsgerichtes wegen § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG dahingestellt bleiben, weil diese ausdrücklich aus dem Arbeitnehmerkreis für den Geltungsbereich des ArbGG ausgeschlossen werden.

771 So ausdrücklich: BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 1. b).

772 BAG 17.01.1985 - 2 AZR 96/84, NZA 1986, 68, unter B. I. 2. b); Im Übrigen sei dem Gesetzgeber bei der letzten Änderung des ArbGG auch bekannt gewesen, dass Organvertreter persönlich abhängig sein können, was ihn nicht dazu veranlasst habe, die Regelung zu ändern; Ebenso: *Henssler* in RdA 1992, 289 (293): „im Interesse der Rechtssicherheit“.

berbereich“ ausschließen wollte.⁷⁷³ Hintergrund soll die Besetzung der Gerichte mit Arbeitnehmerbeisitzern sein (§§ 16 Abs. 1, 35 Abs. 1, 41 Abs. 1 ArbGG). Die Arbeitgeberseite müsse durch den Ausschluss der Zuständigkeit die Arbeitnehmerbeisitzer nicht über ihre „Hausstreitigkeiten“ informieren, sondern diese nur den ordentlichen Gerichten anvertrauen. Als weitere Begründung wird angeführt, dass diese „Hausstreitigkeiten“ sachlich eher in den Bereich des Unternehmensrechts als im Arbeitsrecht zu verorten seien.⁷⁷⁴

In manchen Entscheidungen beschränkt sich das BAG auf die Aussage, die bezeichnete Personengruppe sei nach dem Willen des Gesetzgebers „wegen ihrer organschaftlichen Stellung aus dem Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte herausgenommen“ worden.⁷⁷⁵

In anderen Entscheidungen beruft es sich zur Begründung des Gesetzgeberwillens auf den Wortlaut der Regelung: Der Gesetzgeber habe nicht bestimmt, dass diese Personen keine Arbeitnehmer „sind“, sondern dass sie nicht als Arbeitnehmer „gelten“.⁷⁷⁶

Die Ausführungen des BAG werden von der Literatur noch um das Argument ergänzt, der Gesetzgeber habe mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG verhindern wollen, dass für die Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Organstellung und für solche aus dem Anstellungsvertrag unterschiedliche Gerichte zuständig sind.⁷⁷⁷

Die Regelung wird meist als sogenannte „negative gesetzliche Fiktion“ bezeichnet. Im Rahmen des Arbeitsgerichtsgesetzes solle das Fehlen einer Arbeitnehmereigenschaft „fingiert“ werden.⁷⁷⁸ Manche Autoren sprechen hingegen von einer „unwiderleglichen Vermutung“, weil nicht ausgeschlossen sei, dass tatsächlich keine Arbeitnehmereigenschaft im materiell-rechtlichen Sinne vorliege.⁷⁷⁹ Beide Gesetzge-

773 BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. a); BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2012, 253, unter II. 1. a).

774 Zu allem: BAG 27.10.1960 - 5 AZR 578/59, BB 1961, 98, unter II. 4. d).

775 BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81, unter B. II. 1. a); BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 1. a).

776 BAG 05.05.1997 - 5 AZB 35/96, NZA 1997, 959, unter II. 1. a).

777 *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht, S. 42.

778 Siehe nur: *Kalb* in H/W/K ArbR, § 5 ArbGG Rn. 14.

779 *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 45; *Brinkmann* in ZZP 2012, 197 (205), Fn. 36; *Stagat* in NZA 2015, 193 (194).

bungstechniken stimmen aber in ihren Rechtswirkungen überein.⁷⁸⁰ Die Bezeichnung ist demnach unerheblich.

bb) Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist insoweit zuzustimmen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nur eine Aussage über den persönlichen Geltungsbereich des ArbGG treffen wollte. Die materiell-rechtliche Einordnung sollte hierbei keine Rolle spielen.

Dies ergibt sich – wie im Folgenden näher dargelegt wird – aus der historischen Auslegung, dem eindeutigen Wortlaut und der Systematik des § 5 ArbGG.

(1) Historische Auslegung

(a) Arbeitsgerichtsgesetz 1926

Bereits das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926 enthielt in § 5 eine mit der heutigen Norm vergleichbare Regelung zum „Begriff des Arbeitnehmers“.⁷⁸¹ Um die Behandlung der Gruppen der leitenden Angestellten und der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen soll im Gesetzgebungsprozess gerungen worden sein.⁷⁸²

In der Begründung zum Gesetzesentwurf durch die Reichsregierung wird hinsichtlich der Regelung in § 5 ausgeführt:

*„Der Erklärung des Begriffs ‚Arbeitnehmer‘ für andere Gesetze ist nicht vorgegriffen.“*⁷⁸³

An anderer Stelle ist zu den möglichen Parteien des Urteilsverfahrens zu lesen:

„Dagegen sind die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen und von Personengesamtheiten des öffentliche und des privaten Rechts in dieser Eigenschaft keine Arbeitnehmer im Sinne des Entwurfs; ihre Streitigkeiten mit der juristischen Person oder der Personengesamtheit fallen daher nicht unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden. Denn die gesetzlichen

780 Prütting in MüKo ZPO, § 292 Rn. 8.

781 Siehe den wortwörtlichen Gesetzestext oben: Erster Teil, III. 2. b).

782 Hierzu ausführlich: Graf, Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926, S. 347 ff.

783 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 56.

Vertreter der juristischen Person oder der Personengesamtheit üben als deren Organe die Arbeitgeberbefugnisse der Körperschaft aus (vgl. oben zu B IV 2) und können deshalb nicht gleichzeitig als Arbeitnehmer der juristischen Person oder der Personengesamtheit angesehen werden.

*Keine Arbeitnehmer im Sinne des gesamten Arbeitsrechts und darum auch nicht im Sinne dieses Entwurfs sind die Angehörigen des Reichsheeres und der Reichsmarine (...) und die öffentlichen Beamten (...)*⁷⁸⁴

Unter B IV 2 finden sich die Gesetzesanmerkungen zu den Beisitzern aus den Kreisen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen spielen dabei insoweit eine Rolle, dass sie bei Arbeitgebern, die keine Einzelpersonen, sondern juristische Personen oder Personengesamtheiten sind, die Arbeitgebertätigkeit ausüben. Mit dieser Aufgabenzuweisung wird die Möglichkeit, diese als Beisitzer auf der Arbeitgeberseite zu berufen, begründet. Das gleiche soll im Übrigen auch für „Geschäftsführer und Betriebsleiter“ gelten, die – ohne Arbeitgeber zu sein – eine Arbeitgebertätigkeit ausüben.⁷⁸⁵

Im Gesetzgebungsverfahren wird es deswegen auch als „Unstimmigkeit“ bezeichnet, dass die gemäß § 22 Abs. 3 ArbGG 1926 ebenso als Arbeitgeberbeisitzer zugelassenen „Geschäftsführer und Betriebsleiter“ das gleiche Gericht als Arbeitnehmer in Anspruch nehmen können. Als Konsequenz wird – letztlich vergeblich – gefordert, auch diese Personen „vom Begriff des Arbeitnehmers im Sinne dieses Gesetzes auszuschließen.“⁷⁸⁶

An einer anderen Stelle wird zur Begründung eines Beschlusses nochmals ausdrücklich auf den Hintergrund der Regelung in § 5 hingewiesen:

*„§ 5 Arbeitsgerichtsgesetz regelt die Ausdehnung des Gesetzes auf einen bestimmten Personenkreis, indem festgestellt wird, wer ‚Arbeitnehmer‘ im Sinne dieses Gesetzes ist.“*⁷⁸⁷

784 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 35.

785 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 32 f.

786 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 72 (unter: „Minderheitsentschließung der Abteilung 1)

787 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 74 (unter: „Zusammenstellung der Beschlüsse zweiter Lesung des Sozialpolitischen Ausschusses zum Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes“)

Diese Aussagen bestätigen die Ansicht der herrschenden Meinung insoweit, dass mit der Regelung in § 5 ArbGG lediglich eine Aussage über den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes getroffen werden sollte.

Die Gesetzesmaterialien sprechen aber dafür, den Sinn und Zweck des Ausschlusses der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen – abweichend von der Ansicht der herrschenden Meinung – darin zu sehen, dass diese als Beisitzer auf der Arbeitgeberseite auftreten. Denn, im Gegensatz zur Begründung des Ausschlusses der Angehörigen des Reichsheeres, der Reichsmarine und der öffentlichen Beamten, wird der Ausschluss gerade nicht darauf zurück geführt, dass diese keine Arbeitnehmer im Sinne des gesamten Arbeitsrechts seien. Indessen wird auf die Ausführungen unter *B IV 2* zu den „Beisitzern aus den Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ verwiesen.

Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Verband der leitenden Angestellten „die Unterstellung seiner Mitglieder unter das Gesetz gewünscht“ hat. Daher ist davon auszugehen, dass sich die Vertreter dieser Gruppe im Gesetzgebungsprozess beim Ringen um die Zuständigkeiten der Gerichte für Arbeitssachen durchsetzen konnten und es vor diesem Hintergrund für ausreichend erachtet wurde, der „Unstimmigkeit“ bei den gemäß § 22 Abs. 3 ArbGG 1926 den Arbeitgebern für die Berufung zum Beisitzer gleichstehenden Personen mit der Regelung in § 30 Abs. 2 ArbGG 1926 entgegenzutreten.⁷⁸⁸ Hier nach sind die betroffenen Personen für die entsprechend zuständigen Fachkammern als Arbeitgeberbeisitzer ausgeschlossen.

(b) Arbeitsgerichtsgesetz 1953

Die heutige Formulierung des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG wurde durch das Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953 eingeführt.⁷⁸⁹

In der Begründung des Entwurfs durch die Bunderegierung wird eingangs festgestellt, dass sich der Entwurf in der Systematik und Reihenfolge an den Aufbau des ArbGG 1926 halte und auf etwaige Abwei-

⁷⁸⁸ RT-Drucks. 3/3019 (1924/1927), S. 9

⁷⁸⁹ Hierzu oben, siehe: Erster Teil, III. 2. b).

chungen in der Begründung zu den einzelnen Vorschriften ausdrücklich hingewiesen werde.⁷⁹⁰

Zu den Formulierungsänderungen in § 5 ArbGG hinsichtlich der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen und Personengesamtheiten äußert sich die Bundesregierung nur insoweit, dass

„Entsprechend der Neufassung des § 3 Abs. 2 [wurde] die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder juristischer Personen und der vertretungsberechtigten Mitglieder von Personengesamtheiten genau umrissen“

werde.⁷⁹¹

Wie sich aus der Anmerkung zu § 3 Abs. 2 ergibt, wurde schlicht die „fehlerhafte Terminologie des ArbGG 1926“, die „gesetzliche Vertreter juristischer Personen“ lautete, einheitlich in „Mitglieder des Vertretungsorgans“ geändert bzw. erweitert.⁷⁹²

Die Änderung des Wortlauts von „sind“ in „gelten“ hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern der Vertretungsorgane wird hingegen nicht begründet. Bei den Beamten bleibt es weiterhin bei „sind (...) keine“.

Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber mit der neuen Formulierung seine ursprüngliche Absicht lediglich sprachlich verdeutlichen wollte. Für eine Änderung des Sinn und Zwecks ist jedenfalls nichts ersichtlich.⁷⁹³

(c) Arbeitsgerichtsgesetz 1979

Durch das Arbeitsgerichtsgesetz vom 2. Juli 1979 wurden die Regelungen in § 5 ArbGG 1953 um den heutigen Absatz 3 ergänzt, nach dem Handelsvertreter nur unter bestimmten dort genannten Voraussetzungen als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten sollen.

790 BT-Drucks. 1/3516 (27.06.1952), S. 24.

791 BT-Drucks. 1/3516 (27.06.1952), S. 25.

792 BT-Drucks. 1/3516 (27.06.1952), S. 25

793 In diese Richtung auch: *Brachert*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, S. 72.

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird hierzu ausgeführt:

„Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten bestimmter Handelsvertreter mit dem Auftraggeber findet ihren Sinn darin, daß diese Handelsvertreter insbesondere wegen der Höhe ihres Einkommens mit den Arbeitnehmern vergleichbar sind.“⁷⁹⁴

Erneut bestätigt sich, dass der Gesetzgeber die Formulierung „gelten als Arbeitnehmer“ benutzt, um den Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte, also den persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgerichtsgesetzes, abzustecken und die materiell-rechtliche Einordnung des betreffenden Personenkreises dabei unerheblich ist.

(2) Wortlaut und Systematik

Diese gesetzgeberische Absicht wird durch den eindeutigen Wortlaut und die Systematik des heutigen § 5 ArbGG bestätigt.

Es wird unterschieden zwischen „Arbeitnehmer sind“ und „Als Arbeitnehmer gelten“. Mit den Formulierungen „gelten auch“ in § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG und „gelten nicht“ in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG kommt zum Ausdruck, dass es gerade nicht darauf ankommen soll, was tatsächlich *ist*.

Durch die Formulierung „im Sinne dieses Gesetzes“ wird deutlich, dass der Arbeitnehmerbegriff zur Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs des Gesetzes benutzt wird.

(3) Planwidrigkeit

Ginge man davon aus, dass der Gesetzgeber den Ausschluss des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten vor dem Hintergrund der materiell-rechtlichen Einordnung als Nichtarbeitnehmer vorgenommen hat, so kann dennoch nicht angenommen werden, er habe die Problematik beim GmbH-Geschäftsführer nicht gekannt und den Wortlaut der Vorschrift planwidrig zu weit gefasst.

794 BT-Drucks. 8/1567 (01.03.1978), S. 28.

Angesichts des seit jeher geführten Meinungsstreits in der Literatur zur rechtlichen Einordnung des GmbH-Geschäftsführers⁷⁹⁵ ist eine versehentliche Außerachtlassung dieses Aspekts schlicht ausgeschlossen.

Eine Planwidrigkeit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG lässt sich folglich nicht begründen.

IV. Ergebnis

Die neuen Entwicklungen zur möglichen Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern haben keinen Einfluss auf die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Die Norm ist weder unionsrechtswidrig, noch aus anderen Gründen teleologisch zu reduzieren.

Dies würde auch im Falle einer zukünftigen kompletten Anpassung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs an den unionsrechtlichen gelten.

V. Ausblick

Bei Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bleibt der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten – ohne eine entsprechende Vereinbarung nach § 2 Abs. 4 ArbGG – aufgrund der eindeutigen Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG weiterhin versperrt.

Etwas anderes könnte aber außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten. Denn gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitsachen bei bürgerlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ausschließlich zuständig. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes Arbeiter und Angestellte. Außerhalb des Anwendungsbereichs werden die neuen Entwicklungen zur Einordnung des GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer also wieder bedeutsam.

795 Zur Historie des Meinungsstreits siehe die Ausführungen bei: *Hromadka*, Das Recht der leitenden Angestellten, S. 309 ff.

Dies erfordert zunächst eine Begutachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Auslegung des Geltungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.

Fünfter Teil: Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG durch die Rechtsprechung des BAG

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Der GmbH-Geschäftsführer ist ein gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person und fällt daher in den persönlichen Anwendungsbereich der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Auch stellvertretende Geschäftsführer sind gesetzliche Vertreter der GmbH im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, denn für sie gelten gemäß § 44 GmbHG die gleichen Vorschriften.⁷⁹⁶

Nach der Rechtsprechung des BAG soll dies auch für den Geschäftsführer einer Vor-GmbH gelten.⁷⁹⁷ Die Vor-GmbH sei eine Personenvereinigung eigener Art und daher zwar keine juristische Person, aber dennoch eine Personengesamtheit nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Der Geschäftsführer der Vor-GmbH wird entsprechend dem Gesellschaftsvertrag zum Vertreter dieser bestellt. Die Vertretung kraft Gesellschaftsvertrages sei für die Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausreichend.⁷⁹⁸

796 BAG 17.01.1985 - 2 AZR 96/84, NZA 1986, 68, unter B. I.

797 BAG 13.05.1996 - 5 AZB 27/95, NZA 1996, 952.

798 BAG 13.05.1996 - 5 AZB 27/95, NZA 1996, 952, unter II. 1.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Streitigkeiten aus dem Organverhältnis und dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis

Der sachliche Anwendungsbereich der Sperrwirkung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG erstreckt sich, nach der ständigen Rechtsprechung des BAG und der allgemeinen Ansicht in der Literatur, auf Streitigkeiten zwischen den betreffenden Organvertretern und den juristischen Personen aufgrund der Rechte und Pflichten aus der Organstellung⁷⁹⁹ sowie dem der Organstellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis⁸⁰⁰ unabhängig davon, ob es sich dabei materiell-rechtlich um ein Arbeitsverhältnis handelt. Die Regelung findet sogar dann Anwendung, wenn objektiv feststeht, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Anstellungsvertrag um ein Arbeitsverhältnis handelt.⁸⁰¹

Neben Klagen gegen die Kündigung des betreffenden Anstellungsvertrages umfasst der sachliche Anwendungsbereich daher auch die Geltendmachung sonstiger Ansprüche aus diesem Vertrag, wie beispielsweise Urlaubsabgeltung oder Zeugniserteilung.

2. Streitigkeiten aus anderen Rechtsverhältnissen

Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn die Streitigkeit ein Rechtsverhältnis betrifft, das entweder nicht der Organstellung zugrunde liegt oder mit einem Dritten geschlossen wurde, zu dem kein Vertretungsverhältnis besteht.

799 Nach BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/28, NZA 1999, 839, unter II. 3. a) folge dies bereits schon daraus, dass es sich nicht um Streitigkeiten „aus dem Arbeitsverhältnis“ bzw. über das Bestehen oder Nichtbestehen „eines Arbeitsverhältnisses“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit.a,b ArbGG handele.

800 Statt aller: *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 270.

801 Siehe oben: Vierter Teil, III. 2. b).

a) Anstellungsvertrag mit Dritten

aa) Geschäftsführer der Komplementär-GmbH – mittelbare Vertretung

Beim Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG sind zwei verschiedene vertragliche Gestaltungen denkbar. Der der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsvertrag des Geschäftsführers kann entweder mit der GmbH & Co. KG oder mit der Komplementär-GmbH geschlossen werden.⁸⁰² In jedem Fall ist der Geschäftsführer gemäß § 35 GmbHG das gesetzliche Vertretungsorgan der Komplementär-GmbH. Geschäftsführung und gesetzliche Vertretung erfolgen bei der KG durch den oder die Komplementäre (§§ 161 Abs. 2, 114, 164; §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1, 170 HGB). Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist daher auch das mittelbare Vertretungsorgan der GmbH & Co. KG. Das Vertretungsorgan der Komplementär-GmbH ist der tatsächlich handelnde Vertreter der GmbH & Co. KG.

Die Geltung der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei Streitigkeiten zwischen der GmbH & Co. KG und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH aus dem der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag war umstritten.

(1) Frühere Rechtsprechung des BAG

Jahrzehnte hat das BAG, im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, die Auffassung vertreten, die Anwendung der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sei bei einem Rechtsstreit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH über Rechte und Pflichten aus seinem Anstellungsvertrag mit der GmbH & Co. KG ausgeschlossen, weil Organvertreter der GmbH & Co. KG die Komplementär-GmbH und nicht der Geschäftsführer dieser sei.⁸⁰³

802 Allgemeine Ansicht, siehe nur: BAG 13.05.1992 - 5 AZR 344/91, GmBH 1993, 35, unter II. 2. m. w. N.; *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 294.

803 Grundlegend: BAG 10.07.1980 - 3 AZR 68/79, NJW 1981, 302, unter 1. (mit Verweis auf die Rechtsprechung des RAG); bestätigt durch: BAG 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79, BAGE 39, 16; BAG 13.07.1995 - 5 AZB 37/94, NJW 1995, 3338, unter II. 2. auf die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wird gar nicht mehr ausdrücklich eingegangen, das BAG prüft sofort § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

Ein Teil des Schrifttums folgte dieser streng formalen Betrachtungsweise des BAG.⁸⁰⁴

Die Auslegung des BAG sah sich jedoch vielfacher Kritik ausgesetzt. Neben eines Teils des Schrifttums⁸⁰⁵ vertraten auch einige unterinstanzliche Gerichte eine andere Auffassung.⁸⁰⁶

(2) Seit Beschluss des BAG vom 20.08.2003 - 5 AZB 79/02

Mit Beschluss vom 20.08.2003⁸⁰⁷ hat das BAG seine vorherige Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Es vertritt seit dem die Auffassung, die Regelung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelte auch bei Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KG.

Das BAG begründete die Abkehr von seiner ständigen Rechtsprechung mit dem Sinn und Zweck der Regelung, welcher mit der bisherigen – streng formalen – Betrachtungsweise nicht zu vereinbaren sei. Formal betrachtet, sei die Komplementär-GmbH zwar Organvertreterin der GmbH & Co. KG, dennoch verkörpere nur deren Geschäftsführer den Arbeitgeber der GmbH & Co. KG. Als einzige natürliche Person nehme der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH – vor allem aus der Sicht der Arbeitnehmer – die Arbeitgeberfunktionen wahr.⁸⁰⁸

Die Komplementär-GmbH, als juristische Person, scheidet hingegen als Vertreter im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG aus, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang mit den Regelungen in § 5 Abs. 1

804 Nachweise bei: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 68.

805 Siehe nur: *Bauer* in DB 1979, 2178 (2181); *Fleck* in ZHR 1985, 387 (400 f.); mit ausführlicher Begründung: *Moll* in RdA 2002, 226; *Reiserer* in BB 1996, 2461 (2463); *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 73 f.

806 Siehe nur: OLG Hamm 27.03.1998 - 8 W 2/98, NZA-RR 1998, 372, unter II. 1.; OLG München 10.04.2003 - 7 W 656/03, NZA-RR 2003, 439, unter II 2. a); ArbG Berlin 19.02.2003 - u.a. 36 Ca 38/03, juris, unter II.; sowie andeutungsweise der BGH 24.10.1989 - X ZR 58/88, NJW-RR 1990, 349 unter II. 2. a).

807 BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165, unter B. I. 6.; Bestätigung dieser Auslegung durch den BGH 08.01.2007 - II ZR 267/05, NZA 2007, 1174, unter 1. a).

808 BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165, unter B. I. 6. d).

S. 1 und S. 2 ArbGG ergebe. Von der Regelung könnten demnach nur natürliche Personen erfasst sein.⁸⁰⁹

Des Weiteren beruhe die Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG lediglich auf einer „juristische[n] Konstruktion zur Haftungsbegrenzung“. Die formale Trennung sei auch bei der Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH & Co. KG unerheblich.⁸¹⁰

Es stehe auch nicht der Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entgegen, weil dieser gerade kein unmittelbares Vertretungsverhältnis verlange. Da es sich, nach Ansicht des BAG, gerade nicht um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift handle, sei die Ermittlung des betroffenen Personenkreises nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen durchzuführen. Den fehlenden Ausnahmecharakter der Vorschrift begründete das BAG mit der Tatsache, dass es sich bei dem aufgeführten Personenkreis meist tatsächlich nicht um Arbeitnehmer handle.⁸¹¹

bb) Konzernstrukturen

Die Drittanstellungsproblematik stellt sich darüberhinaus auch in Konzernstrukturen, wenn der Bestellung zum Geschäftsführer einer abhängigen Tochter-GmbH ein Anstellungsvertrag mit der beherrschenden Muttergesellschaft zugrunde liegt.

Das BAG vertritt, in ständiger Rechtsprechung, die Ansicht, die betreffenden Geschäftsführer seien „schon begrifflich“ aus dem Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausgenommen. Stattdessen will es die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten bei Streitigkeiten mit dem herrschenden Unternehmen nach den allgemeinen Regeln des § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, b ArbGG prüfen.⁸¹²

Obwohl diese Ansicht des BAG nicht unbeanstandet blieb⁸¹³, ist das BAG bisher nicht davon abgewichen.

809 BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165, unter B. I. 6. c).

810 BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165, unter B. I. 6. d).

811 BAG 20.08.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165, unter B. I. 6. b).

812 BAG 21.02.1994 - 2 AZB 28/93, NZA 1994, 905, unter II. 3. b) bb) (4); BAG 20.10.1995 - 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200, unter B. I.; BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II. 1. b) bb).

813 Zum Meinungsstand siehe: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 76 f.

Der entscheidende Unterschied zu der Konstellation bei der GmbH & Co. KG ist wohl darin zu sehen, dass der Geschäftsführer die Muttergesellschaft überhaupt nicht – nicht einmal mittelbar – vertritt und die Arbeitgeberrolle nur in der Tochter-GmbH wahrnimmt. Der Wortlaut ist aber – entgegen der Ansicht des BAG – als nicht eindeutig anzusehen.⁸¹⁴

b) Weitere Rechtsbeziehungen

Das BAG geht, in ständiger Rechtsprechung, davon aus, dass sich der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht auf solche Rechtsstreitigkeiten erstreckt, die sich auf ein weiteres Rechtsverhältnis zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer beziehen, welches nicht der Organstellung zugrunde liegt.⁸¹⁵

Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar.

aa) „Beförderungsfälle“

Zunächst ist an den praktisch häufigen Fall eines zum Geschäftsführer aufgestiegenen leitenden Angestellten oder sonstigen Arbeitnehmer der Gesellschaft zu denken.

(1) Frühere Rechtsprechung des BAG – Rechtsfigur des sogenannten „ruhenden Arbeitsverhältnisses“

Der 2. Senat des BAG hatte hierzu in zwei vielbeachteten Urteilen die Rechtsfigur eines neben der Organstellung und dem dazugehörigen Anstellungsvertrag weiterhin bestehenden „ruhenden Arbeitsverhältnisses“ entwickelt.⁸¹⁶

814 Vgl. auch *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 77 f.

815 Siehe nur: BAG 27.10.1960 - 5 AZR 578/59, BB 1961, 95, unter II. 4. b); BAG 08.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. c); BAG 23.08.2001 - 5 AZB 9/01, NZA 2002, 52, unter II. 1.; BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 1.; BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. b); BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397, unter II. 1. b).

816 BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81; BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137.

Dabei stellte er bestimmte Grundsätze für die Auslegung des Parteiwillens bei der Bestellung zum Geschäftsführer und Begründung des der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages auf:

Fehlt es an einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung, so ergebe eine sach- und interessensgerechte Auslegung des wirklichen Willens der Parteien bei der Bestellung zum Geschäftsführer im Zweifelsfall, dass das vor der Bestellung zum Geschäftsführer bereits bestehende Arbeitsverhältnis des aufgestiegenen Mitarbeiters während der Zeit der Organstellung und Tätigkeit als Geschäftsführer „ruhend“ – also unter Suspendierung der Rechte und Pflichten – rechtlich fortbestehen und nach der Abberufung ohne eine besondere Vereinbarung wieder auf seinen früheren Inhalt zurückgeführt werden soll.

Nach Ansicht des 2. Senats könne erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der bisherige Arbeitnehmer mit seiner Bestellung zum Vertretungsorgan endgültig den im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erworbenen Bestandsschutz aufgeben wolle, ohne einen entsprechenden – meist finanziellen – „Risikoausgleich“ dafür zu bekommen.

Die Vermutungsregel gelte daher, wenn nach der Bestellung die Bedingungen des bisherigen Arbeitsvertrages unverändert blieben. Etwas anderes könne hingegen anzunehmen sein, wenn ein Ausgleich für den erheblich geminderten Bestandsschutz geleistet oder vereinbart wurde.⁸¹⁷

Im zweiten hierzu ergangenen Urteil forderte das BAG sogar einen „Risikoausgleich“ in Form einer „über die Anpassung an allgemeine Einkommenssteigerungen deutlich hinausgehende Erhöhung der Bezüge“. Nur „unwesentliche“ Änderungen der bisherigen Vertragsbedingungen seien hingegen nicht ausreichend dafür, von einer konkludenten Einwilligung des Arbeitnehmers in die Aufhebung seines Arbeitsverhältnisses auszugehen.⁸¹⁸

Beispielsweise wurden Vergünstigungen bei der privaten Nutzung des Firmenwagens und eine Übernahme von 80 % der Kosten des privaten Telefonanschlusses als nur unwesentliche Verbesserungen der bisherigen Vertragsbedingungen eingeordnet.⁸¹⁹

817 Zu allem: BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81, unter B. II. 2.

818 BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 2. a).

819 BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 2. c).

Für die Anwendbarkeit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei Klagen gegen die Kündigung hatte die Auffassung des 2. Senats des BAG folgende Auswirkung:

Erfolgte die Kündigung des betroffenen Geschäftsführers nach⁸²⁰ oder gleichzeitig⁸²¹ mit der Abberufung, bestand zu diesem Zeitpunkt das automatisch wiederaufgelebte Arbeitsverhältnis, welches ja gerade nicht Grundlage der temporären Organstellung war. Folglich bezog sich der Rechtsstreit auf eine weitere Rechtsbeziehung und lag außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen richtete sich nur noch nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG.⁸²²

(2) Rechtsprechungsänderung?

Erste Zweifel an seiner Vermutungsregel äußerte der 2. Senat im Urteil vom 07.10.1993.⁸²³ Zumindest für die konkrete Fallkonstellation hielt er ausdrücklich nicht mehr an dieser fest.

Der zugrunde liegende Sachverhalt enthielt die Besonderheit, dass das der Geschäftsführertätigkeit vorgeschaltete Arbeitsverhältnis von vorneherein nur der Erprobung für die von Anfang an in Aussicht genommene Geschäftsführertätigkeit dienen sollte. Es fehlte also an einem schützenswerten Bestandsschutz.

Nach Ansicht des BAG sprach im konkreten Fall eine Vermutung für den Willen der Parteien, mit dem Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages den „Probearbeitsvertrag“ als erledigt und gegenstandslos anzusehen. Des Weiteren gab das BAG zu bedenken, ob nicht, in Abweichung zu seiner früheren Rechtsprechung, in Zweifelfällen eher von einer generellen Vermutung für die Aufhebung des bisherigen Arbeitsvertrages auszugehen sei. Schließlich wurde der 2. Senat noch deutlicher und äußerte sich dahingehend, dass beim Fehlen

820 BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81 hier: Kündigung nach der Abberufung.

821 BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 3. b).

822 BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81, unter B. II. 3. c); BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 3. a).

823 BAG 07.10.1993 - 2 AZR 260/93, NZA 1994, 212, unter II. 1. b) aa).

einer Ruhensvereinbarung im Normalfall von einer „automatischen“ Vertragsumwandlung auszugehen sein dürfte.⁸²⁴

Diese Zweifel griff der 5. Senat des BAG in seinem Urteil vom 28.09.1995⁸²⁵ auf. Nach seiner Ansicht spricht in dem Fall, dass die Parteien bei der Berufung in die Organstellung einen vollständig neuen schuldrechtlichen Vertrag abschließen, eine Vermutung für die Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Der Hinweis des 5. Senats auf die im konkreten Fall vereinbarte höhere Vergütung erfolgte dabei nur noch „im Übrigen“.⁸²⁶

Wenige Jahre später schloss sich der 2. Senat der Rechtsprechung des 5. Senats durch eine „teilweise Korrektur“ seiner Rechtsprechung an:⁸²⁷

Es spreche im Zweifel – d.h. beim Fehlen klarer und ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarungen – eine Vermutung für die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses mit Abschluss des neuen Geschäftsführer-Anstellungsvertrages.

Dies habe vor allem beim Abschluss eines völlig neuen Vertrages mit einem neuen Vertragspartner – beispielsweise einer neu gegründeten GmbH – zu gelten.⁸²⁸

Die Anhebung der Vergütung sollte, nach Ansicht des 2. Senats, kein ausschlaggebender Faktor mehr sein. Dies begründete er mit dem regelmäßig erwartbaren Wissen eines leitenden Angestellten über den mit der Bestellung zum Organ verbundenen Verlust seines bisherigen sozialen Besitzstandes. Zudem sei auch ein vorübergehender Verzicht auf eine Gehaltsteigerung in Erwartung zukünftiger wirtschaftlich günstiger Entwicklungen nicht undenkbar.⁸²⁹

Die Abkehr von der bisherigen Vermutungsregel bedeutet aber keine völlige Aufgabe der Rechtsfigur des „ruhenden Arbeitsverhältnisses“. Entscheidend ist letztlich die Auslegung des Parteiwillens im Einzelfall. Das BAG rückte lediglich von seinem Zweifelsgrundsatz ab.

824 Zu allem: BAG 07.10.1993 - 2 AZR 260/93, NZA 1994, 212, unter II. 1. b) aa).

825 BAG 28.09.1995 - 5 AZB 4/95, NZA 2006, 143, unter II. 2. b).

826 Zu allem: BAG 28.09.1995 - 5 AZB 4/95, NZA 2006, 143, unter II. 2. b).

827 BAG 08.06.2000 - 2 AZR 207/99, BAGE 95, 62, unter II. 3. d); BAG 25.04.2002 - 2 AZR 352/01, NZA 2002, 272, unter II. 1.

828 So deutlich erst: BAG 25.04.2002 - 2 AZR 352/01, NZA 2002, 272, unter II.

829 BAG 08.06.2000 - 2 AZR 207/99, BAGE 95, 62, unter II. 3. d); BAG 25.04.2002 - 2 AZR 352/01, NZA 2002, 272, unter II. 1.

Die dargestellten Grundsätze bestätigte das BAG in anschließenden Entscheidungen.⁸³⁰

(3) Rechtsprechung seit Einführung des Schriftformerfordernisses nach § 623 BGB

Seit Inkrafttreten des § 623 BGB⁸³¹ erscheint die Problematik unter einem neuen Aspekt. Seit dem 1. Mai 2000 ist für die wirksame Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag, gemäß § 623 BGB, die Einhaltung der Schriftform (§ 126 BGB) erforderlich.

In der Rechtsprechung des BAG wurde das Schriftformerfordernis im Zusammenhang mit der Rechtsfigur des „ruhenden Arbeitsverhältnisses“ erstmals im Jahre 2007 entscheidungsrelevant.

Das BAG kam zu dem Ergebnis, dass beim Abschluss des schriftlichen, der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages eine tatsächliche Vermutung für eine damit zugleich erfolgte einvernehmliche Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses bestehe und auf diese Weise das Schriftformerfordernis gewahrt werde. Es sei denn, es existiere diesbezüglich ausdrücklich eine abweichende Vereinbarung.⁸³²

Dies begründete das BAG damit, dass bei der Auslegung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu berücksichtigen seien, wenn diese einen auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden haben. Der Wille der Parteien das Arbeitsverhältnis zu beenden, komme im schriftlichen Anstellungsvertrag schließlich hinreichend zum Ausdruck.

830 Speziell für den Fall, dass Arbeitnehmer einer GmbH & Co. KG zum Geschäftsführer der Komplementär GmbH bestellt wird: BAG 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, BAGE 116, 254, unter B. 2.; BAG 14.06.2006 - 5 AZR 592/05, BAGE 118, 278, unter II. 2. b) das BAG trifft hier zudem die Aussage, dass eine pro forma Bestellung für ein weiterhin ruhend bestehendes Arbeitsverhältnis und gegen die Aufhebung spreche.

831 BGBl. I 2000, S. 333.

832 Grundlegend: BAG 19.07.2007 - 6 AZR 774/06, BAGE 123, 294, unter I. 3. c) ff.; BAG 05.06.2008 - 2 AZR 754/06, NZA 2008, 1002, unter B. II. 1.; BAG 03.02.2009 - 5 AZB 100/08, NZA 2009, 669, unter III. 1.; BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 1.

Dem Einwand des Übereilungsschutzes aus § 623 BGB entgegenet das BAG damit, dass durch Abschluss des Anstellungsvertrages die Ablösung der bisherigen rechtlichen Grundlage für den Organvertreter genügend deutlich werde. Als weiteres Argument nennt das BAG die meist langwierigen Vertragsverhandlungen vor Abschluss der Anstellungsverträge.⁸³³

Die Vermutungsregel kann aber, gemäß einer neueren Entscheidung des BAG, nur gelten, wenn die Parteien des neu begründeten Anstellungsvertrages zugleich die Parteien des bisherigen Arbeitsvertrages waren.⁸³⁴

Erfolgt hingegen die Bestellung zum Organ durch eine formlose Abrede und der Abschluss des zugrunde liegenden Anstellungsvertrages nur mündlich, so bestehe das bisherige Arbeitsverhältnis mangels wirksamer Beendigung ruhend fort.⁸³⁵ Auch die Eintragung der Geschäftsführerstellung in das Handelsregister könne den Formverstoß bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht heilen.⁸³⁶ Es sei auch unerheblich, ob die Parteien das bisherige Arbeitsverhältnis lediglich in einen Dienstvertrag *umgestalten* wollten. Eine solche Umgestaltung stehe der Beendigung gleich, weil die arbeitsrechtlichen Schutzrechte in beiden Fällen verloren gingen.⁸³⁷

Mangels formwirksamer Beendigung lebt das ruhende Arbeitsverhältnis auch in diesen Fällen nach der Abberufung wieder auf. Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG findet dann für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis – beispielsweise bei Klagen gegen die Kündigung – keine Anwendung.⁸³⁸

833 Zu beidem: BAG 19.07.2007 - 6 AZR 774/06, BAGE 123, 294, unter I. 4.

834 BAG 24.10.2013 - 2 AZR 1078/12, NZA 2014, 540, unter I. 1. bb) (In den vorangegangenen Entscheidungen war dies immer der Fall und daher unproblematisch.)

835 Hierauf wird beispielweise hingewiesen bei: BAG 15.11.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137, unter II. 1. c).

836 BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 2. a).

837 BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 2. b).

838 Zur Frage, ob das Berufen auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich sein kann: BAG 15.03.2011 - 10 AZB 32/10, NZA 2011, 874, unter II. 3.

(4) Abweichende Auslegung des Parteiwillens im Einzelfall

Die in der Rechtsprechung des BAG entwickelten Vermutungsregeln ersparen jedoch nicht die Auslegung des konkreten Parteiwillens im Einzelfall. Bei hinreichend deutlichen Anhaltspunkten ist immer an eine abweichende Auslegung der Vereinbarung zu denken.

So hat das BAG in einem Fall entschieden, dass von den Parteien kein neuer Anstellungsvertrag abgeschlossen, sondern lediglich das bisherige Arbeitsverhältnis in modifizierter Weise Grundlage der Organstellung geworden sei. Der Rechtsstreit aus diesem Rechtsverhältnis betraf dann gerade keine weitere Rechtsbeziehung der Parteien und fiel damit unter den sachlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.⁸³⁹

Des Weiteren ist in der Rechtsprechung des BAG anerkannt, dass die Parteien nach der Beendigung der Organstellung die Weiterbeschäftigung auf der Grundlage eines neuen, von dem bisherigen Anstellungsvertrag zu unterscheidenden Arbeitsvertrages vereinbaren können, indem sie das Vertragsverhältnis entsprechend umgewandelt fortsetzen.⁸⁴⁰ Streitigkeiten aus diesem (Anschluss-)Arbeitsverhältnis fallen ebenfalls nicht unter § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.

Für die Annahme eines solchen Parteiwillens sind aber deutliche Anhaltspunkte erforderlich.⁸⁴¹

bb) Ansprüche aus früherem Arbeitsverhältnis

Eine Rechtsstreitigkeit aus einer weiteren Rechtsbeziehung ist auch bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus einem früheren Arbeitsverhältnis der Parteien denkbar.⁸⁴²

839 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 2. a) cc), dd).

840 Siehe nur: BAG 05.06.2008 - 2 AZR 754/06, NZA 2008, 1002, unter B. II. 2.

841 Beispielsweise: im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung der Weiterführung als Arbeitsverhältnis in dem der Organstellung zugrunde liegenden Dienstvertrag: LAG Berlin 21.02.2006 - 6 Ta 2215/05, juris, unter 2.; anschließende Beschäftigung des bisherigen Geschäftsführers als Kellner und Koch zu Stundenlohn von 8 €: LAG Köln 05.10.2009 - 4 Ta 317/09, juris, unter I.

842 Andeutung dieser Möglichkeit: BAG 20.05.1998 - 5 AZB 3/98, NZA 1998, 1247 im konkreten Fall aber verneint.

cc) Ansprüche aus daneben bestehendem Arbeitsverhältnis

Grundsätzlich ist es möglich, dass zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer neben der Organstellung und dem dazugehörigen Anstellungsvertrag noch weitere „aktive“ Rechtsverhältnisse bestehen. Zu denken ist beispielsweise an einen Darlehensvertrag, wenn die Gesellschaft ihrem Geschäftsführer einen Kredit gewährt.⁸⁴³

Für die Frage des zulässigen Rechtswegs wird diese Problematik relevant, wenn es sich bei dem daneben bestehenden abgrenzbaren Rechtsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt oder die streitigen Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis mit einem Arbeitsverhältnis in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG).

Diese Konstellation unterscheidet sich von den Beförderungsfällen insoweit, dass das betreffende Arbeitsverhältnis während der Organstellung gerade nicht ruhend gestellt ist, sondern die jeweiligen Leistungen erbracht werden. Zudem muss es auch nicht bereits vor der Organstellung existiert haben. Damit ist diese Konstellation auch – jenseits der „Beförderungsfälle“ – bei den nicht zuvor als Arbeitnehmer beschäftigten Geschäftsführern denkbar.

Das BAG geht davon aus, dass eine Doppelstellung als Arbeitnehmer und Organmitglied derselben Gesellschaft grundsätzlich möglich ist.⁸⁴⁴ Tatsächlich wurde eine solche bisher aber nur in einem Fall bejaht.⁸⁴⁵ Das BAG begründete die Bejahung der Doppelstellung in diesem Fall mit einem erkennbaren deutlichen Unterschied zwischen der vergüteten Tätigkeit als Rendant und den ehrenamtlich zu leistenden Vorstandsaufgaben. Nach Ansicht des BAG ergab sich die klare Trennung vor allem aus dem Umstand, dass die Rendantentätigkeit mit

843 Die rechtliche Zulässigkeit ergibt sich bereits aus der Existenz des § 43a GmbHG.

844 Siehe nur: BAG 28.09.1995 - 5 AZB 4/95, NZA 1996, 143, unter II. 2. b) eine solche Doppelstellung als Arbeitnehmer und freier Dienstnehmer derselben juristischen Person sei nicht von vorneherein denknotwendig ausgeschlossen; Andeutungsweise auch: BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. a); Vor dem Hintergrund der Anwendbarkeit des KSchG: BAG 27.06.1985 - 2 AZR 425/84, GmbHR 1987, 265, unter III. 2.

845 BAG 27.10.1960 - 5 AZR 578/59, BB 1961, 98, unter II. Doppelstellung als Rendant aufgrund eines Arbeitsverhältnisses und als Vorstandsmitglied.

dem Ruhestand endete, während die Vorstandsmitgliedschaft weiterhin bestand und ausgeübt wurde.

Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen Ausnahmefall handelt.⁸⁴⁶ Abgesehen von den rechtlichen Bedenken einer solchen Konstruktion ist es jedenfalls praktisch schwer vorstellbar, dass ein Geschäftsführer zusätzliche Leistungen für die Gesellschaft erbringt, die sich deutlich von seinen Geschäftsführungsaufgaben abgrenzen lassen. Das Gesetz sieht – mit wenigen Ausnahmen – keine zwingende Aufgabenzuweisung an den Geschäftsführer einer GmbH vor, vielmehr erlaubt es eine große Bandbreite möglicher Aufgabenverteilung.

3. Zwischenergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich der Sperrwirkung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bezieht sich, nach allgemeiner Ansicht, auf alle Streitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH über Rechte und Pflichten aus der Organstellung und dem der Geschäftsführungstätigkeit zugrunde liegenden schuldrechtlichen Anstellungsverhältnis.

In Abkehr zu seiner früheren Rechtsprechung gilt nach der heutigen Rechtsprechung des BAG die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch für Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH und der GmbH und Co. KG über Rechte und Pflichten aus dem zwischen diesen geschlossenen Anstellungsverhältnis.

In Konzernstrukturen findet die Regelung hingegen seit jeher keine Anwendung.

Der sachliche Anwendungsbereich der Sperrwirkung findet, nach ständiger Rechtsprechung des BAG, dann keine Anwendung, wenn die Rechtsstreitigkeit eine weitere – von Organstellung und zugrunde liegendem Anstellungsverhältnis zu unterscheidende – Rechtsbeziehung betrifft.

Eine solche weitere Rechtsbeziehung kann ein während der Geschäftsführungstätigkeit ruhend gestelltes Arbeitsverhältnis eines zum

⁸⁴⁶ Vgl. zur Kritik aus der Literatur und eigene kritische Stellungnahme: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 58 ff.

Geschäftsführer aufgestiegenen früheren Arbeitnehmers der GmbH sein.

In Abkehr zu seiner früheren Rechtsprechung besteht nach der heutigen Rechtsprechung des BAG im Zweifel aber eine Vermutung dafür, dass die Parteien mit Abschluss eines der Geschäftsführung zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses das bisher bestehende Arbeitsverhältnis konkludent aufheben wollen.

Die erforderliche Schriftform nach § 623 BGB wird, nach Ansicht des BAG, durch den schriftlichen Abschluss des Anstellungsvertrages gewahrt. Bei mangelnder Schriftform besteht das Arbeitsverhältnis hingegen weiter. Das Gleiche gilt, wenn im Einzelfall hinreichend deutliche Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis gerade nicht aufheben oder in einen Anstellungsvertrag umwandeln wollten.

Bei einer Fortführung der Beschäftigung nach Abberufung aus der Organstellung wird das bestehende Anstellungsverhältnis nicht automatisch in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt. Eine solche Umwandlung ist nur denkbar, wenn hinreichende Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen sprechen. Bei dem umgewandelten Anstellungsvertrag handelt es sich dann ebenfalls um ein weiteres, vom Anstellungsvertrag abgrenzbares, Rechtsverhältnis. Der Geltungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist nicht eröffnet.

Darüber hinaus findet die Sperrwirkung aus § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG in den seltenen Fällen keine Anwendung, in denen sich die Rechtsstreitigkeit auf ein früheres Arbeitsverhältnis oder ein parallel zur Geschäftsführtätigkeit aktiv bestehendes Arbeitsverhältnis bezieht.

III. Zeitlicher Anwendungsbereich

1. Zeitraum der „Organstellung“

Neben der Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG stellt sich auch die Frage nach dessen zeitlicher Geltung.

Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG verwendet die Formulierung: „Als Arbeitnehmer gelten nicht [...] die kraft Gesetz, Satzung

oder Gesellschaftsvertrags [...] zur Vertretung der juristischen Person [...] *berufen sind.*“

Das Verb „berufen“ wird häufig in Zusammenhang mit der Organstellung verwendet. Der Widerruf der Bestellung nach § 38 GmbHG wird allgemein auch als „Abberufung“ bezeichnet.⁸⁴⁷

Der gewählte Wortlaut könnte dafür sprechen, dass die Rechtsfolge nur für den Zeitraum gelten soll, in dem die betreffenden Personen die Vertreterstellung innehaben; bei den Geschäftsführern einer GmbH somit während ihrer Bestellung zum Organ der Gesellschaft.

a) Frühere Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des BAG wurde jahrzehntelang eine andere Auslegung befürwortet. Entscheidend sollte nur sein, ob die geltend gemachten Ansprüche ihren Entstehungsgrund in dem der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsverhältnis haben. Ob der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung noch im Amt war, sollte unerheblich sein. Das BAG führte dazu aus, der Wirkungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sei vom Gesetzgeber eindeutig auf den Fall beschränkt, dass es sich dabei um Streitigkeiten zwischen juristischen Personen und den betreffenden Vertretern mit Arbeitgeberfunktion handele, die „nach Zeit, Anlaß, Rechtsgrund und Anspruchsträgerschaft von vorneherein auf der Repräsentantenstellung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG genannten Personen selbst beruhen.“⁸⁴⁸

Das BAG trug hierzu in einer anderen Entscheidung vor, gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelte „ein früherer Geschäftsführer auch dann nicht als Arbeitnehmer, wenn er nach seiner Abberufung Ansprüche aus dem mit Rücksicht auf seine Bestellung zum Geschäftsführer abgeschlossenen Anstellungsvertrag geltend macht.“⁸⁴⁹

847 Siehe nur: *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 28 ff.

848 BAG 27.10.1960 - 5 AZR 578/59, BB 1961, 98, unter II. 4. d): Das ArbGG stelle für die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen auf den Streitgegenstand und nicht auf die Person des Rechtsträgers im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs ab; Vgl. auch: *Reinecke* in ZIP 1997, 1525 (1534).

849 BAG 09.05.1985 - 2 AZR 330/84, BAGE 49, 81, unter B. II. 1. d); BAG 12.03.1987 - 2 AZR 336/86, BAGE 55, 137, unter II. 1. d).

Für die Geltung der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG war es, nach Ansicht des BAG, sogar unerheblich, ob es zu der im Anstellungsvertrag vorgesehenen Bestellung als Organ je gekommen war, solange die Streitigkeit diesen zugrunde liegenden Vertrag betraf. Das BAG führte dazu aus, in einem auf die Bestellung zum Organvertreter gerichteten Vertrag, sei dieser gerade nicht bis zur Bestellung Arbeitnehmer und erst danach Nichtarbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.⁸⁵⁰

Auf die Beendigung der Organstellung kam es nach der früheren Rechtsprechung nur dann entscheidend an, wenn dadurch ein ruhendes Arbeitsverhältnis automatisch wiederauflebte oder die Parteien den der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag als umgewandelten Arbeitsvertrag weiterführen wollten.⁸⁵¹

Diesen Fällen ist gemein, dass es sich bei den betreffenden Streitigkeiten gerade nicht um solche aus dem der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag handelt. Die Streitigkeiten beziehen sich vielmehr auf frühere danebenbestehende oder neu begründete Rechtsverhältnisse.

Das BAG drückte sich in seiner Entscheidung vom 06.05.1999⁸⁵² diesbezüglich missverständlich aus. Darin führt es aus, wenn der Anstellungsvertrag zeitgleich mit der Abberufung gekündigt werde, so wirke für den Kündigungsschutzprozess die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Bei einer Kündigung ohne vorherige Abberufung gelte dies ohnehin. Maßgeblich für die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs seien die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.⁸⁵³ Aus dieser Aussage könnte im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Fiktion *aus zeitlicher Sicht* gerade nicht gelte, wenn die Abberufung zum Zeitpunkt der Kündigung bereits erfolgt ist.

Letztlich sollte nach Ansicht des BAG der Zeitpunkt der Abberufung aber nur dahingehend entscheidend sein, dass die Parteien das Anstellungsverhältnis anschließend in ein neues Arbeitsverhältnis umgewandelt haben könnten und sich die Kündigung – also der Streitgegenstand – auf dieses bezog. So folgerte das BAG aus der Tatsache,

850 BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II. 1. b) aa).

851 Hierzu bereits oben, siehe: II. 2. b) aa).

852 BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839.

853 BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 4.

dass der Anstellungsvertrag jedenfalls nicht nach dem Wirksamwerden der Abberufung gekündigt wurde, es sei auf die Anwendbarkeit der Fiktion ohne Einfluss, ob sich das Anstellungsverhältnis anschließend zum Arbeitsverhältnis gewandelt habe.

Im konkreten Fall bezog sich die Kündigung, mangels vorheriger Abberufung, eindeutig auf das zugrunde liegende Anstellungsverhältnis, weil es zu einer möglichen Umwandlung des Anstellungsvertrages gar nicht kommen konnte.

Die Abberufung allein sollte nach der früheren Ansicht des BAG keinesfalls die Geltung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG beenden.

Dies bestätigt das BAG nochmals, in dem es ausführt: „Hat die juristische Person den Organvertreter abberufen und den Anstellungsvertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist für ein freies Dienstverhältnis gekündigt und erhebt der Organvertreter gegen die Kündigung Klage [...] so greift dennoch die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ein.“⁸⁵⁴

Nach der früheren Ansicht des BAG war die Anwendung der Sperrwirkung aus § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG somit grundsätzlich auch für den Zeitraum nach wirksamer Abberufung vorgesehen, wenn die Streitigkeit im Zeitraum der Organstellung entstanden war.

b) Schrittweise Änderung der Rechtsprechung

In mehreren Entscheidungen hat der zwischenzeitlich zuständige 10. Senat des BAG die ständige Rechtsprechung hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG schrittweise geändert.

aa) Entscheidung des BAG vom 23.08.2011 - 10 AZB 51/10

Die betreffende Änderung der Rechtsprechung findet ihren Anfang in der Entscheidung des BAG vom 23.08.2011.⁸⁵⁵

Dem Beschluss lag ein Rechtsstreit zwischen zwei Unternehmen einer Unternehmensgruppe und einem mittlerweile abberufenen Ge-

⁸⁵⁴ BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. b), siehe auch die Ausführungen unter II. 3. c).

⁸⁵⁵ BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63.

schäftsführer über Ansprüche aus dessen Anstellungsvertrag und schließlich – vorab – über den zulässigen Rechtsweg zugrunde.

Bereits in dem 3. Orientierungssatz der Entscheidung lässt sich erkennen, dass das BAG nunmehr das Bestehen der formalen Organstellung für entscheidend hält. Das BAG führte hierin aus, die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG solle sicherstellen, dass das Mitglied des Vertretungsorgans einer juristischen Person keinen Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen führt, „solange es dessen Mitglied ist“.

In seiner Begründung wurde das BAG noch deutlicher. So ist beispielsweise an einer Stelle die Rede davon, dass für Ansprüche, die während der Zeit als Geschäftsführer entstanden sind, die ordentlichen Gerichte ohne weiteres immer dann zuständig seien, wenn diese „noch während der Geschäftsführerbestellung gerichtlich geltend gemacht werden“.⁸⁵⁶

An anderer Stelle ist zu lesen, dass Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag „nach der Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der anwendbaren Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden“ könnten. Des Weiteren gelte dies auch für während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf arbeitsvertraglicher Basis entstandene Ansprüche.⁸⁵⁷

Im konkreten Fall war, nach der Ansicht des BAG, der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet, weil die gesetzliche Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG den Streitfall und die vom Kläger geltend gemachten arbeitsvertraglichen Ansprüche nach seiner Abberufung als Geschäftsführer der Beklagten nicht mehr erfasse.⁸⁵⁸

Diese Auslegung begründete das BAG mit dem Zweck der gesetzlichen Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, Arbeitsgerichtsprozesse im „Arbeitgeberlager“ zu vermeiden.⁸⁵⁹

856 BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. a).

857 BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. c).

858 BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 2. b).

859 BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63, unter II. 1. a); der Verweis auf die Ausführungen unter II. 1. in der Entscheidung vom 20.05.1998 - 5 AZB 3/98, NZA 1998, 1247 ist hingegen unerheblich, das BAG trifft hier gar keine diesbezügliche Aussage.

Diese Entscheidung des BAG hat erstaunlicherweise nur wenig Beachtung im Schrifttum gefunden.⁸⁶⁰ Obwohl bereits hier deutlich zum Ausdruck kommt, dass das BAG den zeitlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nunmehr auf die Zeit der Organstellung beschränken will.

bb) Entscheidung des BAG vom 26.10.2012 - 10 AZB 55/12

In seiner Entscheidung vom 26.10.2012 bestätigte das BAG zunächst die entsprechende Rechtsprechung zur Einschränkung des zeitlichen Geltungsbereichs. Es wiederholte, dass, nach der Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, Ansprüche aus einem Arbeitsvertrag vor dem Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden können. Dies gelte auch für während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf der arbeitsvertraglichen Basis entstandene Ansprüche.⁸⁶¹

Im konkreten Fall waren die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag, in angepasster Form, zur Grundlage der Organstellung geworden war und der Rechtsstreit damit keine andere Rechtsbeziehung betraf. Der Kläger wandte sich mit seiner Klage gegen Kündigungen dieses Arbeitsvertrages.

Zeitlich präzierte das BAG auf den Zeitpunkt der Eintragung der Abberufung ins Handelsregister.⁸⁶² Im vorliegenden Fall scheiterte die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten am Fehlen dieser Eintragung.

cc) Entscheidung des BAG vom 26.10.2012 - 10 AZB 60/12

In der Entscheidung des BAG von gleichen Tag wurden die entsprechenden Ausführungen zum zeitlichen Geltungsbereich erneut wiederholt und bestätigt.⁸⁶³

860 Einschlägige Aufsätze sind erst viel später, nach weiteren Entscheidungen des BAG erschienen; zu den Reaktionen in der Literatur siehe unten.

861 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 1. c).

862 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 2. b).

863 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54, unter II. 1 c) und II. 2.

Im Unterschied zu den vorherigen Entscheidungen hatte der betreffende Geschäftsführer im zugrunde liegenden Rechtsstreit die Organstellung aber selbst, durch Niederlegung seines Amts, beendet. Die Amtsniederlegung wurde auch alsbald im Handelsregister eingetragen. Das BAG ging hierauf jedoch nicht weiter ein, sondern wandte schlicht die aufgestellten Grundsätze an.

Zu der Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Beendigung der Organstellung abzustellen ist, äußerte es sich nicht.

dd) Entscheidung des BAG vom 04.02.2013 - 10 AZB 78/12

In dem der Entscheidung des BAG vom 04.02.2013⁸⁶⁴ zugrunde liegenden Rechtsstreit hatte der betreffende GmbH-Geschäftsführer, trotz der Kündigung des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses, weder sein Amt niedergelegt, noch war er abberufen worden. Über das Vermögen der Gesellschaft war jedoch ein Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt worden.

In Übereinstimmung mit der neuen Rechtsprechung hielt das BAG den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für die Streitigkeiten aus dem der Organstellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, wegen der weiterhin bestehenden Eintragung als Geschäftsführer im Handelsregister, für nicht eröffnet.⁸⁶⁵

Das BAG stellte zudem klar, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Einfluss auf die Organstellung habe.⁸⁶⁶

ee) Entscheidung des BAG vom 15.11.2013 - 10 AZB 28/13

In der Entscheidung vom 15.11.2013 wiederholte das BAG abermals die aufgestellten Grundsätze zum zeitlichen Geltungsbereich der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.⁸⁶⁷

Die Subsumtion des konkreten Falls führte im Ergebnis zur Eröffnung unterschiedlicher Rechtswege. Die Klage wurde hinsichtlich eines Antrags in die ordentliche Gerichtsbarkeit verwiesen, während für

864 BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397.

865 BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397, unter II. 2. c).

866 BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397, unter II. 2. b).

867 BAG 15.11.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137, unter II. 1. c), 2. a).

die anderen Anträge die Gerichte für Arbeitssachen zuständig waren. Nach Ansicht des BAG kam hinsichtlich des zu verweisenden Antrags die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zur Anwendung, weil im entscheidenden Zeitpunkt⁸⁶⁸ der Geschäftsführer nicht abberufen worden war.⁸⁶⁹

ff) Entscheidung des BAG vom 22.10.2014 - 10 AZB 46/14

In der Entscheidung vom 22.10.2014⁸⁷⁰ stellte das BAG neue Grundsätze zum maßgeblichen Zeitpunkt hinsichtlich der Beendigung der Organstellung auf. Es gab – wenn auch nicht ausdrücklich – seine bisherige Rechtsprechung hierzu auf.

Das BAG geht seither davon aus, dass nicht auf die Eintragung des Widerrufs der Bestellung im Handelsregister abzustellen sei, sondern der Zeitpunkt des Zugangs der entsprechenden Erklärung entscheidend ist.

Dies begründete das BAG damit, dass der Widerruf bereits mit dem Zugang der entsprechenden formfreien Erklärung durch die Gesellschafter wirksam werde und nicht erst mit der Eintragung im Handelsregister. Diese habe nur eine deklaratorische Wirkung. Ein Fehlen beeinträchtige die Wirksamkeit der erklärten Abberufung nicht.⁸⁷¹

gg) Entscheidung des BAG vom 03.12.2014 - 10 AZB 98/14

In der Entscheidung vom 03.12.2014 stellte das BAG erneut klar, dass die wirksame Niederlegung des Amts durch den Geschäftsführer der Abberufung durch die Gesellschaft in seiner Wirksamkeit gleich stehe. Die Organstellung werde in beiden Fällen beendet und die Fiktionswirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entfalle.⁸⁷²

Hinsichtlich des Zeitpunkts müsse bei der Niederlegung des Amts ebenso auf den Zugang der entsprechenden Erklärung abgestellt werden. Der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister sei hingegen

868 Zum entscheidenden Zeitpunkt im gerichtlichen Verfahren sogleich.

869 BAG 15.11.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137, unter II. 2. c).

870 BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60.

871 BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. b) bb).

872 BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180, unter II. 2. b) aa).

unerheblich, weil der Eintragung nur eine deklaratorische Wirkung zukomme.

Regelmäßig genüge für die Wirksamkeit der Amtsniederlegungserklärung, bei welcher es sich um eine formfreie, einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung handele, der Zugang bei einem der Gesellschafter oder einem der gesetzlichen Vertreter der juristischen Person. Etwas anderes könne sich jedoch aus etwaigen abweichenden (gesellschafts-)vertraglichen Regelungen ergeben. Für die sofortige Wirksamkeit der Amtsniederlegung sei das objektive Vorliegen eines gegebenenfalls erforderlichen wichtigen Grundes unerheblich.⁸⁷³

hh) Entscheidung des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15

In der Entscheidung vom 08.09.2015 hatte sich nunmehr der 9. Senat des BAG unter anderem mit der Auslegung der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hinsichtlich ihres zeitlichen Geltungsbereichs zu beschäftigen. Er bestätigte den vom 10. Senat aufgestellten Grundsatz, dass nach der Abberufung die Fiktionswirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht mehr greife.⁸⁷⁴

Bei den Parteien des zugrunde liegenden Rechtsstreits über Zahlungsansprüche handelte es sich – in Abweichung zu den vorherigen Entscheidungen – um einen Verband und einen Verein und deren durch die Satzung bestimmten Geschäftsführer. Es konnte dahinstehen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG in persönlicher Hinsicht überhaupt erfüllt waren, weil im vorliegenden Fall die Fiktionswirkung bereits in zeitlicher Hinsicht keine Anwendung mehr fand.⁸⁷⁵ Die Ausführungen des BAG sind aber auf alle anderen Personen, die unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG fallen – also auch den GmbH-Geschäftsführer –, ohne weiteres übertragbar.

873 BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180, unter II. 2. b) bb) (1) hinsichtlich der Wirksamkeit der Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers ohne Angabe von Gründen lediglich unter Verweis auf die entsprechende Entscheidung des BGH 08.02.1993 - II ZR 58/92, BGHZ 121, 257, unter 2. b) bb).

874 BAG 08.05.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. a) aa).

875 BAG 08.05.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. a) aa).

2. Maßgeblicher Zeitpunkt im Verfahren vor Gericht

Im Zusammenhang mit dem zeitlichen Geltungsbereich der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG stellt sich zwangsläufig die Frage, in welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen im gerichtlichen Verfahren vorliegen müssen.

a) Anfängliche Rechtsprechung des BAG

Zunächst ging das BAG davon aus, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegen müssen, um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten von vorneherein auszuschließen.⁸⁷⁶ Gemäß § 253 Abs. 1 ZPO bzw. § 253 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG war also der Zeitpunkt der Zustellung der Klage maßgeblich.

Auf eine Begründung wurde verzichtet.⁸⁷⁷

b) Rechtsprechungsänderung mit der Entscheidung des BAG vom 22.10.2014 - 10 AZB 46/14

Diese Ansicht hat das BAG mit seiner Entscheidung vom 22.10.2014 *ausdrücklich* aufgegeben und geht nunmehr davon aus, dass es auch nachträglich zu berücksichtigen sei, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht abberufener Geschäftsführer *vor* der rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen werde. Für das Eingreifen der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG komme es infolgedessen nicht ausschließlich auf die Umstände zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage an.⁸⁷⁸

876 So ausdrücklich: BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 2. b) bb); BAG 04.02.2013 - 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397, unter II. 2. c); BAG 15.11.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137, unter II. 2. c); kritisch hierzu: *Pröpfer* in GmbHR 2013, 255 (256).

877 Der Verweis bei BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 2. b) bb) auf die Ausführungen in Rn. 16, 17 der Entscheidung vom 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, BAGE 139, 63 ist nicht zielführend. Das BAG trifft dort gar keine Aussagen zu dieser Problematik.

878 Grundlegend: BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. b) aa).

Das BAG begründete seine Rechtsprechungsänderung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Berücksichtigung zuständigkeitsbegründender Umstände. Zwar sei der Zeitpunkt der Klageerhebung zur Bestimmung des zuständigen Gerichts zunächst entscheidend und zur rechtsicheren Prüfung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG geeignet. Eine Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze ließe sich aber nicht rechtfertigen, weil sich die Abberufung als Geschäftsführer auch zu späteren Zeitpunkten einfach und rechtssicher feststellen lasse.

Nach dem aus § 17 Abs. 1 S. 1 GVG folgenden Grundsatz der *perpetuatio fori* führen Veränderungen nach der Klageerhebung nicht zu einem Verlust der Rechtswegzulässigkeit. Weil dieser Grundsatz jedoch nur rechtswegerhaltend gilt, folgert das BAG im Umkehrschluss, das Erfordernis einer Berücksichtigung der rechtswegbegründenden Umstände bis zur letzten Tatsachenverhandlung bzw. bis zur Rechtskraft eines etwaigen Verweisungsbeschlusses. Aus prozessökonomischen Gründen sollen bei einem Vorabentscheidungsverfahren nach § 17a Abs. 3 GVG die späteren zuständigkeitsbegründenden Veränderungen noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 17a Abs. 4 GVG zu berücksichtigen sein.⁸⁷⁹

Beim Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung sieht das BAG dagegen die Gefahr der „Manipulation“ des Rechtswegs durch die Gesellschaft im Wege eines zeitlichen Hinausschiebens der Abberufungsentscheidung. Die Kündigungsschutzklage gegen die Beendigung des Anstellungsverhältnisses müsse der betroffene Geschäftsführer aufgrund von §§ 4 S. 1, 7 KSchG nämlich innerhalb von drei Wochen nach dem Zugang der Kündigungserklärung erheben.

Zusätzlich verhindere die Berücksichtigung nachträglicher zuständigkeitsbegründender Umstände auch die Aufspaltung der Zuständigkeit bei einer Klage gegen mehrere nacheinander erklärte Kündigungen.⁸⁸⁰⁸⁸¹

879 Zu allem: BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. b) aa) (1) und (2).

880 Wie dies beispielsweise bei BAG 15.11.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137 noch der Fall war.

881 BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. b) aa) (2).

Das BAG bestätigte diese Ausführungen in seiner Entscheidung vom 03.12.2014 gleichsam für den Fall der Amtsniederlegung.⁸⁸² In der Entscheidung vom 08.05.2015 schloss sich der 9. Senat der Rechtsprechung des 10. Senats an, indem er schlicht auf die entsprechenden Ausführungen verwies.⁸⁸³

3. Reaktionen aus der Literatur

Die streng formale Auslegung des zeitlichen Geltungsbereichs des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG durch die neue Rechtsprechung des BAG hat einige Autoren zu der Prognose veranlasst, zukünftig seien für Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer – insbesondere für Bestandsschutzklagen – *im Regelfall* die Gerichte für Arbeitssachen zuständig bzw. der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei erheblich erleichtert worden.

Vielfach wird behauptet, der Geschäftsführer habe es nun selbst in der Hand durch die Niederlegung seines Amtes und die Wahl des richtigen Klagezeitpunkts, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte herbeizuführen.⁸⁸⁴ Er habe bezüglich des Rechtswegs quasi ein „Wahlrecht“.⁸⁸⁵

a) Kritik an der formalen Betrachtungsweise

Vor diesem Hintergrund steht ein Teil des Schrifttums der formalen Abgrenzung durch die neue Rechtsprechung des BAG kritisch gegenüber.⁸⁸⁶ Der Sinn und Zweck der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, Rechtstreitigkeiten im „Arbeitgeberlager“ vor den Arbeitsgerichten zu

882 BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180, unter II. 2. b) aa) (1) und (2).

883 BAG 08.05.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. a) aa).

884 *Dimsic/Link* in BB 2015, 3063 (3066 f.); *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1078, 1080); *Graef/Heilemann* in GmbHR 2015, 225 (230); *Grager* in ArbRAktuell 2015, 537; *Grimm* in jM 2015, 329 (330 f.); *Grobys* in GmbHR 2015, 1213; *Lunk* in NJW 2015, 528 (529); *Maul-Sartori* in jurisPR-ArbR 46/ 2015, Anmerkung 4; *Reinecke* in ZIP 2014, 1057 (1059, 1063); *Reiserer* in BB 2016, 1141 (1143, 1145); *Stagat* in NZA 2015, 193 (197 f.)

885 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1080).

886 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1078 ff.); *Graef/Heilemann* in GmbHR 2015, 225 (230); *Grimm* in jM 2015, 329; *Lunk* in NJW 2015, 528 (529).

verhindern, komme aufgrund der starken Eingrenzung des Geltungsbereichs praktisch nicht mehr zum Tragen.⁸⁸⁷

Für die in der Praxis nunmehr regelmäßig anzunehmende Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bestehe weder ein Grund, noch sei diese interessensgerecht. Die Beendigung der Organstellung durch Abberufung oder Niederlegung des Amts habe schließlich nur eine ex-nunc Wirkung. Für die Vergangenheit entfalle die Arbeitgeberstellung des vormaligen Geschäftsführers gerade nicht.

Des Weiteren wird mit den verfahrensrechtlichen Besonderheiten in der Arbeitsgerichtsbarkeit und deren Sinn und Zweck argumentiert. Diese seien für Streitigkeiten mit Geschäftsführern „unpassend“.⁸⁸⁸

Allen voran wird auf die meist geringere wirtschaftliche Schutzwürdigkeit von Geschäftsführern hingewiesen. Aufgrund des regelmäßig hohen Gehalts und der Sicherung durch oftmals lange vertragliche Kündigungsfristen bzw. Mindestlaufzeiten, sei das Eintreten einer wirtschaftlichen Notlage im Falle der Kündigung eher die Ausnahme. Daher sei auch eine schnelle Klageerhebung zur Sicherung der Existenzgrundlage nicht erforderlich. Im Übrigen stehe die Geltendmachung monetärer Ansprüche im Vordergrund. Eine Weiterbeschäftigung als Organ sei aufgrund strikter Trennung von Organstellung und Anstellungsverhältnis bereits rechtlich gar nicht möglich.⁸⁸⁹

Daneben führe auch der dem Arbeitsgerichtsgesetz immanente Beschleunigungsgrundsatz zu „systemfremden Ergebnissen“. Die dem Zeitdruck geschuldeten übereilten und nur summarischen Vergleichsverhandlungen würden der oftmals komplexen Materie nicht gerecht und führten zu interessensfremden Ergebnissen. Die kurze Klagefrist des § 4 KSchG nötige zu übereilten Klagen. Die fehlende Gerichtskostenvorschusspflicht (§ 12a ArbGG) senke zusätzlich die Hemmschwelle und ermutige zur Geltendmachung überzogener Beträge.⁸⁹⁰

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Streitigkeiten aus dem Anstellungsvertrag sei auch im Hinblick auf deren Zuständig-

887 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1078); *Grimm* in jM 2015, 329 (331); *Lunk* in NJW 2015, 528 (529).

888 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1078).

889 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079).

890 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079).

keit für die Streitigkeiten aus der Organstellung sinnvoll. Im Übrigen werde das materielle Arbeitsrecht kaum Anwendung finden.⁸⁹¹

Die Vertreter dieser Ansicht bevorzugen bei Bestandsschutzklagen stattdessen, in Angleichung zum Geltungsbereich der entsprechenden Regelung im Kündigungsschutzgesetz, § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, das Abstellen auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs. Dieser Zeitpunkt sei ebenso klar bestimmbar und Manipulationen ausgeschlossen.⁸⁹²

b) Zustimmung zur formalen Betrachtungsweise

Die streng formale Betrachtungsweise hat auch Anhänger in der Literatur gefunden.

Diese berufen sich ebenfalls auf den Sinn und Zweck der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Nach der Beendigung der Organstellung handele es sich gerade nicht mehr um einen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte sei vor diesem Hintergrund nur für den Zeitraum der Organstellung erforderlich.⁸⁹³

Im Übrigen wird auf den Wortlaut der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG verwiesen, in dem es „berufen sind“ und nicht „berufen waren“ heiße.⁸⁹⁴

4. Stellungnahme

a) Auswirkung der Rechtsprechung des BAG zum zeitlichen Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

aa) Starke Eingrenzung des praktischen Anwendungsbereichs

Richtig ist, dass die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nunmehr praktisch kaum noch Anwendung findet. Regelmäßig ist der Geschäftsführer bereits zu Beginn des Rechtsstreits mit der GmbH, spätestens jedoch bis zur letzten Tatsachenverhandlung, nicht mehr im Amt. Beide

891 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079 f.).

892 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1080).

893 *Henne* in EWiR 2012, 37 (38); *Reinecke* in ZIP 2014, 1057 (1059); *Schreiber* in GmbHR 2012, 929 (931).

894 *Schreiber* in GmbHR 2012, 929 (931).

Parteien haben meist ein Interesse an einer baldigen Beendigung der Organstellung.

Dies folgt bereits daraus, dass in den meisten Fällen einer der Streitgegenstände die Beendigung der schuldrechtlichen Beziehung ist und die Trennung der Gesellschaft von ihrem Geschäftsführer zwangsläufig auch seine Abberufung aus der Organstellung zur Folge hat.

Sobald Geschäftsführer und GmbH ihre rechtliche Auseinandersetzung zu Gericht tragen, wird das Verhältnis im Regelfall soweit angeschlagen sein, dass die mit der Geschäftsführerstellung zusammenhängenden weitreichenden Kompetenzen und die im Außenverhältnis regelmäßig unbeschränkbare Vertretungsbefugnis (§ 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG) nicht mehr gewünscht sind. Der Geschäftsführer wird zudem die mit der Organstellung verbundenen Haftungsrisiken fürchten.⁸⁹⁵

bb) Keine automatische Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

Die Eingrenzung des Geltungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hat aber nicht automatisch die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen zur Folge. Vielmehr ist außerhalb des Geltungsbereichs zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen zu prüfen.⁸⁹⁶

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG müsste es sich bei den betreffenden Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber handeln.

Die in der Literatur unverzüglich getroffene Prognose, die Arbeitsgerichte seien nunmehr regelmäßig zuständig bzw. der Kläger habe hinsichtlich des Rechtswegs ein Wahlrecht, gilt es vor diesem Hintergrund genauer zu untersuchen.⁸⁹⁷

Etwaige Manipulationsmöglichkeiten könnten dabei tatsächlich, im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich ge-

895 Vgl. bei Kündigungsschutzklagen: *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1978).

896 So auch die allgemeine Auffassung, siehe nur: *Schleusener* in GK-ArbGG, § 5 Rn. 165; *Grobys* in GmbHR 2015, 1213; *Henne* in EWiR 2012, 37 (38); *Reinecke* in ZIP 2014, 1057 (1063); *Reinfelder* in RdA 2016, 87 (96); *Schreiber* in GmbHR 2012, 929 (933).

897 Hierzu sogleich im Sechsten Teil.

schützen Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), bedenklich sein.⁸⁹⁸

Zudem ist sicherlich eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für *alle* Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH, vor dem Hintergrund der speziellen Prinzipien des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, fragwürdig. Ferner scheinen getrennte Zuständigkeiten für Streitigkeiten aus der Organstellung und dem Anstellungsvertrag zumindest wenig praktikabel zu sein.

Gewiss ist bisher aber nur, dass die neue Rechtsprechung des BAG zum Geltungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG jedenfalls deutlich umfangreichere Prüfungen der Rechtswegzuständigkeit zur Folge hat und im Hinblick auf Praktikabilität und Rechtssicherheit wenig zweckmäßig erscheint.

b) Gesetzeskonformität der Ansicht des BAG zur Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG?

aa) Entscheidender Zeitpunkt im Gerichtsverfahren

Die Ansicht des BAG ist insoweit richtig, dass zuständigkeitsbegründende Umstände grundsätzlich bis zur letzten Tatsachenverhandlung bzw. bis zur Rechtskraft eines etwaigen Verweisungsbeschlusses zu berücksichtigen sind.

Denn es gilt der Grundsatz: Das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen und somit auch der Rechtswegzuständigkeit ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Entscheidend ist aber der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung.⁸⁹⁹

Aufgrund dessen ist die Bestimmung in § 17 Abs. 1 S. 1 GVG – sowie auch die in § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO – eine abweichende Ausnahmeregelung. Eine einmal begründete Zuständigkeit des angerufenen Gerichts soll nicht mehr entfallen, um den Parteien zeitliche Aufwendungen und Kosten des Verweisungsverfahrens zu sparen sowie die Kapa-

898 Zur faktischen Wahlmöglichkeit des zulässigen Rechtswegs durch den Kläger in einem anderem Kontext: BVerfG 31.08.1999 - 1 BvR 1389/07, NZA 1999, 1234, unter II. 1 b).

899 Siehe nur: BGH 03.04.1992 - V ZR 83/91, NJW 1992, 1757, unter II.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, Grundsätze § 253 Rn. 16.

zitäten des Justizapparates im Hinblick auf dessen Leistungsfähigkeit zu schonen.⁹⁰⁰

Eine Ausdehnung des Geltungsbereichs von § 17 Abs. 1 S. 1 GVG auf den umgekehrten Fall, der nachträglichen Begründung der Zuständigkeit des anfangs unzuständigen Gerichts, würde dem Sinn und Zweck der Regelung gerade zuwider laufen. Denn bei Nichtberücksichtigung nachträglich eintretender zuständigkeitsbegründender Umstände bliebe es beim Erfordernis einer Verweisung trotz zwischenzeitlicher Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Ressourcen würden dadurch gerade nicht gespart.

Hiervon zu trennen ist aber die Frage, ob die nach Rechtshängigkeit der Klage erfolgte Beendigung der Organstellung überhaupt ein solcher zuständigkeitsbegründender Umstand ist.

bb) Formale Betrachtungsweise des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

(1) Wortlaut

Wie bereits angesprochen⁹⁰¹, deutet das Verb „berufen“ in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auf einen Zusammenhang mit der Organstellung hin. Die Verwendung der Zeitform Präsens („sind“) spricht dafür, dass die Organstellung gegenwärtig bestehen muss.

Diese Voraussetzung wird aber nicht im Zusammenhang mit der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen genannt, sondern ist lediglich mit dem Nichtbestehen der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes verknüpft.

Deshalb kann dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG letztlich nur entnommen werden, dass während des Bestehens der Organstellung die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes der bezeichneten Personen ausgeschlossen ist.

Würde es an gleicher Stelle „berufen waren“ heißen, so hätte dies nur zur Folge, dass nicht derjenige als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes angesehen werden könnte, der einmal zur Vertretung der Gesellschaft berufen war, also die Organstellung innehatte.

900 Siehe nur: *Foerste* in Musielak/Voit ZPO, § 261 Rn. 13; *Zimmermann* in MüKo ZPO, § 17 GVG Rn. 6.

901 Siehe oben: III. 1.

(2) Sinn und Zweck

Mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG soll vordergründig die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen bei Streitigkeiten zwischen den bezeichneten Personen und der jeweils vertretenen Gesellschaft durch pauschalen Ausschluss der Rechtswegzuständigkeit – unabhängig von deren materiell-rechtlichen Qualifizierung als Arbeitnehmer – verhindert werden.

Dies ergibt sich eindeutig aus den Gesetzesmaterialien. Dort ist wortwörtlich zu lesen:

„Dagegen sind die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen und von Personengesamtheiten des öffentlichen und des privaten Rechts in dieser Eigenschaft keine Arbeitnehmer im Sinne des Entwurfs; ihre Streitigkeiten mit der juristischen Person oder der Personengesamtheit fallen daher nicht unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden.“⁹⁰²

Hintergrund des Ausschlusses ist die sich durch alle Instanzen ziehende paritätische Besetzung der Spruchkörper mit ehrenamtlichen Richtern aus Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkreisen. Dabei werden die in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bezeichneten Personen gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG⁹⁰³ dem „Kreis der Arbeitgeber“ zugeordnet.⁹⁰⁴

Für die formale Betrachtungsweise des BAG könnte nun sprechen, dass in das ehrenamtliche Richteramt gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG nur diejenigen berufen werden können, die zur Vertretung der juristischen Person *berufen sind*.

Streng formal betrachtet, gehören die von der Organstellung abberufenen Personen also nicht mehr zum „Kreis der Arbeitgeber“, weswegen die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Streitigkeiten zwischen bereits abberufenen ehemaligen Organvertretern und der Gesellschaft nicht ausgeschlossen sein müsste.

Fraglich ist jedoch, ob der Gesetzgeber tatsächlich nur einen Gleichlauf der Regelungen zur Rechtswegzuständigkeit mit den formalen Voraussetzungen eines ehrenamtlichen Richteramts erreichen wollte. Denn in eigener Sache könnte der betroffene Organvertreter so-

902 RT-Drucks. 3/2065 (11.03.1926), S. 35; hierzu auch schon oben, siehe: Vierter Teil, III. 2. b) bb).

903 Damals geregelt in: § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG 1926.

904 Hierzu bereits ausführlich oben, siehe: Vierter Teil, III. 2. b) bb).

wieso nie auf der Richterbank sitzen. Inhaltlich betrachtet, bleibt die Rechtsstreitigkeit zwischen (ehemaligem) Organvertreter und der Gesellschaft vor und nach der Abberufung zudem die Gleiche.

Die formale Betrachtungsweise des BAG hat nun aber zur Folge, dass (ehemalige) Organvertreter sowohl Teil der Spruchkammer *auf Arbeitgeberseite* sind, wie auch *auf Arbeitnehmerseite* im Prozess als Partei auftreten. Das auf diese Weise besetzte Gericht verhandelt zudem inhaltlich – unerheblich ob vor oder nach der Abberufung – über eine Streitigkeit aus dem (vormaligen) Arbeitgeberlager. Dabei sind oft Interna der Gesellschaft betroffen, beispielsweise, wenn Kündigungsgründe erörtert werden.

Davon abgesehen, kann die Betrachtungsweise des BAG aber bereits aus anderen Gründen nicht überzeugen:

Die genannten Äußerungen in den Gesetzesmaterialien sprechen eindeutig dafür, dass der Gesetzgeber davon ausging, die Arbeitsgerichte seien aufgrund seiner Regelung bei den betreffenden Streitigkeiten grundsätzlich nicht zuständig. Eine Regelung die praktisch kaum Anwendung findet, kann daher nicht gewollt gewesen sein. Die Tatsache, dass die gerichtliche Auseinandersetzung zumeist nach Beendigung der Organstellung stattfinden, kann auch dem historischen Gesetzgeber nicht verschlossen geblieben sein.

(3) Systematik

Noch entscheidender ist jedoch der systematische Zusammenhang der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG mit § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG, den das BAG vollkommen außer Betracht lässt.

Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen richtet sich (unter anderem) nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG. Die Regelungen in § 5 ArbGG bestimmen hingegen lediglich, wer im Rahmen von § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG als Arbeitnehmer anzusehen ist und wer nicht.

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG muss, zur Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegeben sein. In zeitlicher Hinsicht ist bezüglich der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite richtigerweise auf die *Entstehung der Streitigkeit* abzustellen. Denn es muss sich um eine Streitigkeit handeln, bei der die Parteien in

ihren Rollen als Arbeitnehmer und Arbeitgeber betroffen sind. Eine Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entsteht aber keineswegs erst mit der Klageerhebung oder gar in der letzten mündlichen Verhandlung, sondern im Zeitpunkt der (vermeintlichen) Anspruchsentstehung bzw. im Zeitpunkt des Zugangs einer (vermeintlich) ungerechtfertigten Kündigung.

Daher ist es völlig unerheblich, ob die Parteien zum Zeitpunkt der Klageerhebung oder der letzten mündlichen Verhandlung diese Eigenschaften noch innehaben.

Dies entspricht auch der allgemeinen Auffassung, die sich darin zeigt, dass die Gerichte im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung stets darauf abstellen, ob zwischen den Parteien zum Zeitpunkt der vermeintlichen Anspruchsentstehung oder der Kündigung eine abhängige Beschäftigung bestanden hat oder nicht. Kein Arbeitsgericht prüft hingegen, ob die Parteien während des gerichtlichen Verfahrens diese Eigenschaften immer noch vorweisen können.⁹⁰⁵ Ansonsten wäre etwa die Feststellung einer wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ein Arbeitsgericht gar nicht möglich, weil die Parteien bereits bei Klageerhebung schon nicht mehr Arbeitnehmer und Arbeitgeber waren.

Selbst das BAG verfährt im Übrigen auf diese Weise, wenn es außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nun die Arbeitnehmereigenschaft des ehemaligen Organs nach § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG prüft. Es stellt nämlich darauf ab, ob das Organ während seiner Tätigkeit hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit Weisungen unterworfen war; also, ob der Organvertreter Arbeitnehmer *war*.⁹⁰⁶ Das BAG stellt folglich hinsichtlich der Anwendung der Regelungen in § 5 ArbGG auf unterschiedliche Zeitpunkte ab.

Da die Regelungen in § 5 ArbGG nur Vorgaben zur Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG enthalten, muss für

905 Siehe beispielsweise ArbG Solingen 30.09.2014 - 1 Ca 479/14, juris, unter B. II.: „Der Rechtsweg vor den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht eröffnet. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis. Die Klägerin ist keine Arbeitnehmerin im Sinne der §§ 2, 5 ArbGG.“

906 Ganz deutlich wird das bei: BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. b).

das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen exakt der gleiche Zeitpunkt maßgeblich sein.

Dem eindeutigen Wortlaut der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist dabei zu entnehmen, dass die bezeichneten Personen nur dann nicht Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sein können, solange sie als Organ der Gesellschaft *berufen sind*. Insoweit ist der formalen Betrachtungsweise des BAG zuzustimmen.

Im Unterschied zur Auffassung des BAG ist aber – als Konsequenz des oben Gesagten – beispielsweise bei der Klage gegen eine Kündigung des Anstellungsvertrages darauf abzustellen, ob die Organstellung *zum Zeitpunkt der Entstehung der Streitigkeit* und damit zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, noch bestanden hat oder nicht.

Verlangt der (ehemalige) Geschäftsführer beispielsweise die Zahlung einer Gratifikation, so ist darauf abzustellen, ob der Kläger zum Zeitpunkt der (vermeintlichen) Anspruchsentstehung noch Organ der Gesellschaft war. Was normalerweise der Fall sein dürfte.

Für die Prüfung des zulässigen Rechtswegs darf hingegen weder entscheidend sein, ob der (ehemalige) Geschäftsführer bei Klageerhebung formal betrachtet noch Organ der Gesellschaft ist, noch, ob er diese Stellung am Ende des Gerichtsverfahrens innehat.

Diese Handhabung des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG kann zwar ebenfalls nicht komplett verhindern, dass Interna der Gesellschaft vor Arbeitsgerichten verhandelt werden. Ein Abstellen auf das formale Bestehen der Organstellung ist aber hinsichtlich des eindeutigen Wortlauts und dem Interesse an einer rechtssicheren Feststellung erforderlich.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Streitigkeit überhaupt die Geschäftsführertätigkeit bzw. das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft.

Vor dem Hintergrund ihres Sinn und Zwecks ist die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG richtigerweise so zu verstehen, dass diese unabhängig vom formalen Bestehen der Organstellung nicht zu gelten hat, wenn das Organmitglied nicht in dieser Rolle auftritt; die Streitigkeit also eine ganz andere Rechtsbeziehung der Parteien betrifft.

(4) Einheit der Rechtsordnung

Die Auffassung, dass dem Wortlaut der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu entnehmen ist, dass der bezeichnete Personenkreis nur dann nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes gilt, solange die Organstellung besteht, deckt sich im Übrigen mit der Rechtsprechung des 6. Senats zur Auslegung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG.

Die Regelung in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG erklärt die Anwendbarkeit der Vorschriften des Abschnitts für Organmitglieder, die zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person *berufen sind*.

Nach der Rechtsprechung des BAG soll § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nur für den Zeitraum der organschaftlichen Stellung gelten. Das hat zur Folge, dass für Kündigungen des Anstellungsvertrages, die dem vormaligen Geschäftsführer nach seiner Abberufung oder Amtsniederlegung zugehen, § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG keine Anwendung mehr findet.⁹⁰⁷

Das BAG stellt somit – im Einklang mit dem Wortlaut der Norm – nur auf das Bestehen der Organstellung ab. Unerheblich soll hingegen sein, ob das gekündigte Schuldverhältnis einmal der Organstellung zugrunde lag.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist der Auffassung des BAG nur teilweise zuzustimmen.

Richtig ist, dass die Geltung der Fiktion in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vom formalen Bestehen der Organstellung abhängt.

Das bedeutet letztlich aber nur, dass die bezeichneten Personen nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes anzusehen sind, solange die Organstellung besteht. Die Arbeitnehmereigenschaft wird also pauschal für den Zeitraum des Bestehens der Organstellung ausgeschlossen.

Die Fiktionswirkung wird aber nur im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG relevant. Für die Vor-

⁹⁰⁷ BAG 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06, NZA 2008, 168, unter I.; *Giescher* in Däubler ArbR, § 14 KSchG Rn. 1; *Kiel* in EK ArbR, § 14 KSchG Rn. 5; *Bauer/Arnold* in DB 2008, 350 (352).

aussetzungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG ist aber das Entstehen der Rechtsstreitigkeit maßgeblich. Denn eine Rechtsstreitigkeit ist nur dann eine *zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber*, wenn sie während der Dauer des Arbeitsverhältnisses entstanden ist.

Daher ist bezüglich des Anwendungsbereichs der Fiktion in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG in zeitlicher Hinsicht auf die *Entstehung der Streitigkeit* zwischen den Parteien abzustellen.

Unabhängig davon, ist die Rechtsprechung des BAG aber anzunehmen.⁹⁰⁸

IV. Zusammenfassung: Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG

Aus der Gesamtbetrachtung der aktuellen Rechtsprechung des BAG hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG und der Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg, lässt sich zusammenfassend Folgendes feststellen:

Der Anwendungsbereich der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entscheidet darüber, ob sich die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte nach den allgemeinen Grundsätzen richtet (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG) oder die Zuständigkeit von vorneherein ausgeschlossen ist.

Die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sind zuständigkeitsbegründende bzw. verhindernde Umstände und bis zur letzten Tatsachenverhandlung oder bis zur Rechtskraft eines etwaigen Verweisungsbeschlusses zu berücksichtigen.

Die Zulässigkeit des Rechtswegs kann folglich auch noch nach Klageerhebung begründet werden.

Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG findet nur Anwendung, solange die Organstellung besteht. Die Organstellung kann durch Abberufung oder durch Niederlegung des Amts beendet werden.

908 Die entsprechende Handhabung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wird auch bereits von den unteren Instanzen umgesetzt, siehe nur: LAG Rheinland-Pfalz 21.10.2014 - 6 Ta 123/14, GmbHR 2014, 1259, unter II. 2.1. a).

Zeitlich ist jeweils auf den Zugang der entsprechenden Erklärung des Geschäftsführers – unbeschadet abweichender (gesellschafts-)vertraglicher Regelungen – bei einem der Gesellschafter oder einem anderen Geschäftsführer abzustellen. Bei einer Abberufung ist der Zeitpunkt des Zugangs beim betroffenen Geschäftsführer maßgeblich. Der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister ist für die Wirksamkeit der Beendigung der Organstellung unerheblich.

Die Beendigung der Organstellung ist im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit bis zur letzten Tatsachenverhandlung bzw. bis zur Rechtskraft eines etwaigen Verweisungsbeschlusses zu berücksichtigen.

Während des Bestehens der Organstellung gilt die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nur für Streitigkeiten aus dem der Organstellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertragsverhältnis. Die materiell-rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrages ist während dieses Zeitraums unerheblich. Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG findet sogar dann Anwendung, wenn objektiv feststeht, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gilt jedoch nicht, wenn das der Organstellung zugrunde liegende Vertragsverhältnis, beispielsweise in Konzernstrukturen, zwischen dem Organvertreter und einem nicht – auch nicht mittelbar – vertretenen Dritten geschlossen wurde.

Die Regelung findet darüber hinaus auch dann keine Anwendung, wenn sich die betreffende Streitigkeit auf ein anderes Rechtsverhältnis bezieht, das nicht der Organstellung zugrunde liegt. Denkbar ist ein etwaiges früheres Vertragsverhältnis oder ein neben der Geschäftsführertätigkeit bestehendes klar abgrenzbares weiteres Vertragsverhältnis. Beide Fälle sind aber praktisch selten.

Aufgrund der formalen Betrachtungsweise durch die aktuelle Rechtsprechung des BAG spielen die sogenannten „Beförderungsfälle“, also die Fälle des internen Aufstiegs zum Geschäftsführer der Gesellschaft, für den Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG *praktisch* keine Rolle mehr.

Denn sobald die Organstellung endet, findet § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ohnehin keine Anwendung. Ob die Streitigkeit ein mit der Beendigung der Organstellung automatisch wiederaufgelebtes zuvor ruhendes Arbeitsverhältnis betrifft oder das der Organstellung zugrunde liegende

Anstellungsverhältnis, ist demnach unerheblich. Gleiches gilt für Streitigkeiten aus einem nach Beendigung der Organstellung zwischen den Parteien neu geschlossenen Vertragsverhältnis.

Außerhalb des Geltungsbereichs der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG erfolgt die Prüfung der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen nach den allgemeinen Grundsätzen.

V. Einordnung bestimmter Grenzfälle des persönlichen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG – Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG

Zu verschiedenen Grenzfällen des persönlichen Anwendungsbereichs der Regelung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG existieren bisher keine einschlägigen Entscheidungen des BAG. In einer Fallgestaltung ist die Geltung der bisherigen Aussagen des BAG angesichts der erläuterten Änderungen in der Rechtsprechung mittlerweile fraglich.

1. Der „verhinderte“ Geschäftsführer

Unter der Bezeichnung „verhinderter“ Geschäftsführer sollen die Fälle erfasst werden, in denen die Bestellung zum Organ der Gesellschaft in einem Anstellungsvertrag vorgesehen ist, aber tatsächlich nie durchgeführt wird.⁹⁰⁹

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 25.06.1997 ausgeführt, dass es hinsichtlich des zulässigen Rechtswegs unerheblich sei, ob es zur vertraglich vorgesehenen Bestellung zum Organvertreter gekommen ist oder nicht.⁹¹⁰ In dem zugrunde liegenden Fall war zwischen den Parteien ein Anstellungsvertrag geschlossen worden, der von vorneherein auf die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer gerichtet war. Zu der Bestellung war es aber nicht gekommen. Vielmehr kündig-

909 Hierzu auch schon: *Jaeger* in NZA 1998, 961 (964 f.); *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 62 ff.

910 BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II. 1. b) aa).

te die Gesellschaft den Anstellungsvertrag, wogegen der Kläger Kündigungsschutzklage erhob.

Das BAG hielt den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG für nicht eröffnet.⁹¹¹ Nach Ansicht des BAG sei bei Streitigkeiten aufgrund eines auf die Bestellung als Organvertreter gerichteten Vertrages hinsichtlich der Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gerade nicht zwischen der Zeit vor und nach der Bestellung zu unterscheiden. Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG solle auch gelten, wenn der Bestellung eine Probezeit als Geschäftsführer vorschaltet ist.⁹¹²

Diese Aussage widerspricht der formalen Betrachtungsweise des Geltungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG durch die aktuelle Rechtsprechung des BAG.

Die Organstellung ist hiernach Voraussetzung für das Eingreifen der Fiktion nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Deswegen kann für die Zeit vor der Bestellung nichts anderes gelten wie für den Zeitraum nach der Beendigung der Organstellung durch Abberufung oder Amtsniederlegung.⁹¹³

Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem „verhinderter“ Geschäftsführer, die das der geplanten Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsverhältnis betreffen, kann § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG – in Abweichung zur früheren Rechtsprechung des BAG – keine Anwendung mehr finden. Ob anlässlich der unterbliebenen Bestellung der ursprüngliche Anstellungsvertrag aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung der Parteien in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt wurde, ist für die Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nunmehr unerheblich.

Außerhalb des Geltungsbereichs der Regelung richtet sich die Prüfung des zulässigen Rechtswegs nach den allgemeinen Grundsätzen. An dieser Stelle würde eine etwaige Umwandlungsvereinbarung dann wieder relevant werden.

911 BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II.

912 BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II. 1. b) aa).

913 Vgl. auch: *Schreiber* in GmbHR 2012, 929 (932): Vor der Bestellung und nach der Abberufung gilt die Fiktion nicht mehr; a.A. *Koch* in EK ArbR, § 5 ArbGG Rn. 7: „Die Fiktion des § 5 I 3 ArbGG beginnt mit Abschluss eines Anstellungsvertrag als GE.“

2. Der Strohmann-Geschäftsführer

Unter der Bezeichnung „Strohmann-Geschäftsführer“ werden solche Geschäftsführer verstanden, die zwar formal betrachtet, aufgrund wirksamer Bestellung, die Geschäftsführerstellung innehaben, tatsächlich aber nicht als solche tätig werden.⁹¹⁴

Klassischerweise handelt es sich bei dem Strohmann um einen Verwandten – beispielweise die Ehefrau – eines tatsächlich als Geschäftsführer tätigen Hintermanns. Der Strohmann nimmt die Geschäftsführungsaufgaben regelmäßig nur nach Weisung des Hintermanns oder gar nicht wahr.⁹¹⁵

Die Bestellung ist dennoch ernsthaft gewollt und daher nicht gemäß § 117 BGB unwirksam. Dies ergibt sich bereits aus der Notwendigkeit nach § 6 Abs. 1 GmbHG. Grundsätzlich treffen den Strohmann-Geschäftsführer daher die gleichen Rechte und Pflichten. Beispielsweise haftet er gleichermaßen gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG.⁹¹⁶

Im Rahmen einer Rechtswegprüfung kann diese Konstellation beispielsweise relevant werden, wenn ein bisher auf einer nachgeordneten Führungsebene beschäftigter Mitarbeiter der GmbH als Geschäftsführer bestellt wird, ohne dass sich sein Aufgabenbereich tatsächlich ändert.

Fraglich ist, inwieweit ein solcher nur formal bestellter Geschäftsführer bei Streitigkeiten mit der GmbH der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG unterliegt.⁹¹⁷

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist es für die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG weder erheblich, ob der Geschäftsführer im Innenverhältnis auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses tätig wird,⁹¹⁸ noch, ob die Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis beschränkt wurde.⁹¹⁹

914 Siehe nur: *Wißmann* in MüKo GmbHG, § 82 Rn. 34.

915 Siehe nur: *Siegmann/Vogel* in ZIP 1994, 1821.

916 OLG Frankfurt 16.04.2008 - 1 U 136/05, GmbHR 2009, 317, unter II. 1. a. aa. (2); *Siegmann/Vogel* in ZIP 1994, 1821.

917 Hierzu auch schon: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 64 f.

918 Hierzu oben siehe: Vierter Teil, III. 2. b) aa), unter Fn. 769.

919 So ausdrücklich: BAG 11.04.1997 5 AZB 32/96, NZA 1997, 902, unter II. 2. b) bb); BAG 15.10.1997 5 AZB 32/97, NZA 1998, 51, unter II. 1.; in sämtlichen an-

Infolgedessen muss es auch unerheblich sein, wie sich der tatsächliche Aufgabenbereich des betreffenden Geschäftsführers gestaltet, so lange er gesetzlicher Vertreter der GmbH ist und als solcher auftreten *könnte*. Die streng formale Betrachtungsweise erspart in diesem Fall Einzelfallentscheidungen und dient der Rechtssicherheit.

Vor und nach der Organstellung findet § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wiederum keine Anwendung. Ob der betreffende Geschäftsführer tatsächlich keine Geschäftsführungsaufgaben wahrgenommen hat, sondern beispielsweise nur als Arbeitnehmer der Gesellschaft tätig war, wird bei der Prüfung der Rechtswegzulässigkeit also nur außerhalb des Anwendungsbereichs relevant.

3. Der faktische Geschäftsführer

Unter der Bezeichnung faktischer Geschäftsführer wird im eigentlichen Sinne, derjenige verstanden, der ohne tatsächlich als Geschäftsführer der GmbH bestellt worden zu sein, als solcher tätig ist.⁹²⁰

Die genaue Abgrenzung ist umstritten.⁹²¹ Ob jemand als faktischer Geschäftsführer tätig wird, will der BGH in ständiger Rechtsprechung anhand des Gesamterscheinungsbildes seines Auftretens beurteilen. Es komme entscheidend auf das maßgebliche Leiten der Geschicke der Gesellschaft durch ein nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln an. Das interne Einwirken auf die Geschäftsführung sei nicht ausreichend, die völlige Verdrängung der gesetzlichen Geschäftsführung aber auch nicht erforderlich.⁹²² Praktisch ist es denkbar, dass ein normaler Mitarbeiter der

deren Entscheidungen des BAG werden etwaige Einschränkungen der Vertretungsmacht im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG überhaupt nicht thematisiert.

920 *Strohn* in DB 2011, 158 (159).

921 *Strohn* in DB 2011, 158 (160 ff.).

922 Grundlegend: BGH 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44; BGH 25.02.2002 - II ZR 196/00, BGHZ 150, 61; BGH 11.07.2005 - II ZR 235/03, DB 2005, 1897; BGH 11.02.2008 - II ZR 291/06, DB 2008, 1202, unter II. 2.

GmbH, beispielsweise ein leitender Angestellter, tatsächlich wie ein Geschäftsführer der Gesellschaft auftritt.⁹²³

Fraglich ist, ob bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und dem betreffenden faktischen Geschäftsführer § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG Anwendung findet.

Hintergrund der Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers ist die Frage nach der organschaftlichen Verantwortlichkeit. Nach Ansicht des BGH soll derjenige, der tatsächlich wie ein Geschäftsführer handelt, hierfür auch die Verantwortung tragen und gegebenenfalls haften. Er soll sich nicht auf das Fehlen der formellen Bestellung berufen können und damit den Schutzzweck des jeweiligen Gesetzes gefährden.⁹²⁴ Dabei ist immer noch unklar, ob den faktischen Geschäftsführer die gleiche Verantwortlichkeit trifft wie den formal bestellten Geschäftsführer.⁹²⁵

Die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers ist aber keine vollständige Gleichstellung mit der Rechtsposition des formalen Geschäftsführers. Sie dient vielmehr dem Schutz der Gesellschaft und des Rechtsverkehrs, insoweit diese schutzwürdig sind.

Aufgrund dessen ist es nicht gerechtfertigt, die formale Betrachtungsweise des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG aufzuweichen und die Regelung trotz Fehlens der formalen Organstellung bei Rechtsstreitigkeiten zwischen faktischem Geschäftsführer und der GmbH anzuwenden. Mit der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wird eine Aussage über den zulässigen Rechtsweg getroffen. Mit Fragen der organschaftlichen Verantwortlichkeit bestehen keine Berührungspunkte.

Wenn es für die Anwendung der Regelung im Übrigen unerheblich sein soll, ob die Vertretungsmacht des formal bestellten Geschäftsführers im Innenverhältnis beschränkt ist oder dieser tatsächlich Arbeitgeberfunktionen ausübt, so muss im Umkehrschluss das tatsächliche Auftreten als Geschäftsführer ohne formale Bestellung ebenso unerheblich sein.

923 Siehe nur den Fall des Reichsgerichts: RG 15.03.1937 - 5 D 927/36, RGSt 71, 112. Leitung der GmbH durch zwei Prokuristen; *Fleischer* in GmbHR 2011, 337 (344); *Strohn* in DB 2011, 158 (164).

924 BGH 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44.

925 Zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum: *Fleischer* in GmbHR 2011, 337 (338 ff.).

4. Der fehlerhafte Geschäftsführer

Unter die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers werden in einem weiteren Sinne auch die Fälle fehlerhafter, unwirksamer Bestellung gezählt. Im Unterschied zu dem Vorgenannten wurde die Bestellung beim fehlerhaften Geschäftsführer zumindest versucht, ein gravierender Fehler hat jedoch deren Nichtigkeit zur Folge.⁹²⁶ Die bloße Anfechtbarkeit des Bestellungsbeschlusses genügt hierfür beispielsweise nicht, weil dieser wirksam bleibt.

Wenn der betroffene fehlerhafte Geschäftsführer das Amt tatsächlich übernimmt und als Geschäftsführer auftritt, entsprechen seine Rechte und Pflichten denen eines wirksam Bestellten.⁹²⁷ Regelmäßig wird der betreffende auch als Geschäftsführer der GmbH im Handelsregister eingetragen sein. Die Eintragung hat aber nur eine deklaratorische Wirkung.⁹²⁸

Fraglich ist, was hinsichtlich der Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu gelten hat. Formal betrachtet, könnte der betreffende Geschäftsführer mangels wirksamer Bestellung gerade nicht gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zur Vertretung der GmbH berufen sein. Im Unterschied zum Vorgenannten existiert aber ein – wenn auch nichtiger – Bestellungsakt.

Entscheidend ist letztlich, ob es dem angerufenen Gericht im Rahmen der Prüfung des zulässigen Rechtswegs zugemutet werden kann, die Organstellung auf ihre formale Wirksamkeit zu überprüfen.

Das BAG hat in seiner neueren Rechtsprechung zum zeitlichen Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entschieden, dass die wirksame Abberufung bzw. Amtsniederlegung entscheidend sei und sich –

926 *Tebben* in Michalski GmbHG, § 6 Rn. 96; *Fleischer* in GmbHR 2011, 337 (338); *Strohn* in DB 2011, 158; Andere unterscheiden hingegen zwischen dem fehlerhaft bestellten und dem faktischen Geschäftsführer, siehe nur: *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 38; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 9.

927 *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 37; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 8; *Fleischer* in GmbHR 2011, 337 (338); *Strohn* in DB 2011, 158 (158 f.).

928 Statt aller: *Römermann* in Michalski GmbHG, § 46 Rn. 216.

mehr oder weniger ausführlich – mit den Voraussetzungen dieser Wirksamkeit auseinandergesetzt.⁹²⁹

Was das BAG bezüglich des Endes des zeitlichen Geltungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entschieden hat, muss konsequenterweise auch für den Beginn gelten. Nur eine wirksame Bestellung eröffnet den zeitlichen Geltungsbereich der in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG geregelten Fiktion. Im Rahmen der Rechtswegprüfung ist die Bestellung also auf ihre Wirksamkeit zu prüfen.

VI. Ergebnis und Ausblick

Noch im Jahre 2001 war *Kitzinger* nach seiner Untersuchung der Rechtsprechungspraxis des BAG zur Anwendung und Auslegung der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu dem Ergebnis gelangt, dass im Laufe der Zeit eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs stattgefunden habe.⁹³⁰

Rund 15 Jahre später führt die Begutachtung der Rechtsprechung des BAG zum gegenteiligen Ergebnis: der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hat schrittweise eine starke Eingrenzung erfahren.

Worauf diese Rechtsprechungsänderung zurückzuführen ist, kann nur gemutmaßt werden. Eine ausführliche Begründung erfolgte nur bezüglich der Änderungen zum maßgeblichen Zeitpunkt im gerichtlichen Verfahren.⁹³¹

Jedenfalls wurde die Rechtsprechungsänderung hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs mit dem Zuständigkeitswechsel auf den 10. Senat des BAG eingeläutet.⁹³²

929 BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. b) bb); BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180, unter II. 2. b) bb) (1); hierzu oben siehe: III. 1. b) ff) gg).

930 *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 84 f.

931 Zur Begründung der Abkehr vom Zeitpunkt der Klageerhebung, siehe oben: III. 2. b).

932 Die Rechtsprechungsänderung führt beispielsweise *Reiserer* auf diesen Zuständigkeitswechsel zurück, vgl. *Reiserer* in BB 2016, 1141 (1144).

Zum Teil wird vermutet, das BAG habe die Chance erhöhen wollen, tatsächlich einmal einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis einzuordnen.⁹³³

Wie bereits festgestellt, wird die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nunmehr praktisch kaum noch Anwendung finden. Die Ablehnung der Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hat aber nicht automatisch die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen zur Folge. Vielmehr ist diese, nach allgemeiner und richtiger Ansicht⁹³⁴, außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG anhand der allgemeinen Grundsätze zu prüfen. Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer sind vor allem die zuständigkeitsbegründenden Tatbestände nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG relevant.

Die eingeschränkte Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hat daher zunächst nur eine mehrstufige Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs bei Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer zur Folge. Ob dies letztlich zu einer regelmäßigen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte führen wird, gilt es zu prüfen.

933 *Graef/Heilemann* in GmbHR 2015, 225 (228).

934 Siehe oben: III. 4. a) bb), unter Fn. 896.

Sechster Teil: Der zulässige Rechtsweg für Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG

I. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG

1. Vorbemerkungen

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG sind für die Prüfung des zulässigen Rechtswegs bei Streitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer insbesondere die Regelungen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG relevant.

Bei der gegenständlichen Rechtsstreitigkeit müsste es sich demnach um eine bürgerliche zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, beispielsweise aus einem Arbeitsverhältnis oder über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, handeln.

Mit dem Ausdruck der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ wird eine Abgrenzung zu Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen erreicht.⁹³⁵ Vorliegend ist zu unterstellen, dass die Rechtsbeziehung zwischen GmbH und Geschäftsführer dem Zivilrecht zuzuordnen ist und die daraus folgenden Rechtsstreitigkeiten bürgerlicher Art sind.

935 Koch in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 3.

Die Arbeitgeberbereinschaft der GmbH kann immer dann angenommen werden, wenn zumindest ein Arbeitnehmer oder eine Person, die als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes gilt, beschäftigt wird. Auch juristische Personen können Arbeitgeber sein.⁹³⁶ Die Qualifizierung als Arbeitgeber korrespondiert demnach mit der Arbeitnehmereigenschaft des Gegenübers.

Wer Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sein kann, richtet sich nach § 5 ArbGG.

2. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer i. S. v. § 5 ArbGG

a) Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind das Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Die Regelung enthält eine Aufzählung, aber keine eigene Definition des verwendeten Arbeitnehmerbegriffs. Wie bereits festgestellt, verweist das Arbeitsgerichtsgesetz damit auf den materiell-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff und dessen Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur.⁹³⁷

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

aa) Bestehen eines von Organstellung und zugrunde liegendem Anstellungsvertrag abgrenzbaren Arbeitsverhältnisses

Unbestritten kann der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH eingeordnet werden, wenn ein Rechtsverhältnis betroffen ist, das von der Organstellung und dem zugrunde liegenden Anstellungsvertrag klar unterscheidbar ist.

Diese Konstellation wird bei Rechtsstreitigkeiten nach der Abberufung oder Amtsniederlegung relevant, wenn sich die Streitigkeit auf die Beendigung eines solchen abgrenzbaren Rechtsverhältnisses bezieht oder Rechte und Pflichten aus diesem geltend gemacht werden.

⁹³⁶ Statt aller: *Müller-Glöge* in *G/M/P ArbGG*, § 5 Rn. 55.

⁹³⁷ Siehe oben: *Vierter Teil*, I.

Ein früheres – während der Geschäftsführertätigkeit ruhendes Arbeitsverhältnis – könnte nach dem Willen der Parteien wieder aufgelebt oder der bisher der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsvertrag könnte durch konkludente oder ausdrückliche Vereinbarung in ein *neues* Arbeitsverhältnis umgewandelt worden sein. Für die Annahme eines entsprechenden Parteiwillens bedarf es, nach der Rechtsprechung des BAG, jedoch deutlicher Anhaltspunkte, die regelmäßig nicht vorliegen.⁹³⁸

Die materiell-rechtliche Einordnung als Arbeitsverhältnis richtet sich in diesen Fällen nach den üblichen Kriterien der Arbeitnehmerdefinition.⁹³⁹ Der Meinungsstreit über die Einordnung von GmbH-Geschäftsführern ist hierbei unerheblich, weil der Betroffene gerade nicht in seiner Rolle als Geschäftsführer und Organ der Gesellschaft tätig ist.

bb) Anstellungsvertrag als Arbeitsverhältnis

Die umstrittene Frage der materiell-rechtlichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern wird aber dann relevant, wenn sich die Rechtsstreitigkeit auf den der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag bezieht, weil der Geschäftsführer beispielsweise gegen die Kündigung desselben vorgehen will oder vertragliche Zahlungsansprüche geltend macht.

(1) Nach nationalem Recht

Wie bereits ausführlich erläutert, ist es in der Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob das der Organstellung des GmbH-Geschäftsführers zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsverhältnis zur GmbH materiell-rechtlich, nach den Kriterien des nationalen Rechts als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann.

Das BAG, ein Teil des Schrifttums sowie das OLG München⁹⁴⁰ bejahen zumindest die rechtliche Möglichkeit. Es wird aber davon ausge-

938 Zu den Einzelheiten siehe oben: Fünfter Teil, II. 2. b).

939 Bezüglich dieser Kriterien siehe oben: Zweiter Teil, I. 1.

940 Das OLG München hat die Arbeitnehmereigenschaft im Ergebnis sogar angenommen, zur Ansicht des OLG München siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. c).

gangen, dass es sich praktisch um Ausnahmefälle handelt. Diesen Ausnahmeharakter spiegelt auch die bisherige Rechtsprechungspraxis wieder.⁹⁴¹

(2) Nach Unionsrecht – Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG?

Anders im Unionsrecht: Nach der Rechtsprechung des EuGH erfüllen Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer deutscher GmbHs regelmäßig die Kriterien des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs.⁹⁴²

Die Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs bestimmt über den Anwendungsbereich des jeweiligen Unionsrechts, an dem sich auch die sekundärrechtlichen Regelungen des jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetzes orientieren müssen. Dies geschieht durch eine unionsrechts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung des jeweiligen Arbeitnehmerbegriffs des Umsetzungsgesetzes, soweit es das Unionsrecht erfordert.⁹⁴³

Fraglich ist, inwieweit die unionsrechtlich gebotene Einordnung der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne bestimmter Arbeitsgesetze im Rahmen der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG beachtet werden muss.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Frage ist bisher weder in der Rechtsprechung, noch im Schrifttum erfolgt.

(a) Aussage in der Entscheidung des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15

Ohne auf die genannte Problematik weiter einzugehen, hat das BAG in seiner Entscheidung vom 08.09.2015 zumindest allgemein die Aussage getroffen, dass der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde liege.⁹⁴⁴

941 Zu alldem ausführlich oben, siehe: Zweiter Teil, II.

942 Hierzu ausführlich oben, siehe: Dritter Teil, II. 3. a).

943 Allgemein zum Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung, siehe oben: Dritter Teil, III. 1. a).

944 BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 2. a).

(b) Entscheidung des OLG München vom 27.10.2014 - 7 W 2097/14

In einer Entscheidung des OLG München vom 27.10.2014⁹⁴⁵ wurde zwar angedeutet, dass sich diese Problematik im Rahmen der Prüfung der Rechtwegzuständigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG stellt. Ob aus der neueren Rechtsprechung des EuGH zu folgern sei, dass für den Begriff des „Arbeitnehmers“ schon ausreiche, dass der Beschäftigte Weisungen eines anderen Organs unterliege und für das Unternehmen Leistungen erbringe, für die er im Gegenzug ein Entgelt erhalte, konnte im vorliegenden Fall aber dahinstehen.⁹⁴⁶ Der Anstellungsvertrag des betroffenen Geschäftsführers war nämlich bereits nach den engeren Kriterien des nationalen Arbeitnehmerbegriffs als Arbeitsvertrag einzuordnen.⁹⁴⁷

(c) Stimmen aus der Literatur

Die Ausführungen in der Kommentarliteratur beschränken sich in der Regel auf die Aussage, dass im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG der allgemeine Arbeitnehmerbegriff maßgeblich sei.⁹⁴⁸ Zur näheren Bestimmung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs wird sogleich auf die durch das BAG und die Literatur entwickelten Kriterien des nationalen Arbeitnehmerbegriffs verwiesen.⁹⁴⁹

Daneben findet sich teilweise noch die pauschale Aussage, dass das Unionsrecht bzw. die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Da-

945 OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660.

946 OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660, unter III. 2. e).

947 Prüfung der Qualifizierung des Anstellungsvertrages als Arbeitsvertrag: OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660, unter II. 2. b).

948 *Helml* in Hauck/Helml/Biebl ArbGG, § 5 Rn. 2; *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 6; *Koch* in EK ArbR, § 5 ArbGG Rn. 1,2; *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 2; *Perschke* in Natter/Gross ArbGG, § 5 Rn. 3; *Roos* in Däubler ArbR, § 5 ArbGG Rn. 1; *Reinfelder* in RdA 2016, 87 (94): „der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff“.

949 *Helml* in Hauck/Helml/Biebl ArbGG, § 5 Rn. 4; *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 4; *Perschke* in Natter/Gross ArbGG, § 5 Rn. 3; *Roos* in Däubler ArbR, § 5 ArbGG Rn. 2.

nosa“ keine Auswirkungen auf den Arbeitnehmerbegriff des § 5 ArbGG und die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen habe.⁹⁵⁰

Lunk führt diesbezüglich weiter aus, der Regelung in § 5 Abs. 1 ArbGG liege der nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, weil das Arbeitsgerichtsgesetz nicht auf Unionsrecht basiere und kein Umsetzungsrecht sei.⁹⁵¹

Einzig die Ausführungen von *Stagat* deuten auf eine andere Ansicht hin. So äußert er sich dahingehend, dass zur Begründung der materiell-rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis – unter anderem – die Rechtsprechung des EuGH eine Vielfalt an Argumenten biete. Im Rahmen der Zuständigkeitsbegründung des Arbeitsgerichts könne „der Geschäftsführer die Auffassung vertreten, er sei wie *Dita Danosa* nach dem Rechtsverständnis des *EuGH* als Arbeitnehmer anzusehen und müsse deshalb auch nach mitgliedstaatlichem Recht als Arbeitnehmer eingestuft werden“.⁹⁵²

(d) Stellungnahme

(aa) Unionsrechtlich geboten?

Den Ausführungen in der Literatur ist insoweit zuzustimmen, dass das Unionsrecht es nicht gebietet, die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nach dem weiteren unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu öffnen. Aus unionsrechtlicher Sicht ist dem Arbeitnehmerbegriff in § 5 Abs. 1 ArbGG daher nicht notwendigerweise das unionsrechtliche Begriffsverständnis zugrunde zu legen.

Wie bereits ausgeführt⁹⁵³, ist das Arbeitsgerichtsgesetz kein Umsetzungsgesetz. Das Unionsrecht verlangt weder einen speziellen Rechtsweg für Arbeitssachen, noch die Anwendung bestimmter ver-

950 *Kliemt* in Schwab/Weth ArbGG, § 5 Rn. 21; *Koch* in EK ArbR, § 5 ArbGG Rn. 6; *Müller-Glöge* in G/M/P ArbGG, § 5 Rn. 45a.

951 *Lunk* in NJW 2015, 528.

952 *Stagat* in NZA 2015, 193 (198).

953 Siehe oben: Vierter Teil, II. 1.

fahrensrechtlicher Vorschriften. Aufgrund dessen ist auch die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht unionsrechtswidrig.⁹⁵⁴

(bb) Angesichts des Sinn und Zwecks der zuständigkeitsregelnden Normen geboten?

i. Umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen – Grundsätzliches Erfordernis einer weiten Auslegung der Zuständigkeitsnormen

Das Erfordernis einer entsprechenden Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes in § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG und damit in § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG könnte sich aber aus einem anderen Grund ergeben:

Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die zuständigkeitsregelnden Normen des Arbeitsgerichtsgesetzes, allen voran § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG, weit auszulegen sind. Dies begründet das BAG mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes, eine umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für alle individualrechtlichen bürgerlichen Streitigkeiten, die in einer Beziehung zu Arbeitsverhältnissen stehen, bzw. für alle individualrechtlichen Ansprüche aus dem Arbeitsleben, zu begründen.⁹⁵⁵

Dass dieser Sinn und Zweck auch dem Willen des Gesetzgebers entspreche, ergebe sich aus den wiederholten Erweiterungen des Zuständigkeitskatalogs. Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers zu einer einengenden Auslegung seien hingegen nicht ersichtlich.⁹⁵⁶

Das Erfordernis einer weiten Auslegung ist mittlerweile allgemein anerkannt.⁹⁵⁷

Die enumerative Aufzählung in §§ 2, 2a ArbGG steht der weiten Auslegung der einzelnen Tatbestände nicht entgegen. Die Aufzählung ist vielmehr in Abgrenzung zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit, welche nur durch eine Generalklausel (§ 13 GVG) bestimmt wird, erforderlich. Hieraus kann nicht abgeleitet werden, der

954 Hierzu bereits oben, siehe: Vierter Teil, II.

955 BAG 03.02.1965 - 4 AZR 385/63, BAGE 17, 59, unter II.; BAG 23.02.1979 - 1 AZR 172/78, BAGE 31, 318 unter I.; BAG 14.11.1979 - 4 AZR 3/78, BAGE 32, 187; BAG 23.08.2001 - 5 AZB 11/01, BAGE 99, 1, unter II. 1.; BAG 15.03.2011 - 10 AZB 49/10, BAGE 137, 215, unter II. 2. d).

956 BAG 14.11.1979 - 4 AZR 3/78, BAGE 32, 187.

957 Siehe nur: *Schlewig* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 6, 7; *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 8 m. w. N.

Gesetzgeber habe die Zuständigkeit auf eng auszulegende Einzelfälle begrenzen wollen.

Vielmehr belegen gerade die Aufzählung in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e und die Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG die Intention des Gesetzgebers, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auf möglichst alle Streitigkeiten, die eine Verbindung zum Arbeitsverhältnis aufweisen, zu erstrecken.⁹⁵⁸

ii. Zuständigkeit auch bei nur punktueller Einordnung als Arbeitnehmer?

Die Intention des Gesetzgebers, eine umfassende Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für individualrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu begründen, könnte die Einbeziehung der Streitigkeiten zwischen der GmbH und den Geschäftsführern, welche als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzuordnen sind, im Wege einer weiten Auslegung der Regelungen in §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG gebieten.

Problematisch ist jedoch, dass die Umsetzung des Unionsrechts nur punktuell zur Arbeitnehmereigenschaft bestimmter GmbH-Geschäftsführer führt. Um den Anforderungen der Richtlinie 2003/88/EG zu genügen, spricht beispielsweise viel dafür, die unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallenden GmbH-Geschäftsführer in richtlinienkonformer Auslegung als Arbeitnehmer im Sinne des Bundesurlaubsgesetzes anzusehen, während die gleichen Geschäftsführer beispielsweise regelmäßig keine Arbeitnehmer im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes sind.

Das deutsche Arbeitsrecht geht aber grundsätzlich von einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff aus. Die Arbeitnehmer- und – im Übrigen auch – die Arbeitgebereneigenschaft hängen von der rechtlichen Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen den betreffenden Parteien ab und umgekehrt.⁹⁵⁹ Wie bereits festgestellt, kann das Unionsrecht zwar die Anwendung bestimmter nationaler Arbeitsgesetze be-

958 Vgl. auch: *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 45.

959 Siehe oben: Zweiter Teil, I. 1.

gründen, hat aber auf die materiell-rechtliche Qualifizierung dieses Dauerschuldverhältnisses keinen Einfluss.⁹⁶⁰

Fraglich ist daher, ob die punktuelle Einordnung als Arbeitnehmer im Sinne bestimmter nationaler Arbeitsgesetze, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, zur Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG ausreicht.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Aufzählung in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG deutlich zeigt, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers nicht entscheidend auf die *Art* der streitgegenständlichen Ansprüche ankommen kann.

Unter Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG ist beispielsweise die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 823 BGB denkbar. Um Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG kann es sich auch bei der Geltendmachung von vertraglichen Zahlungsansprüchen handeln. In beiden Fällen sind die Anspruchsgrundlagen aber nicht in speziellen arbeitsrechtlichen Gesetzen zu finden. Die Rechtsstreitigkeit wird erst durch die rechtliche Qualifizierung der Parteien als Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu einer *Arbeitsache*.

Hierfür spricht beispielsweise auch der Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes. Mit der Regelung in § 2 Abs. 2 ArbSchG wird dieser unter anderem auf Beamtinnen und Beamte erstreckt. Dennoch ist gemäß § 126 Abs. 1 BBG für alle Klagen der Beamtinnen und Beamten aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Ein Verwaltungsgericht hat sich in den entsprechenden Fällen mit arbeitsrechtlichen Normen auseinandergesetzt.

Die Schlussfolgerung, die Arbeitsgerichte seien immer dann zuständig, wenn über die besonderen Arbeitsgesetze gestritten wird, wäre zwar hinsichtlich ihrer besonderen Fachkompetenz gerechtfertigt, lässt sich aber mit der Systematik des Gesetzes nicht vereinbaren.

Vielmehr kann es für die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG nicht entscheidend sein, ob Rechte und Pflichten aus den speziellen Arbeitsgesetzen streitgegenständlich sind. Maßgeblich ist einzig die rechtliche Qualifizierung der streiten-

960 Siehe oben: Dritter Teil, III.

den Parteien bzw. die Einordnung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses.

Weil die Verwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes bei der Auslegung nationaler Arbeitsgesetze letztlich aber nur über deren Anwendungsbereich bestimmt, kann die Einordnung als Arbeitnehmer nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen im Rahmen von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG keine Rolle spielen.

Der Sinn und Zweck der zuständigkeitsregelnden Normen, die Zuständigkeit für alle individualrechtlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu begründen, verlangt folglich keine Verwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs.

(cc) Zwischenergebnis

Die unionsrechtlich gebotene Anwendung nationaler Arbeitsgesetze auf GmbH-Geschäftsführer hat nicht deren Arbeitnehmereigenschaft gemäß §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG zur Folge.

b) Der GmbH-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnliche Person i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG

Als Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG gelten gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG auch sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.

aa) Ausgestaltung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person durch die Rechtsprechung

Eine Definition der arbeitnehmerähnlichen Person im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG fehlt. Der Begriff hat infolgedessen seine Ausgestaltung durch die Rechtsprechung erfahren.

Bei den Personen nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG handelt es sich um eine Sondergruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen. Insoweit ist

der Begriff in § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG grundsätzlich weiter zu verstehen.⁹⁶¹

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind arbeitnehmerähnliche Personen selbständig Beschäftigte, weil der Grad ihrer persönlichen Abhängigkeit den von Arbeitnehmern nicht erreicht. Die persönliche Abhängigkeit wird durch das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. wirtschaftlichen Unselbständigkeit ersetzt. Zudem sind arbeitnehmerähnliche Personen in ihrer gesamten sozialen Stellung einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzwürdig. Letzteres ist anhand einer Betrachtung der gesamten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu bewerten.⁹⁶²

Wirtschaftlich abhängig ist regelmäßig derjenige, der auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den einen Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist.⁹⁶³ Dabei steht eine Tätigkeit für Mehrere der wirtschaftlichen Abhängigkeit aber grundsätzlich nicht entgegen, solange das betreffende Beschäftigungsverhältnis für die Existenzsicherung ausschlaggebend ist und den Schwerpunkt der Tätigkeit darstellt.⁹⁶⁴ Eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die sich erst aus einer Gesamtschau der Situation ergibt, ist aber nicht ausreichend. Die Rechtsprechung verlangt zudem eine gewisse Dauer der Beschäftigung.⁹⁶⁵

Zur vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit wird in der Rechtsprechung ausgeführt, diese setze voraus, dass das „Maß der Abhängigkeit“ einen solchen Grad erreiche, wie er im Allgemeinen bei Ar-

961 Hierzu: BAG 17.10.1990 - 5 AZR 639/89, BAGE 66,113, unter II. 2. d).

962 Aus der Rechtsprechung des BAG: BAG 16.07.1997 - 5 AZB 29/96, BAGE 86, 178, unter II. 5. b); BAG 22.02.1999 - 5 AZB 56/98, juris, unter II.; BAG 17.01.2006 - 9 AZR 61/05, juris, unter I. 3. b); BAG 21.02.2007 - 5 AZB 52/06, BAGE 121, 304, unter II. 2. a); BAG 21.12.2010 - 10 AZB 14/10, NZA 2011, 305, unter II. 1.

Aus der Rechtsprechung des BGH: BGH 21.10.1998 - VIII ZB 54/97, NZA 1999, 110, unter II. 3. a); BGH 04.11.1998 - VIII ZB 12-98, NZA 1999, 53, unter II. 2. a); BGH 16.10.2002 - VIII ZB 27/02, BGHZ 152, 213, unter II. 2. b) bb).

963 BAG 26.09.2002 - 5 AZB 19/01, BAGE 103, 20, unter III. 1.; BAG 21.02.2007 - 5 AZB 52/06, BAGE 121, 304, unter II. 2. a); BAG 21.12.2010 - 10 AZB 14/10, NZA 2011, 305, unter II. 1.

964 BAG 17.06.1999 - 5 AZB 23/98, NZA 1999, 1175, unter II. 4. a); BAG 30.08.2000 - 5 AZB 12/00, NZA 2000, 1359, unter II. 2. b); BAG 21.12.2010 - 10 AZB 14/10, NZA 2011, 305, unter II. 1.

965 BAG 17.01.2006 - 9 AZR 61/05, juris, unter I. 3. b).

beitsverhältnissen vorkomme. Dabei sei auf die Verkehrsauffassung abzustellen. Außerdem müssten die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sein.⁹⁶⁶

In der Rechtsprechungspraxis wird hinsichtlich der sozialen Schutzbedürftigkeit vor allem auf die Höhe des Verdienstes abgestellt.⁹⁶⁷ Feste Verdienstgrenzen werden aber nicht genannt. Zum Verdienst sind auch etwaige Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen zu zählen.⁹⁶⁸

bb) Subsumtion der GmbH-Geschäftsführer

(1) Arbeitnehmerähnlichkeit ist grundsätzlich möglich

Nach der Rechtsprechung des BAG ist nicht per se ausgeschlossen, dass GmbH-Geschäftsführer im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG arbeitnehmerähnliche Personen der GmbH sein können.⁹⁶⁹

Aufgrund der bisher weiten Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG war diese Möglichkeit jedoch kaum relevant.⁹⁷⁰

Eine pauschale Einordnung verbietet sich. Vielmehr sind die von der Rechtsprechung entwickelten Merkmale in jedem Einzelfall zu prüfen.

966 Aus der Rechtsprechung des BAG: BAG 02.10.1990 - 4 AZR 106/90 m. w. N.; BAG 17.01.2006 - 9 AZR 61/05, juris, unter I. 3. b);

Aus der Rechtsprechung des BGH: BGH 21.10.1998 - VIII ZB 54/97, NZA 1999, 110, unter II. 3. c); BGH 27.01.2000 - III ZB 67/99, NZA 2000, 470, unter II. 3. b); BGH 16.10.2002 - VIII ZB 27/02, BGHZ 152, 213, unter II. 2. b) bb).

967 Ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Höhe der Vergütung beispielsweise bei: BAG 25.07.1996 - 5 AZB 5/96, NZA 1997, 62, unter II. 2.; BAG 11.04.1997 - 5 AZB 33/96, NZA 1998, 499, unter II. 2.; BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. d); BAG 30.08.2000 - 5 AZB 12/00, NZA 2000, 1359, unter II. 2. b); BAG 19.12.2000 - 5 AZB 16/00, NZA 2001, 285, unter II. 3. b) bb); OLG Hamm 27.03.1998 - 8 W 2/98, NZA-RR 1998, 372, unter II. 2. a).

968 Siehe nur: BAG 21.02.2007 - 5 AZB 52/06, BAGE 121, 304, unter II. 2. a).

969 Konkret bei einem Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH im Verhältnis zur KG für möglich gehalten: BAG 10.07.1980 - 3 AZR 68/79, NJW 1981, 302, unter 2.; bei einem Geschäftsführer einer Tochter-GmbH im Verhältnis zur Muttergesellschaft im Ergebnis verneint: BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. d).

970 Soweit ersichtlich bisher nur: LAG Köln 30.03.2015 - 5 Ta 91/15, juris, unter II. 3. im Ergebnis aber verneint.

(2) Einzelfallprüfung

(a) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Eine wirtschaftliche Abhängigkeit wird bei GmbH-Geschäftsführern – gleich ob und inwieweit sie an der GmbH beteiligt sind – wohl meist anzunehmen sein. Die Geschäftsführeraufgaben sind typischerweise derart umfangreich, dass anderweitige Erwerbstätigkeiten regelmäßig, bereits in zeitlicher Hinsicht ausgeschlossen sind. Wettbewerbsverbote kommen meist erschwerend hinzu.

Infolgedessen stellen die Vergütung durch die GmbH bzw. Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen oftmals die einzige oder zumindest die existenzsichernde Einnahmequelle der GmbH-Geschäftsführer dar.

(b) Vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit

Deutlich schwieriger ist die Frage nach der einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzwürdigen sozialen Stellung der GmbH-Geschäftsführer.

Die Rechtsprechung ist richtigerweise so zu verstehen, dass für die soziale Schutzbedürftigkeit das Maß der *wirtschaftlichen Abhängigkeit* dem Grad entsprechen muss, der *im Allgemeinen* nur bei Arbeitsverhältnissen vorliegt.⁹⁷¹

Dagegen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit für die Arbeitnehmereigenschaft unerheblich und die Höhe des Einkommens kann keinen Einfluss auf die *persönliche* Abhängigkeit haben.⁹⁷²

Wie bereits festgestellt, wurden hinsichtlich der Höhe der Vergütung bisher keine festen Grenzen durch die Rechtsprechung gesetzt. Beispielsweise wurde aufgrund eines monatlichen Gehalts von ca. 37.000 DM (entspricht: 18.917,79 Euro) die soziale Schutzbedürftigkeit ausgeschlossen.⁹⁷³ Ein jährliches Bruttogehalt von 90.000,00 DM (entspricht: 46.016,24 Euro) und ein Dienstwagen der Mittelklasse wurden hingegen als ausreichend erachtet.⁹⁷⁴

971 Willemsen/Müntefering in NZA 2008, 193 (194).

972 Hierzu oben siehe: Zweiter Teil, I. 1.

973 BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. d).

974 BAG 25.07.1996 - 5 AZB 5/96, NZA 1997, 62, unter II. 2.

Bei GmbH-Geschäftsführern ist bereits problematisch, dass es an direkt vergleichbaren Arbeitnehmern fehlt, denn Geschäftsführer sind im Normalfall ja gerade nicht persönlich abhängig.

Das BAG hatte in einer Entscheidung eine Vergleichbarkeit der sozialen Stellung verneint, weil die Bezüge hinsichtlich der Höhe typischerweise solchen von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern entsprachen, die betroffene Person wesentliche Arbeitgeberfunktionen ausübte und, nach der Verkehrsanschauung, als Mitglied des höchsten Leitungsgremiums nicht als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlich anzusehen war.⁹⁷⁵

Hinsichtlich der maßgeblichen Höhe der Vergütung muss meines Erachtens entscheidend sein, ob eine eigenständige wirtschaftliche Lebenssicherung und Daseinsvorsorge möglich ist. Eine Orientierung an der Jahresarbeitsentgeltgrenze für die Befreiung von der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 6 Abs. 6 SGB V⁹⁷⁶ ist hierfür denkbar, weil der Gesetzgeber bei einem Einkommen in dieser Höhe von der Fähigkeit zur Eigenvorsorge ausgegangen ist.⁹⁷⁷

Studien zufolge liegen die Jahresdurchschnittsgehälter von GmbH-Geschäftsführern branchenübergreifend bei weit über 100.000 Euro.⁹⁷⁸

Gehälter in dieser Höhe sprechen gegen die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person. Denn, unabhängig davon, auf welche Gehaltsgrenze nun explizit abgestellt werden muss, ist bei Gehältern in dieser Höhe eine eigenständige Daseinsvorsorge ohne weiteres möglich.

Um dennoch von einer einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzwürdigen sozialen Stellung auszugehen, müssten bestimmte Anhaltspunkte vorliegen.⁹⁷⁹

Erschwerend kommt jedoch hinzu, dass, nach der Verkehrsauffassung, die Tätigkeiten der GmbH-Geschäftsführer ihrer sozialen Typik nach, aufgrund der Ausübung der Arbeitgeberfunktionen gegenüber

975 BAG 22.02.1999 - 5 AZB 56/98, juris, unter II.

976 Gemäß § 4 Abs. 1 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2016 für das Jahr 2016: 56.250 Euro.

977 Vgl. *Willemsen/Müntefering* in NZA 2008, 193 (199).

978 Siehe hierzu die Zusammenfassung einer Studie der BBE media, abzurufen unter: <http://www.gmbhchef.de/gehaltsvergleich-geschaeftsfuehrer-verguetung/> (zuletzt abgerufen am 02.08.2016)

979 BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. d).

den Mitarbeitern der GmbH, gerade nicht als typische Arbeitnehmer-tätigkeiten gelten.

Letztlich ist die Arbeitnehmerähnlichkeit von GmbH-Geschäftsführern, jedenfalls bei Gehältern in der Höhe typischer Geschäftsführervergütung, im Regelfall ausgeschlossen. Eine abweichende Beurteilung im Einzelfall ist ausnahmsweise denkbar.

Diese Einschätzung steht im Übrigen nicht im Widerspruch zu der nach Ansicht des BAG grundsätzlich möglichen Einordnung von GmbH-Geschäftsführern als Arbeitnehmer und der in der Rechtsprechung des BGH anerkannten analogen Anwendung von Arbeitsgesetzen. Wirtschaftliche Abhängigkeiten und speziell die Höhe der Vergütung spielen hierfür überhaupt keine Rolle, denn die soziale Schutzbedürftigkeit ergibt sich nur aus der persönlichen Abhängigkeit. Die soziale Schutzbedürftigkeit soll sich bei arbeitnehmerähnlichen Personen hingegen ausschließlich aus dem Maß der wirtschaftlichen Abhängigkeit ergeben.

3. Subsumtion der Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer unter § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG

Zur Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen müsste es sich bei der gegenständlichen Rechtsstreitigkeit zwischen GmbH und Geschäftsführer um eine solche nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG handeln.

a) Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweg – Allgemeines

aa) Einordnung des prozessualen Anspruchs

Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs ist die Einordnung des jeweiligen Streitgegenstandes entscheidend.⁹⁸⁰ Den Streitgegenstand bestimmt die klagende Partei durch ihr Klageverlangen.

⁹⁸⁰ Statt aller: BGH 27.10.2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, unter II. 2. a) aa); BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 1.; *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 131; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 232.

Nach dem herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff ergibt sich dieser aus dem Antrag und dem zugrunde liegenden Sachverhalt bzw. Tatsachenvortrag.⁹⁸¹ Der Streitgegenstand wird auch als „prozessualer Anspruch“ bezeichnet. Er ist keinesfalls mit dem *materiellen Anspruch* gleichzusetzen.⁹⁸² Vielmehr können einem prozessualen Anspruch mehrere konkurrierende materielle Anspruchsgrundlagen zugrunde liegen.⁹⁸³

Für die Zulässigkeit des Rechtswegs genügt, dass das angerufene Gericht für einen dieser materiellen Anspruchsgrundlagen, auf die das Klagebegehren gestützt wird, zuständig ist.⁹⁸⁴ Denn aus § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ergibt sich, dass „das angerufene Gericht den Rechtsstreit grundsätzlich umfassend entscheidet, sofern der zu ihm beschrittene Rechtsweg für einen Klagegrund zulässig ist.“⁹⁸⁵ Anspruchsgrundlagen, die nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt offensichtlich nicht in Betracht kommen, sollen dabei aber nicht berücksichtigt werden.⁹⁸⁶

Dadurch wird sogar dann eine einheitliche Sachentscheidung über einen prozessualen Anspruch ermöglicht, wenn dieser auf mehreren materiellen Ansprüchen beruht, die normalerweise unterschiedlichen Rechtswegen zugeordnet werden würden.

bb) Möglichkeit der Eingrenzung des Streitgegenstandes auf bestimmte materielle Ansprüche?

Eine Beschränkung des Prüfungsumfangs des Gerichts auf bestimmte materielle Ansprüche durch eine entsprechende Eingrenzung des pro-

981 Statt vieler: BAG 28.10.1993 - 2 AZB 12/93, NZA 1994, 234, unter III. 2. a) aa); BAG 19.01.2010 - 1 ABR 55/08, BAGE 133, 75, unter B. I. 3. a); *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 185, 188; *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 131; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 232; Überblick zu den anderen Theorien bei: *Prütting* in G/M/P ArbGG, Einl Rn. 186 ff.

982 Statt vieler: *Vollkommer* in Zöller ZPO, Einl Rn. 63.

983 Statt vieler: *Vollkommer* in Zöller ZPO, Einl Rn. 69.

984 Siehe nur: BAG 18.08.1997 - 9 AZB 15/97, NZA 1997, 1362, unter 2. a); *Koch* in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 3; *Wittschier* in Musielak/Voit ZPO, § 17 GVG Rn. 7.

985 So ausdrücklich die Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 11/7030 (27.04.1990), S. 37.

986 BGH 05.07.1990 - III ZR 166/89, NVwZ 1990, 1103, unter III. 1.; BAG 21.05.1999 - 5 AZB 31/98, NZA 1999, 837, unter B. II. 2. a).

zessualen Anspruchs im Klagebegehren ist mit der heute herrschenden Meinung nicht möglich.⁹⁸⁷

Das Gericht ist gemäß § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO (ggf. i.V.m. § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG) an den Antrag des Klägers, aber nicht an die Nennung bestimmter materieller Anspruchsgrundlagen gebunden.⁹⁸⁸ Entsprechende Ausführungen des Klägers sind daher schlicht unbeachtlich.⁹⁸⁹

Eine Eingrenzung des Klagebegehrens auf die Anwendung bestimmter materieller Ansprüche ist bereits mit dem Grundsatz, dass die rechtliche Würdigung des Parteivorbringens Aufgabe des Gerichts ist, nicht zu vereinbaren.⁹⁹⁰ Im Hinblick auf die noch nicht geltend gemachten materiellen Ansprüche würde zudem eine gewisse Rechtsunsicherheit entstehen, die der Rechtsfriedensfunktion des gerichtlichen Verfahrens entgegensteht.⁹⁹¹

cc) Faktisches Wahlrecht hinsichtlich des Rechtswegs?

Weil das zuerst angerufene Gericht über den Rechtsstreit entsprechend umfassend entscheidet, hat der Kläger in den Fällen, in denen die einzelnen materiellen Ansprüche eigentlich unterschiedlichen Rechtswegen zugeordnet werden müssten, hinsichtlich des Rechtswegs *faktisch* ein Wahlrecht.⁹⁹²

987 BAG 13.02.1975 - 3 AZR 211/74, juris, unter II. 1.; BAG 18.10.1990 - 2 AZR 172/90, NZA 1991, 305, unter II. 2. a); BAG 20.10.1995 - 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200, unter III. 3.; BGH 13.12.1968 - V ZR 80/67, MDR 1969, 468, unter 2.; OLG Brandenburg 14.10.2009 - 4 U 11/09. NJW-RR 2010, 635, unter II. 1. a) aa); *Becker-Eberhard* in MüKo ZPO, § 253 Rn. 72; *Gottwald* in Rosenberg/Schwab ZPR, § 77 Rn. 9 ff.; *Greger* in Zöller ZPO, § 253 Rn. 12; *Musielak* in MüKo ZPO, § 308 Rn. 15; *Reichold* in Thomas/Putzo ZPO, § 308 Rn. 4; *Roth* in Stein/Jonas ZPO, Vor § 253 Rn. 66; *Vollkommer* in Zöller ZPO, Einl Rn. 84; *von Ungern-Sternberg* in GRUR 2009, 901 (905); a.A. *Assmann* in Wiczeorek/Schütze ZPO, § 253 Rn. 69 f. m. w. N.

988 BAG 18.10.1990 - 2 AZR 172/90, NZA 1991, 305, unter II. 2. a).

989 *Becker-Eberhard* in MüKo ZPO, § 253 Rn. 73; *Vollkommer* in Zöller ZPO, Einl Rn. 84.

990 Vgl. *Becker-Eberhard* in MüKo ZPO, § 253 Rn. 73.

991 Vgl. *Roth* in Stein/Jonas ZPO, Vor § 253 Rn. 66; v. *Ungern-Sternberg* in GRUR 2009, 901 (905).

992 Vgl. *Ziemann/Ulrich* in Moll MüAnwHdb ArbR, § 77 Rn. 176.

Die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen wird in diesen Fällen von dem Grundsatz der umfassenden Sachentscheidungskompetenz aus § 17 Abs. 2 S. 1 GVG überlagert. Denn eine Ausnahme ist gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 GVG ausdrücklich nur für die verfassungsrechtlich angeordnete Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorgesehen.

Bei mehreren Streitgegenständen ist die Rechtswegzulässigkeit hingegen jeweils gesondert zu prüfen. Bei unterschiedlicher Rechtswegzuständigkeit hat das angerufene Gericht Prozesstrennung anzuordnen und teilweise zu verweisen.⁹⁹³

b) Subsumtion der Streitgegenstände bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

aa) Besonderheit: Trennung zwischen Anstellungsverhältnis und Organstellung

Im Unterschied zu den rechtlichen Verhältnissen bei „gewöhnlichen“ Arbeitnehmern, liegen der Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH regelmäßig zwei getrennte Rechtsverhältnisse zugrunde. Neben dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag besteht die Organstellung des Geschäftsführers. Beide Rechtsverhältnisse begründen Rechte und Pflichten, die Anlass für diverse Rechtsstreitigkeiten bieten. Dabei können sich beide Rechtsverhältnisse inhaltlich ergänzen und überschneiden.⁹⁹⁴

Diese „Besonderheit“ verkompliziert die Einordnung der betreffenden Streitgegenstände unter die Fallgruppen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG.

Zu klären ist, für welche Streitgegenstände die Gerichte für Arbeitssachen angesichts dieser Trennung überhaupt zuständig sein können.

Dabei wird stets unterstellt, der zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehende, der Organstellung zugrunde liegende An-

993 Allgemeine Ansicht, statt aller: BGH 28.02.1991 - III ZR 53/90, BGHZ 114, 1, unter II. 1. a); BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 1.; Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 48 Rn. 51.

994 Zu den Einzelheiten siehe oben: Erster Teil, III. 1.

stellungsverhältnis sei ein Arbeitsverhältnis und GmbH und Geschäftsführer infolgedessen als Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG anzusehen.⁹⁹⁵

(1) Zuständigkeit für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis / über das Anstellungsverhältnis

(a) § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG

Unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG ist zunächst die gerichtliche Auseinandersetzung über alle direkt aus dem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis folgende Ansprüche zu verstehen.

Dabei ist nicht erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis gegenwärtig noch besteht. Ebenso wenig soll entscheidend sein, ob der geltend gemachte Anspruch aus einem wirksam begründeten oder nichtigen Arbeitsverhältnis resultiert.⁹⁹⁶

Darüber hinaus werden – vor dem Hintergrund einer grundsätzlich weiten Auslegung⁹⁹⁷ – auch Streitigkeiten über solche Rechte und Pflichten erfasst, die nicht unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis, sondern aus solchen Normen und Gesetzen folgen, die das Arbeitsverhältnis regeln.⁹⁹⁸

Klagebegehren der GmbH oder des Geschäftsführers, die sich auf Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis beziehen, sind somit solche aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG.

Hierunter sind sämtliche Vergütungsverlangen des Geschäftsführers für die der GmbH erbrachten Tätigkeiten, wie beispielsweise auf Zahlung von Gehalt, Tantieme, Boni, Provisionen oder Gratifikationen, zu zählen. Das gleiche gilt für das Verlangen von Sachleistungen,

995 Sowie natürlich unterstellt wird, dass die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG keine Anwendung findet.

996 *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 53; *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner, § 2 Rn. 46; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 91.

997 Hierzu oben siehe: I. 2. a) bb) (2) (d) (bb) i.

998 Statt aller: *Rieker* in Natter/Gross ArbGG, § 2 Rn. 25; *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 56; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 100 ff.

wie beispielsweise die Nutzung eines Dienstwagens.⁹⁹⁹ Üblicherweise werden diese Ansprüche anstellungsvertraglich vereinbart. Fehlt es daran, kommt ein Anspruch aus § 612 BGB in Frage, der sich auch auf die schuldrechtliche Beziehung zwischen den Parteien bezieht und daher eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis begründet. Ein Anspruch auf Zahlung einer Gratifikation kann sich aus betrieblicher Übung ergeben. Die Organstellung vermittelt solche Ansprüche nicht.¹⁰⁰⁰

Nach dem eben Gesagten, hat das Gleiche zu gelten, wenn sich das Klagebegehren auf Ansprüche bezieht, die sich zwar nicht unmittelbar aus dem Anstellungsverhältnis zur GmbH ergeben, das schuldrechtliche Rechtsverhältnis aber eine Tatbestandsvoraussetzung für den gesetzlichen Anspruch ist.

In Betracht kommen beispielsweise das Vergütungsverlangen bei Annahmeverzug (§ 615 BGB), das Verlangen einer Urlaubsabgeltung (§ 7 Abs. 4 BUrlG) oder eines Zeugnisses (§ 630 BGB), wobei letzteres als eine Rechtsstreitigkeit über Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG, angesehen werden muss.¹⁰⁰¹

Um eine Streitigkeit *aus dem Arbeitsverhältnis* handelt es sich auch, wenn der Geschäftsführer Entgeltfortzahlung geltend macht. Diesbezügliche Ansprüche können sich aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz ergeben. Denkbar ist mitunter auch ein Anspruch aus § 616 BGB. Beide Anspruchsgrundlagen knüpfen an das schuldrechtliche Rechtsverhältnis an.

Verlangt der Geschäftsführer Ersatz für seine Aufwendungen im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH – beispielsweise für Reise- und Übernachtungskosten – handelt es sich ebenfalls um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis. Ein Anspruch könnte sich – bei entsprechender Vereinbarung – direkt aus dem Anstellungsvertrag, im Übrigen aus § 670 BGB in Verbindung mit dem Anstellungsvertrag, ergeben.

999 Solche Verlangen werden aber regelmäßig nicht nach der Beendigung der Organstellung gestellt werden.

1000 *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 Rn. 30f.; *Stephan/Tieves* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 87; *Tebben* in Michalski GmbHG, § 6 Rn. 156;

1001 *Schlewig* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 72.

(b) § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG

Nach allgemeiner Ansicht sind unter Streitigkeiten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG, solche über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien bzw. die Wirksamkeit seiner Beendigung, über die rechtliche Qualifizierung als Arbeitsverhältnis, über die Feststellung eines bestimmten Inhalts und über Weiterbeschäftigungsverlangen zu zählen. Dabei umfassen Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Beendigung nicht nur die Beendigung durch Kündigung, sondern auch die Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen, auflösenden Bedingungen, Befristungen und Anfechtung.¹⁰⁰²

Die entsprechenden Streitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH über das Anstellungsverhältnis lassen sich ohne weiteres hierunter subsumieren.

Nicht erfasst sind Klagen, mit denen sich der Geschäftsführer gegen den Verlust seines Amtes wehren will.¹⁰⁰³

(2) Keine Zuständigkeit für Streitigkeiten aus der Organstellung / über die Organstellung?

Daneben sind einige Klagebegehren denkbar, die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Stellung des Geschäftsführers als Organ der GmbH betreffen. Die Subsumtion solcher Streitgegenstände unter die Fallgruppen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG ist zweifelhaft.

(a) Aussagen in der Rechtsprechung

(aa) Entscheidung des BAG vom 06.05.1999 - 5 AZB 22/98

In einer Entscheidung vom 06.05.1999 hat das BAG die – nicht entscheidungserhebliche – allgemeine Aussage getroffen, dass die Arbeitsgerichte für „Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Organstellung“ nicht zuständig seien. Als Beispiel nennt das BAG die Klage eines Mitglieds des Vertretungsorgans gegen seine Abberufung.

1002 Statt aller: *Schlewig* in G/M/P, § 2 Rn. 66 ff.; *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 54 ff.

1003 Hierzu sogleich.

Zur Begründung wird angeführt, die Unzuständigkeit folge bereits daraus, dass es sich weder um eine Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis, noch über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, b ArbGG handele. Es sei „ausschließlich der gesellschaftsrechtliche Teil der Rechtsbeziehung“ betroffen.¹⁰⁰⁴

(bb) Entscheidung des OLG München vom 13.07.1955 - 7 U 950/55

Das OLG München hatte sich vor Jahrzehnten mit einer ähnlichen Fragestellung zu befassen, die noch heute von der Kommentarliteratur im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG zitiert wird.¹⁰⁰⁵

Parteien des zugrunde liegenden Rechtsstreits waren eine Aktiengesellschaft und zwei Mitglieder ihres Aufsichtsrats, welche diesem als Arbeitnehmervertreter angehörten. Die klagende AG verlangte Ersatz für einen Schaden, der ihr durch einen Streik entstanden war. Den Antrag begründete die Klägerin mit einer durch die Beteiligung der Beklagten an der Leitung des Streiks erfolgten Verletzung ihrer Pflichten als Mitglieder des Aufsichtsrats.

Auf die Rüge der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, entschied das OLG München, dass für Streitigkeiten der vorliegenden Art die ordentlichen Gerichte zuständig seien.

Zur Begründung führte es unter anderem aus, es handele sich weder um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus einer mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden unerlaubten Handlung, noch um eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis. Die Klägerin mache Ansprüche geltend, die sich aus der Zugehörigkeit der Beklagten zum Aufsichtsrat ergeben und daher keine aus einem Arbeitsvertrag. Für solche Ansprüche seien nicht die Arbeitsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig.

Der Argumentation des OLG München liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Mitgliedschaft zum Aufsichtsrat ein selbständiges

1004 Zu allem: BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. a).

1005 *Schlewig* in *G/M/P ArbGG*, § 2 Rn. 64; *Walker* in *Schwab/Weth ArbGG*, § 2 Rn. 100.

Rechtsverhältnis begründet und die Rechte und Pflichten, die sich hieraus ergeben, keine des Arbeitsvertrages sind. Eine mögliche Beeinflussung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis durch die Stellung als Aufsichtsratsmitglied ändere nichts an der Unterscheidung zwischen den Rechtsverhältnissen. Ebenso unerheblich sei die Teilnahme am Streik als Arbeitnehmer der Gesellschaft.

Der allein entscheidende Klagegrund sei vorliegend nur das Rechtsverhältnis, das sich auf die Mitgliedschaft zum Aufsichtsrat bezieht.

Das OLG München störte sich auch nicht daran, dass gegen den Schadensersatzanspruch grundsätzlich auch Einwendungen aus dem Arbeitsverhältnis denkbar sind.¹⁰⁰⁶

(b) Stellungnahme

(aa) Zustimmung im Grundsatz

Die Tendenz der Rechtsprechung ist insoweit grundsätzlich richtig, dass Streitigkeiten aus und über die Organstellung keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG sind. Dies gilt auch, wenn zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, welches die Tätigkeit als Organ näher ausgestaltet.

Hieran ändert auch der Zweck der Regelung, eine umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für individualrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu begründen¹⁰⁰⁷, nichts. Denn es handelt sich vorliegend gerade nicht um eine Streitigkeit der Parteien in ihren Rollen als Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Nach der Trennungstheorie ist die Organstellung in Wirksamkeit und Bestand vollkommen unabhängig von einem etwaigen Anstellungsverhältnis.¹⁰⁰⁸ Bestandsstreitigkeiten über die Organstellung sind daher keine *über das Arbeitsverhältnis*.

1006 Zu allem: OLG München 13.07.1955 - 7 U 950/55, NJW 1955, 1678 (1678 f.)

1007 Zum Sinn und Zweck siehe oben: I. 2. a) bb) (2) (d) (bb) i.

1008 Zur Trennungstheorie siehe oben: Erster Teil, III. 1. b) aa).

Das Arbeitsverhältnis ist jeweils keine Voraussetzung für die Rechte und Pflichten aus der Organstellung, die sich aus dem Gesetz und der Satzung ergeben können. Die entsprechenden Normen regeln gerade nicht das Verhältnis der Parteien als Arbeitnehmer und Arbeitgeber, denn sie sind nicht an diese Eigenschaften geknüpft.

(bb) Erfordernis einer differenzierten Betrachtung

Dennoch ist die Aussage des BAG zu „pauschal“¹⁰⁰⁹ Die inhaltlichen Überschneidungen der Rechte und Pflichten aus den beiden Rechtsverhältnissen bleiben nämlich unberücksichtigt.

Über den zulässigen Rechtsweg entscheidet jedoch stets der Streitgegenstand, also der geltend gemachte prozessuale Anspruch, und nicht einzelne materielle Normen, auf die sich der Kläger beruft.¹⁰¹⁰

(cc) Zusammenhangszuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG?

Zudem bleibt die Möglichkeit einer Zusammenhangszuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG¹⁰¹¹ in den kurzen Ausführungen des BAG vollkommen außer Betracht.¹⁰¹²

Hiernach sind die Gerichte für Arbeitsachen gleichermaßen für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über Ansprüche, die mit dem Arbeitsverhältnis in rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, ausschließlich zuständig.

Unterstellt der Geschäftsführer sei materiell-rechtlich als Arbeitnehmer der GmbH einzuordnen, stellt sich die Frage, ob Streitigkeiten aus oder über seine Organstellung bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über Ansprüche, die gemäß

1009 Das ist möglicherweise dem Umstand geschuldet, dass diese nicht entscheidungserheblich war.

1010 Hierzu oben siehe: I. 3. a) aa).

1011 Eingeführt durch das Gesetz zur Beschleunigung und Bereinigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vom 21.05.1979, BGBl. I 1979 S. 545.

1012 Zum Zeitpunkt der Entscheidung des OLG München existierte noch keine entsprechende Vorschrift.

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG mit dem Arbeitsverhältnis in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, sein können.

Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bei Einführung der Norm jedenfalls keine Streitigkeiten aus oder über die Organstellung im Blick hatte. In den Drucksachen des Bundestages werden beispielhaft nur Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung genannt.¹⁰¹³ Zudem wurde die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG jahrzehntelang weit ausgelegt, weswegen der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten in den betreffenden Fällen von vorneherein verschlossen war. Für den damaligen Gesetzgeber stellte sich diese Problematik demnach gar nicht.

i. Rechtlicher Zusammenhang

Für einen rechtlichen Zusammenhang müssen die infrage stehenden Ansprüche – nach allgemeiner Ansicht – auf dem Arbeitsverhältnis beruhen oder durch dieses bedingt sein.¹⁰¹⁴

Als Konsequenz der Trennungstheorie ist das bei Ansprüchen aus der Organstellung gerade nicht der Fall. Grundsätzlich sind die Ansprüche nur vom Bestehen der Organstellung abhängig.

Aus dem gleichen Grund muss dies bei Rechtsstreitigkeiten über den Bestand der Organstellung gelten, wobei es sich dabei obendrein nicht um eine Rechtsstreitigkeit über *Ansprüche* handelt.

ii. Wirtschaftlicher Zusammenhang

Ein unmittelbar wirtschaftlicher Zusammenhang soll gegeben sein, „wenn der Anspruch auf demselben wirtschaftlichen Verhältnis beruht oder wirtschaftliche Folge desselben Tatbestands ist.“¹⁰¹⁵

Das BAG bejaht das Vorliegen dieser Voraussetzungen beispielsweise, „wenn eine nicht aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Leis-

1013 BT-Drucks. 8/1567 (01.03.1978), S. 26.

1014 Statt aller: *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 85; *Schütz* in GK ArbGG, § 2 Rn. 150; *Waas* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 68.

1015 Statt vieler: *Schütz* in GK ArbGG, § 2 Rn. 150a.

tung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis erbracht wird oder beansprucht werden kann.¹⁰¹⁶

Daraus wird gefolgert, dass nur von einem wirtschaftlichen Zusammenhang ausgegangen werden kann, wenn das bestimmte Rechtsverhältnis, aus dem die Streitigkeit hervorgeht, von den Parteien ohne das Bestehen des Arbeitsverhältnisses nicht eingegangen worden wäre.¹⁰¹⁷

So wurde der erforderliche wirtschaftliche Zusammenhang beispielsweise bei Ansprüchen aus einem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen Darlehensvertrags, indem vergünstigte Konditionen gewährt worden waren, angenommen.¹⁰¹⁸ Ein wirtschaftlicher Zusammenhang wurde auch bei Ansprüchen aus einem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen Kaufvertrags bejaht, weil dem Arbeitnehmer Konditionen eingeräumt worden waren, die ein außenstehender Dritter nicht bekommen hätte.¹⁰¹⁹

Den Rechtsverhältnissen ist folglich gemein, dass deren Abschluss jeweils eine Art Nebenleistung des Arbeitsverhältnisses darstellt.

Den Gesetzesmaterialien kann nicht eindeutig entnommen werden, welche Sachverhalte der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG im Blick hatte.

Angesichts der beispielhaften Nennung der Ansprüche aus betrieblicher Altersvorsorge sind die Schlussfolgerung der Rechtsprechung und Literatur aber richtig. Denn Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge werden immer ausschließlich aus Anlass eines zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses zugesagt. Die entsprechenden Rechtsstreitigkeiten werden deshalb nie mit außenstehenden Dritten geführt.

Infolgedessen ist ein wirtschaftlicher Zusammenhang, im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG, zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis abzulehnen.

1016 BAG 24.09.2004 - 5 AZB 46/04, NZA-RR 2005, 49, unter II. 1.

1017 *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 150a; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 150.

1018 Siehe nur: LAG München 02.01.2007 - 4 Ta 361/06, juris, unter 1. b) m. w. N.

1019 Siehe nur: OLG Karlsruhe 28.01.1992 - 18 a U 149/91, NJW-RR 1992, 562, unter I.

Die Begründung der Organstellung des Geschäftsführers erfolgt eindeutig nicht aus Anlass des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zur GmbH. Dies hat vielmehr gesellschaftsrechtliche Gründe und ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass die GmbH als juristische Person zur Handlungsfähigkeit eines Organs bedarf.

Es ist vielmehr umgekehrt: Der Anstellungsvertrag wird aus Anlass der Organstellung geschlossen. Denn darin werden schuldrechtlich die die Geschäftsführungstätigkeit begleitenden Rechte und Pflichten des Organs näher ausgestaltet. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Ansprüchen aus dem Anstellungsvertrag mit dem Rechtsverhältnis der Organstellung wird aber im Rahmen von § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG gerade nicht verlangt und ist auch nicht ausreichend.

Dem steht auch das grundsätzliche Erfordernis einer weiten Auslegung der Zuständigkeitsnormen¹⁰²⁰ nicht entgegen. Denn der Sinn und Zweck der Normen, möglichst die Zuständigkeit für sämtliche individualrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu erfassen, wird nicht berührt. Während in den beispielhaft genannten Rechtsstreitigkeiten die Parteien in ihren Rollen als Arbeitgeber und Arbeitnehmer betroffen sind, weil der Arbeitnehmer als Vertragspartner nicht wie ein außenstehender Dritter anzusehen ist, ist dies bei Rechtsstreitigkeiten über Rechte und Pflichten aus der Organstellung gerade nicht der Fall. Die Parteien streiten in ihren Rollen als Gesellschaft und organschaftlichem Vertreter.

Daher stehen Ansprüche, die aus der Organstellung folgen, auch nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.

Ebenso wenig stehen Rechtsstreitigkeiten über den *Bestand* der Organstellung in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis.

bb) Subsumtion einzelner Streitgegenstände

Vor dem Hintergrund der genannten „Besonderheiten“ bei Streitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer wird im Folgenden die Zu-

1020 Zum Erfordernis weiter Auslegung siehe oben: I. 2. a) bb) (2) (d) (bb) i.

ständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen hinsichtlich einzelner Streitgegenstände diskutiert.

(1) Schadensersatz wegen Verletzung von Organpflichten

Die GmbH begehrt von ihrem Geschäftsführer Schadensersatz. Es wird begründet, er habe im Zuge seiner Tätigkeit als Geschäftsführer eine seiner zahlreichen im GmbHG oder der Satzung normierten Geschäftsführerpflichten verletzt, wodurch der GmbH ein Schaden entstanden sei.

(a) Denkbare Ansprüche

(aa) Organschaftliche Ansprüche aus dem GmbHG

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG, der die organschaftliche Innenhaftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft generalklauselartig regelt und eine eigene Anspruchsgrundlage enthält.¹⁰²¹ Im Verhältnis zwischen GmbH und Geschäftsführer existieren jedoch noch weitere Sondervorschriften, die Grundlage verschiedener Schadensersatzansprüche sein können und die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG als speziellere Normen verdrängen oder in Anspruchskonkurrenz treten.¹⁰²²

(bb) Konkurrierende vertragliche Ansprüche

Die Tätigkeit als Geschäftsführer ist regelmäßig aber auch Inhalt des Anstellungsvertrages. Sind GmbH und Geschäftsführer – wie vorliegend unterstellt – Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so ist die nach dem Arbeitsvertrag hauptsächlich geschuldete Arbeitsleistung, die Tätigkeit als Geschäftsführer. Erfüllt der Geschäftsführer seine Arbeitsleistung schlecht, weil er gesetzliche oder satzungsgemäße Pflichten missachtet,

1021 *Fleischer* in MüKo GmbHG, § 43 Rn. 1.

1022 *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG, § 43 Rn. 1.

kann dies einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB (in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag) begründen.¹⁰²³

Das Verhältnis zwischen den organschaftlichen und den vertraglichen Haftungsansprüchen ist umstritten.

i. Herrschende Meinung

Der BGH vertritt, seit einer Entscheidung aus den Achtzigern, die Ansicht, dass neben der gesetzlichen Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG eine vertragliche nicht in Betracht komme. Anspruchskonkurrenz bestehe daher nicht. Ein Teil des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Als Begründung wird angeführt, die gesetzliche Anspruchsgrundlage in § 43 Abs. 2 GmbHG nehme als Spezialregelung die vertragliche in sich auf, weil sich die Anwendungsbereiche der Ansprüche nur insoweit unterscheiden, als die gesetzliche Haftung auch bei Nichtbestehen eines Anstellungsvertrages greife.¹⁰²⁴

Der vertraglichen Haftung solle jedoch eine Bedeutung für die Fälle verbleiben, in denen der Anstellungsvertrag zwischen dem Geschäftsführer und einem Dritten geschlossen wurde, sowie, wenn solche Pflichten verletzt werden, die sich nur aus dem Anstellungsvertrag ergeben und keine Organpflichten sind.¹⁰²⁵

Der 5. Senat des BAG hat sich in einer älteren Entscheidung der Ansicht des BGH – ohne weitere Auseinandersetzung mit der Problematik – angeschlossen.¹⁰²⁶

1023 *Preis* in EK ArbR, § 619a BGB, Rn. 8.

1024 Grundlegend wohl: BGH 12.06.1989 - II ZR 334/87, DB 1989, 1762, unter II. 1; BGH 09.12.1996 - II ZR 240/95, DB 1997, 321, unter I. 1.; BGH 26.11.2007 - II ZR 161/06, NZG 2008, 104, unter I.; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 43 Rn. 2; *Fleischer* in MüKo GmbHG, § 43 Rn. 8; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 43 Rn. 6; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 43 GmbHG Rn. 3; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 43 Rn. 6; *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn. 4.

1025 *Fleischer* in MüKo GmbHG, § 43 Rn. 8; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 43 GmbHG Rn. 3; *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn. 4.

1026 BAG 20.10.1995 - 5 AZB 5/95 NZA 1996, 200 unter III. 2.: „§ 43 GmbHG enthält zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Spezialregelung im Verhältnis zu dem Haftungsanspruch aus dem Geschäftsführervertrag“.

ii. Gegenansicht

Nach der Gegenansicht¹⁰²⁷, die von einem Teil des gesellschaftsrechtlichen Schrifttums vertreten wird, bestehe zwischen gesetzlichem und vertraglichem Anspruch Anspruchskonkurrenz.¹⁰²⁸

Fleck führt hierzu aus, dass die Ansicht des BGH mit der Trennung und rechtlichen Eigenständigkeit von Organverhältnis und Anstellungsvertrag nicht zu vereinbaren sei. Eine Verdrängung der vertraglichen Haftung durch die gesetzliche sei – nicht nur in den Fällen der Drittanstellung – ausgeschlossen, weil die Anspruchs- bzw. Haftungsgrundlagen rechtlich verschieden seien. Gesetzeskonkurrenz könne grundsätzlich nur im Ausnahmefall angenommen werden, wenn das Gesetz eine Haftungsbegrenzung vorsehe oder der Gesetzeszweck es erfordere. Der grundsätzliche Vorrang der gesetzlichen und satzungsgemäßen Organpflichten vor den Bestimmungen des Anstellungsvertrages und die erforderliche Beachtung zwingenden Gesetzesrecht bei Abschluss des Vertrages seien, nach der Ansicht *Flecks*, hierfür nicht ausreichend.¹⁰²⁹

iii. Stellungnahme

Bisher hat sich nur der 5. Senat des BAG zu dem Meinungsstreit geäußert und schlicht auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH verwiesen. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG bei seiner Ansicht bleibt.

Entgegen der Rechtsprechung des BGH ist von Anspruchskonkurrenz auszugehen. Das heißt, die Ansprüche sind zwar auf die gleiche Leistung gerichtet und ergeben sich aus dem gleichen Sachverhalt, sie stehen aber selbständig und gleichrangig nebeneinander. Die Leistung kann der Gläubiger nur einmal verlangen.

1027 Von einer bloßen Mindermeinung kann angesichts der Anhängerschaft nicht gesprochen werden.

1028 *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn. 6 f.; *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 43 Rn. 3; *Schneider* in Scholz GmbHG, § 43 Rn. 18; *Schmidt*, GesR, § 36 II 4. a); *Fleck* in ZIP 1991, 1269 (1269 f.).

1029 *Fleck* in ZIP 1991, 1269 (1270).

Bei der Gesetzeskonkurrenz wird ein Anspruch hingegen durch einen vorrangigen anderen Anspruch verdrängt. In diesem Fall ist bereits die Anwendung dieser Anspruchsgrundlage ausgeschlossen.¹⁰³⁰

Im Grundsatz ist immer von Anspruchskonkurrenz auszugehen. Gesetzeskonkurrenz ist ausnahmsweise und nur dann anzunehmen, wenn es das Gesetz aus systematischen oder teleologischen Gründen verlangt.¹⁰³¹ Eine solche, verdrängende Konkurrenz kommt bei einer formalen oder einer – auch als Subsidiarität bezeichneten – inhaltlichen Spezialität einer Anspruchsgrundlage gegenüber einer anderen in Betracht.¹⁰³²

Den Ausführungen des BGH kann nicht eindeutig entnommen werden, auf welche Art der Spezialität er die Gesetzeskonkurrenz stützt. Der BGH bezieht sich lediglich auf den Spezialnormcharakter von § 43 Abs. 2 GmbHG und den übereinstimmenden Anwendungsbereich der Ansprüche.

Die organschaftliche Haftungsgrundlage ist aber, im Verhältnis zum vertraglichen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, nicht das formal speziellere Gesetz. Die Tatbestandsvoraussetzungen stimmen bereits nicht überein. Die Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB beruht auf der Verletzung von Pflichten aus einem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis in Form des Anstellungsvertrages, während die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG die Organstellung des Geschäftsführers und die Verletzung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Pflichten voraussetzt. Diese Pflichten stimmen vorliegend nur überein, weil sie durch Parteivereinbarung Inhalt des Anstellungsvertrages geworden sind.

Von einem Verhältnis zwischen allgemeiner und spezieller Regelung kann aber nur ausgegangen werden, wenn die speziellere Anspruchsgrundlage die gleichen Merkmale und mindestens ein weiteres verlangt.¹⁰³³ Aus diesem Grund verdrängt beispielsweise die Haftung nach § 839 BGB den allgemeine Haftungstatbestand nach § 823 Abs. 1 BGB.¹⁰³⁴ Das formale Spezialitätsverhältnis ist zwischen rechtlich ver-

1030 *Mansel* in Jauernig BGB, § 241 Rn. 14.

1031 *Bachmann* in MüKo BGB, § 241 Rn. 37, 40; *Thomale* in JuS 2013, 296 (296 f.).

1032 *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, § 13 I. 2. b).

1033 *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, § 13 I. 2. b) aa).

1034 *Bachmann* in MüKo BGB, § 241 Rn. 37.

schiedenen Ansprüchen ausgeschlossen. Die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ist insofern nicht spezieller, sondern eine andere.

Eine Verdrängung der vertraglichen Haftung durch die organschaftliche lässt sich – wie *Fleck* richtigerweise ausführt – auch nicht aus dem Gesetzeszweck herleiten. Wie bereits festgestellt, ist im Grundsatz stets von einem selbständigen und gleichrangigen Nebeneinander der Anspruchsgrundlagen auszugehen. Es bedarf daher für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz hinreichender Anhaltspunkte. Dem Wortlaut der Normen kann hierzu nichts entnommen werden. Wie dies beispielsweise bei der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten nach §§ 434 ff. BGB der Fall ist,¹⁰³⁵ könnte aber die Gefahr des Unterlaufens bestimmter Voraussetzungen oder Wertungen der organschaftlichen Haftung den Ausschluss der vertraglichen Haftung begründen.

Die Verjährung der organschaftlichen Haftung ist in § 43 Abs. 4 GmbHG, abweichend zur Regelverjährung, auf fünf Jahre festgelegt. Wie die Gegenansicht richtig ausführt, handelt es sich dabei um eine typische Konstellation, welche durch eine Erstreckung der Sonderverjährungsregel auf die konkurrierenden Ansprüche leicht gelöst werden kann.¹⁰³⁶ Die Annahme von Gesetzeskonkurrenz lässt sich damit hingegen nicht begründen.

Ansonsten werden durch Inanspruchnahme der vertraglichen Haftung keine speziellen Wertungen der organschaftlichen Haftung ausgehöhlt oder unterlaufen. Es sind daher keine Gründe ersichtlich, die den Entzug des vertraglichen Anspruchs rechtfertigen könnten.

1035 Besonderheiten der §§ 434 ff. BGB, wie kurze Verjährungsfristen und das Erfordernis der Nachfristsetzung würden ansonsten unterlaufen, siehe nur: *Armbrüster* in MüKo BGB, § 119 Rn. 29.

1036 *Schmidt*, GesR, § 36 II 4.; Für eine einheitliche Verjährung auch: *Schneider* in Scholz GmbHG, § 43 Rn. 278; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 Rn. 4.

(cc) Deliktische Ansprüche

Im Verhältnis zur deliktischen Haftung – etwa nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz – wird ohne weiteres Anspruchskonkurrenz angenommen.¹⁰³⁷

(b) Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg

(aa) Bei Annahme von Anspruchskonkurrenz

Die Annahme von Anspruchs- statt Gesetzeskonkurrenz zwischen organschaftlichen und vertraglichen Schadensersatzanspruch (nach der hier vertretenen Ansicht) beeinflusst die Frage des zulässigen Rechtswegs, wenn – wie vorliegend unterstellt wird – die GmbH und ihr Geschäftsführer Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind.

Das angerufene Gericht hat das Klagebegehren gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs genügt die Zuständigkeit für einen der materiellen Ansprüche, die aufgrund des Streitgegenstandes in Betracht kommen, mit Ausnahme der Ansprüche, die offensichtlich ausgeschlossen sind.¹⁰³⁸ Ob die jeweiligen materiellen Ansprüche tatsächlich bestehen, ist eine Frage der Begründetheit und im Rahmen der Prüfung des zulässigen Rechtswegs nicht entscheidend.

Demnach sind die Gerichte für Arbeitsachen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG zuständig, wenn die GmbH von ihrem ehemaligen Geschäftsführer Schadensersatz aufgrund der Verletzung von Organpflichten verlangt und vertragliche Ansprüche wegen gleichzeitiger Verletzung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag neben den organschaftlichen Schadensersatzansprüchen nicht offensichtlich ausgeschlossen sind.

1037 Zum Verhältnis zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB: BGH 21.02.2005 - II ZR 112/03, DB 2005, 821, unter II. 2. a) m. w. N.; zum Verhältnis von §§ 30, 32 GmbHG und § 826 BGB: BGH 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, unter II. 3. h); *Fleischer* in MüKo GmbHG, § 43 Rn. 9.

1038 Siehe oben: I. 3. a).

Das Gleiche hat für die ebenfalls vom Streitgegenstand erfassten deliktischen Ansprüche zu gelten. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ergibt sich bereits aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG, der Rückgriff auf § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG ist nicht erforderlich.

Eine Beeinflussung des Rechtswegs durch eine Eingrenzung des Streitgegenstandes auf bestimmte materielle Anspruchsgrundlagen (beispielsweise auf die Ansprüche aus der Organstellung) ist nicht möglich.¹⁰³⁹

Der Kläger hat in den betreffenden Fällen aber ein faktisches Wahlrecht hinsichtlich des Rechtswegs. Denn letztlich entscheidet das zuerst angerufene Gericht gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Eine Ausnahme ist nur in den ausdrücklich genannten Fällen des § 17 Abs. 2 S. 2 GVG vorgesehen.¹⁰⁴⁰

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, können die Gerichte für Arbeitsachen letzten Endes auch für Streitigkeiten zuständig sein, die auf den ersten Blick ausschließlich der Organstellung zuzuordnen waren. Das Klagebegehren ist folglich stets differenziert zu betrachten.

(bb) Bei Annahme von Gesetzeskonkurrenz

Folgt man der herrschenden Meinung, die zwischen vertraglichen und organschaftlichen Schadensersatzansprüchen Gesetzeskonkurrenz annimmt, so können die Gerichte für Arbeitsachen für entsprechende Klagebegehren nicht zuständig sein. Denn Ansprüche *aus einem Arbeitsverhältnis* sind von vorneherein offensichtlich ausgeschlossen.

Entsprechend der oben genannten Gründe sind die Gerichte für Arbeitsachen für organschaftliche Schadensersatzansprüche auch nicht im Wege der Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG zuständig. Ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang dieser Ansprüche mit dem Arbeitsverhältnis (dem Anstellungsvertrag) ist hiernach ausgeschlossen.¹⁰⁴¹

1039 Siehe oben: I. 3. a) bb).

1040 Zum faktischen Wahlrecht bereits oben siehe: I. 3. a) cc).

1041 Siehe oben: I. 3. b) aa) (2) (b) (cc).

(2) Ansprüche wegen Verletzung eines Wettbewerbsverbots

Eine differenzierte Betrachtung der Streitgegenstände ist ebenso erforderlich, wenn die GmbH verschiedene Rechte mit der Begründung der Verletzung eines Wettbewerbsverbots geltend macht. Scheinbar handelt es sich bei entsprechenden Streitigkeiten, um solche, die ausschließlich das organschaftliche Verhältnis der Parteien betreffen.

(a) Wettbewerbswidriges Verhalten während der Geschäftsführertätigkeit

Die Geltendmachung von Rechten aufgrund Verletzungen eines Wettbewerbsverbots, die während der Zeit als Geschäftsführer erfolgt sein sollen, ist auch nach der Beendigung der Organstellung denkbar. Die GmbH könnte beispielsweise von ihrem ehemaligen Geschäftsführer nach dessen Abberufung Schadensersatz oder Herausgabe des aus einem vermeintlich wettbewerbswidrigen Geschäft erzielten Erlöses verlangen.

(aa) Denkbare Ansprüche

i. Organschaftliche Ansprüche

Eine gesetzliche Regelung eines Wettbewerbsverbots für Geschäftsführer sucht man im GmbHG vergeblich. Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass ein solches aus der Organstellung und der daraus folgenden Pflicht zu loyalen Verhalten gegenüber der GmbH folgen soll.¹⁰⁴²

Als Anspruchsgrundlage für Schadensersatzverlangen wird teilweise § 43 Abs. 2 GmbHG genannt.¹⁰⁴³ Der BGH und ein Teil der Literatur befürworten eine entsprechende Anwendung der Regelungen zu Wettbewerbsverstößen von OHG-Gesellschaftern, Vorstandsmitglie-

1042 BGH 09.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, unter I.; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 6 Rn. 85; *Haas/Ziemons* in Michalski GmbHG, § 43 Rn. 97; *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 360; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 20; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 21; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 43 Rn. 82; *Schneider* in Scholz GmbHG, § 43 Rn. 153; *Zöller/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 41.

1043 *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 43 Rn. 19; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 43 Rn. 106.

dern und Handlungsgehilfen nach § 113 Abs. 1 HGB, § 88 Abs. 2 S. 1 AktG, § 61 Abs. 1 HGB.¹⁰⁴⁴

Für den alternativen Anspruch auf Herausgabe etwaiger Erlöse oder Abtretung erlangter Rechte werden ebenfalls die Regelungen in § 113 Abs. 1 HGB, § 61 Abs. 1 HGB und § 88 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechend herangezogen.¹⁰⁴⁵

ii. Vertragliche Ansprüche

Arbeitnehmer unterliegen während ihrer Tätigkeit einem Wettbewerbsverbot, welches sich aus ihrer allgemeinen Treuepflicht ergibt und eine Nebenpflicht des Arbeitsverhältnisses darstellt. Dieser allgemeine Rechtsgedanke wurde in § 60 Abs. 1 HGB kodifiziert, ergibt sich aber bereits aus § 241 Abs. 2 BGB. Die Regelungen in §§ 60 f. HGB finden auf alle Arten von Arbeitsverhältnissen entsprechende Anwendung.

Der Arbeitgeber kann daher – wahlweise – Schadensersatz, Herausgabe von Erlösen oder Abtretung erlangter Vergütungsansprüche auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung von § 61 Abs. 1 HGB in Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis geltend machen.¹⁰⁴⁶

Denkbar ist auch die ausdrückliche Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes im Arbeitsvertrag. Bei einer Verletzung kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Frage.

1044 BGH 12.06.1989 - II ZR 334/87, DB 1989, 1762, unter II. 2. a); *Jaeger* in MüKo GmbHG § 35 Rn. 364; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 24; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 20.

1045 BGH 12.06.1989 - II ZR 334/87, DB 1989, 1762, unter II. 2. a); *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 364; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 24; *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 43 Rn. 19; *Oetker* in Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 20; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 43 Rn. 107; *Schneider* in Scholz GmbHG, § 43 Rn. 168.

1046 St. Rspr. des BAG, siehe nur: BAG 26.01.1995 - 2 AZR 355/94, juris, unter II. 2. a); BAG 26.09.2007 - 10 AZR 511/06, NZA 2007, 1436, unter II. 4. b); BAG 24.03.2010 - 10 AZR 66/09, BAGE 134, 43, unter II. 1.; *Kreuder* in Däubler ArbR, § 611 Rn. 486; *Müller-Glöge* in MüKo BGB, § 611 Rn. 1100 ff.; *Preis* in EK ArbR, § 611 BGB Rn. 720.

Ein und dasselbe wettbewerbswidrige Verhalten des Geschäftsführers kann demnach neben den organschaftlichen Ansprüchen, grundsätzlich auch vertragliche auslösen.

Ein Anspruch auf Herausgabe der erlangten Vorteile kann sich im Übrigen auch aus § 667 BGB ergeben. Die Regelung findet auf Arbeitsverhältnisse entsprechend Anwendung.¹⁰⁴⁷

(bb) Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg

Hinsichtlich der Prüfung des zulässigen Rechtswegs bei entsprechenden Klagebegehren gilt das oben Gesagte¹⁰⁴⁸:

Sind nur organschaftliche Ansprüche denkbar und vertragliche offensichtlich ausgeschlossen, sind die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig. Regelmäßig sind aber neben diesen Ansprüchen, solche aus dem Anstellungsvertrag vorstellbar. Handelt es sich bei dem Anstellungsvertrag – wie vorliegend unterstellt – um ein Arbeitsverhältnis, so sind die Gerichte für Arbeitssachen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG zuständig. Jedoch nur, wenn die materiellen Ansprüche vom gleichen prozessualen Anspruch umfasst sind.

In den entsprechenden Fällen hat der Kläger hinsichtlich des Rechtswegs somit faktisch ein Wahlrecht.

(b) Nachträgliches wettbewerbswidriges Verhalten

Verlangt die GmbH hingegen Unterlassung eines angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens oder Schadensersatz nach der Beendigung der Organstellung und des Anstellungsvertrages, kann sie sich nur auf ein nachträgliches Wettbewerbsverbot berufen.

(aa) Mögliche Ansprüche

Nach allgemeiner Ansicht kann sich ein nachträgliches Wettbewerbsverbot nicht aus nachwirkender organschaftlicher Treuepflicht erge-

1047 BAG 11.04.2006 - 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16, unter II. 2. a); BAG 14.12.2011 - 10 AZR 283/10, NZA 2012, 501, unter I. 2. a).

1048 Siehe: I. 3. b) bb) (1) (b).

ben.¹⁰⁴⁹ Das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot endet ebenfalls mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁵⁰

Ansprüche sind daher nur denkbar, wenn ein nachträgliches Wettbewerbsverbot zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde. Eine solche Vereinbarung könnte bereits im Anstellungsvertrag oder erst nachträglich getroffen worden sein.¹⁰⁵¹

Grundlage eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots kann auch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sein, wenn der betreffende Geschäftsführer an der GmbH als Gesellschafter beteiligt ist.¹⁰⁵²

(bb) Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg

Macht die GmbH, aufgrund eines nachträglichen vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhaltens ihres ehemaligen Geschäftsführers, Ansprüche gegen diesen gelten und beruft sich auf eine entsprechende Vereinbarung im Anstellungsvertrag, sind die Gerichte für Arbeitssachen – vorausgesetzt dieses Anstellungsverhältnis ist ein Arbeitsverhältnis – gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG zuständig. Es handelt sich um eine Rechtsstreitigkeit über eine Nachwirkung aus dem Arbeitsverhältnis.

Das Gleiche gilt, wenn sich die GmbH auf eine nachträglich, also außerhalb des Anstellungsvertrages, geschlossene Wettbewerbsverbotsvereinbarung beruft.¹⁰⁵³ Es handelt sich dabei um eine individualrechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die, nach dem weiten Verständnis der Zuständigkeitsregelungen, als Nachwirkung aus dem Arbeitsverhältnis angesehen werden muss.¹⁰⁵⁴

1049 BGH 11.10.1976 - II ZR 104/75, GmbHR 1977, 43, unter I. 1.; BGH 29.10.1990 - II ZR 241/89, GmbHR 1991, 15, unter 3.; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen GmbHG, § 6 Rn. 86; *Jaeger* in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 367; *Lenz* in Michalski GmbHG, § 35 Rn. 140; *Paefgen* in Ulmer GmbHG, § 43 Rn. 87; *Schneider* in Scholz GmbHG, § 43 Rn. 173; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 46; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § 24 Rn. 1031.

1050 Statt aller: *Kreuder* in Däubler ArbR, § 611 Rn. 487.

1051 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck GmbHG, § 35 Rn. 46; *Kamanabrou* in ZGR 2002, 898 (899).

1052 *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § 24 Rn. 1032; *Manger* in GmbHR 2001, 89 (Fn. 3).

1053 *Schlewig* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 73.

1054 Vgl. *Bengelsdorf* in DB 1992, 1340.

Schließlich ist eine nachträglich getroffene Wettbewerbsverbotsvereinbarung eine Art „Nachtrag“ zum bereits beendeten Arbeitsverhältnis.

Beruft sich die GmbH hingegen bei einem vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhalten eines (nicht beherrschenden) ehemaligen Gesellschafter-Geschäftsführers auf eine Regelung in der Satzung, so sind die Gerichte für Arbeitsachen nicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG zuständig. Etwaige Ansprüche sind nur organschaftlich begründet, weil ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur im Wege ausdrücklicher Vereinbarung Inhalt des Anstellungsvertrages sein kann.

Eine Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG kommt aus den oben genannten Gründen ebenfalls nicht in Betracht.

(3) Schadensersatz / Entschädigung aufgrund Verletzung von Benachteiligungsverboten aus AGG

(a) Denkbare Streitgegenstände

(aa) Ablehnung einer erneuten Bewerbung für die Position als Geschäftsführer

Nach der Abberufung aus dem Geschäftsführeramt, also außerhalb des Geltungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, ist es beispielsweise denkbar, dass der ehemalige Geschäftsführer, aufgrund einer vermeintlich diskriminierenden Ablehnung seiner erneuten Bewerbung um die Geschäftsführerposition, Schadensersatz seines Erwerbsschadens nach § 15 Abs. 1 AGG und eine angemessene Entschädigung seines immateriellen Schadens nach § 15 Abs. 2 AGG verlangt.

Mit einem solchen Streitgegenstand hatte sich der BGH im Rahmen einer Revision in seiner Entscheidung vom 23.04.2012 zu befassen.¹⁰⁵⁵ In dem zugrunde liegenden Fall machte der Kläger geltend, dass die Ablehnung der Verlängerung seines Anstellungsvertrages und seiner erneuten Bestellung als Geschäftsführer der GmbH aufgrund seines Alters erfolgte und deswegen eine diskriminierungsrechtlich bedeutsame Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG anzunehmen sei.

1055 BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110.

Darüber hinaus ist die Ablehnung der Bewerbung um die Geschäftsführerposition auch aus den anderen diskriminierungsrechtlich relevanten Gründen des § 1 AGG denkbar. So könnte beispielsweise eine Beschäftigung als Geschäftsführer aufgrund einer mittlerweile eingetretenen Behinderung oder einer bestehenden Schwangerschaft abgelehnt werden.

(bb) Ablehnung einer erstmaligen Bewerbung um die Position als Geschäftsführerin

In einem Rechtsstreit den das OLG Karlsruhe¹⁰⁵⁶ zu entscheiden hatte, verlangte eine Bewerberin Entschädigung wegen ihrer geschlechtsbezogenen Benachteiligung im Bewerbungsverfahren um den Geschäftsführerposten eines Unternehmens. Als Indiz für eine entsprechende Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne von § 22 AGG wertete das Gericht die nicht geschlechtsneutrale und daher gegen §§ 11, 7 Abs. 1 AGG verstoßende Ausschreibung der Stelle mit „Geschäftsführer“.¹⁰⁵⁷

(b) Bedeutung für den zulässigen Rechtsweg

Die Rechtswegzuständigkeit ist bei solchen Streitgegenständen problematisch.

In den genannten Fällen wurde diese nicht weiter problematisiert. Das OLG Karlsruhe beließ es bei einem Hinweis auf den insoweit bindenden Verweisungsbeschluss des Arbeitsgerichts und die Regelungen in §§ 5 Abs. 1 S. 3, 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG.¹⁰⁵⁸

Allgemein wird die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit bei Klagen auf Schadensersatz und Entschädigung wegen Diskriminierung nach § 15 AGG gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG angenommen. Voraussetzung ist natürlich, dass es sich um eine bürgerliche Rechts-

1056 OLG Karlsruhe 13.09.2011 - 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632.

1057 OLG Karlsruhe 13.09.2011 - 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632, unter II. 4. c).

1058 OLG Karlsruhe 13.09.2011 - 17 U 99/10, NZA-RR 2011, 632, unter II.

streitigkeit zwischen (potentiellem) Arbeitnehmer und (potentiellem) Arbeitgeber handelt.¹⁰⁵⁹

Aufgrund dessen ist bei Streitigkeiten um die diskriminierende Ablehnung der Bewerbung als Beamter oder Richter nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit, sondern der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben.¹⁰⁶⁰

Problematisch bei derartigen Klagen eines potentiellen Geschäftsführers gegen eine GmbH ist, im Unterschied zu normalen potentiellen Arbeitsverhältnissen, dass die Ansprüche aus § 15 Abs. 1, 2 AGG sich nicht nur auf den Nichtabschluss des Anstellungsvertrages beziehen, sondern auch auf die Nichtberufung in die Organstellung.

Konkret hat der BGH in dem genannten Fall entschieden, dass „der Kläger durch den Nichtabschluss eines neuen Anstellungsvertrages *und*¹⁰⁶¹ die Nichtwiederbestellung zum Geschäftsführer“ altersbedingt im Sinne des AGG diskriminiert worden war.¹⁰⁶²

Die jeweiligen Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung aus §§ 15 Abs. 1, 2 AGG beziehen sich also sowohl auf das potentielle Anstellungsverhältnis, als auch auf das potentielle Organverhältnis. Die Trennung wird hier aufgeweicht. Streitgegenständlich ist schlicht die nicht erfolgte Beschäftigung als Geschäftsführer.

Meines Erachtens ist dennoch von einer Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG auszugehen, soweit es sich bei dem Anstellungsvertrag um ein potentielles Arbeitsverhältnis handelt. Die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist bereits zu beachten, wenn ein bestimmter materieller Anspruch auch nur *mitunter* die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses betrifft.

Die Voraussetzung des potentiellen Arbeitsverhältnisses wird aber praktisch sehr selten gegeben sein.

Im Regelfall ist das Anstellungsverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH nach dem nationalen Begriffsverständnis ja gerade kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freier Dienstvertrag. Der Kläger müsste

1059 BAG 27.08.2008 - 5 AZB 71/08, NZA 2008, 1259, unter II. 1.; Koch in EK ArbR, § 2 Rn. 17; Waas in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 2 Rn. 58; Walker in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 124.

1060 OVG Koblenz 22.06.2007 - 2 F 10596/07, NZA-RR 2007, 491.

1061 Hervorhebung durch Verfasserin.

1062 BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110, unter II. 1. c).

zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit also darlegen können, dass das nicht geschlossene Rechtsverhältnis bei Abschluss ein Arbeitsverhältnis gewesen wäre. Das kann eigentlich nur gelingen, wenn die Streitigkeit die Verlängerung eines bereits bestehenden und gleichbleibenden Anstellungsvertrages betrifft und es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis handelte.

Die Begründung der Rechtswegzuständigkeit könnte auch dann gelingen, wenn hinsichtlich der Voraussetzung der potentiellen Arbeitnehmereigenschaft die bloße Behauptung dieser durch den Kläger ausreichend ist. Wann dies der Fall sein kann, wird noch zu klären sein.¹⁰⁶³

c) Zwischenergebnis

Die vorstehende differenzierte Betrachtung der Rechtswegzuständigkeit bei einzelnen denkbaren Streitgegenstände hat einerseits gezeigt, dass sich zahlreiche Streitgegenstände ohne weiteres unter die Fallgruppen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG einordnen lassen. Andererseits kommt eine Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen bei bestimmten Rechtsstreitigkeiten, unabhängig von der Qualifizierung des Anstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis, gar nicht in Betracht.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die Arbeitsgerichte immer dann zuständig sein können, wenn der Streitgegenstand Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis oder dessen Vor- und Nachwirkungen betrifft.

Die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit ist hingegen grundsätzlich dann zuständig, wenn der Streitgegenstand Rechte und Pflichten betrifft, die sich aus der Organstellung des Geschäftsführers ergeben.

Die Gerichte für Arbeitsachen sind für entsprechende Streitigkeiten auch nicht im Hinblick auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG zuständig, denn die dazugehörigen Ansprüche stehen weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.

Sind nach dem Klagebegehren materielle Ansprüche aus beiden Rechtsverhältnissen denkbar und nicht offensichtlich ausgeschlossen,

¹⁰⁶³ Zu den Anforderungen an den Klägervortrag sogleich.

so hat der Kläger bei solchen Streitgegenständen – vorausgesetzt natürlich er ist Arbeitnehmer der GmbH – faktisch ein Wahlrecht zwischen Arbeits- und ordentlicher Gerichtsbarkeit.

Das kann der Fall sein bei Schadensersatzverlangen der GmbH wegen Organpflichtverletzungen des Geschäftsführers, wenn – mit der hier vertretenen Ansicht – zwischen den gesetzlichen und den vertraglichen Schadensersatzansprüchen Anspruchskonkurrenz angenommen wird.

Das Gleiche kann bei der nachträglichen Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund wettbewerbswidrigen Verhaltens des Geschäftsführers während der Dauer seiner Geschäftsführerstellung der Fall sein.

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem nachträglichen vertraglichen Wettbewerbsverbot ist eine Rechtsstreitigkeit über Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG.

Verlangt ein ehemaliger oder potentieller Geschäftsführer Schadensersatz oder Entschädigung aufgrund einer nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz diskriminierenden Ablehnung seiner (erneuten) Bewerbung um die Position des Geschäftsführers, so handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich um eine Rechtsstreitigkeit aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c ArbGG.

Vor Subsumtion der Streitgegenstände unter die Fallgruppen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG steht jedoch immer die Frage nach der Arbeitnehmer- und der Arbeitgebereigenschaft von Geschäftsführer und GmbH im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 ArbGG.

II. Entscheidungsgrundlage für Rechtswegprüfung – Anforderungen an Klägervortrag

1. Vorbemerkungen

Der Geschäftsführer ist nach den materiell-rechtlichen Voraussetzungen des nationalen Arbeitnehmerbegriffs in vielen Fällen mangels persönlicher Abhängigkeit tatsächlich *kein* Arbeitnehmer der GmbH.

Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH sind daher vielfach keine zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist daher die Frage entscheidend, auf welcher Grundlage das angerufene Gericht die Voraussetzungen der Rechtswegzuständigkeit prüft und entscheidet.

2. Grundsätze – Differenzierung nach verschiedenen Fallgruppen

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Zulässigkeit des Rechtswegs um eine Sachurteilsvoraussetzung, die das angerufene Gericht von Amts wegen zu prüfen hat. Die Voraussetzungen der Rechtswegzuständigkeit müssen – wie alle Sachurteilsvoraussetzungen – grundsätzlich feststehen.¹⁰⁶⁴

Die Grundlage der Rechtswegprüfung ist der Streitgegenstand, der durch den Antrag und das Sachvorbringen des Klägers bestimmt wird.¹⁰⁶⁵ In Abgrenzung zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte muss der Vortrag des Klägers das Vorliegen der Voraussetzungen nach §§ 2 ff. ArbGG begründen können.

Dabei können aber bestimmte zuständigkeitsbegründende Tatsachen ebenso zwingende Tatbestandsmerkmale materieller Ansprüche darstellen und folglich gleichermaßen im Rahmen der Begründetheitsprüfung relevant werden. So ist die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft der Parteien gemäß §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, sowie für das Eingreifen diverser arbeitsrechtlicher Normen, erforderlich.

Die Arbeitnehmerähnlichkeit nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG ist ebenfalls eine Voraussetzung für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG. Sie ist aber nur in wenigen Fällen für die Eröffnung des Geltungsbereichs arbeitsrechtlicher Gesetze ausreichend (§ 2 S. 2 BurlG, § 12a TVG, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG) und im Unterschied zur Arbeitnehmereigenschaft niemals ausschließliche Voraussetzung, weil zur Eröffnung des Anwendungsbereichs jeweils auch die Arbeitnehmereigenschaft genügt.

1064 Siehe nur: Walker in Schwab/Weth, § 2 Rn. 233.

1065 Siehe oben: I. 3. a) aa).

Die Tatsachen, die für Zulässigkeit und Begründetheit maßgeblich sind, werden auch als „doppelrelevant“ bezeichnet.¹⁰⁶⁶ Eine umfassende Prüfung der doppelrelevanten Voraussetzungen bereits im Rahmen der Rechtswegzulässigkeit würde der Entscheidung in der Sache vorgeifen. Denn die Verneinung der Zuständigkeit führt zur Verweisung. Eine Sachprüfung erfolgt dann erst durch das Gericht, an das verwiesen wurde. Die Klage wird aber regelmäßig aus den gleichen Gründen, die zur Verweisung geführt haben, auch mangels Begründetheit abgewiesen.

In der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte ist seit jeher anerkannt, dass Tatsachen, die die Zuständigkeit begründen und gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des geltend gemachten Anspruchs sind, im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung nicht bewiesen werden müssen, sondern vielmehr die Richtigkeit des Klägervortrags zu unterstellen ist.¹⁰⁶⁷

Vor diesem Hintergrund unterscheidet das BAG, genauer der zuständige 5. Senat, in ständiger Rechtsprechung¹⁰⁶⁸, hinsichtlich der Anforderungen an den Klägervortrag und den entsprechenden Umfang der Prüfung des zulässigen Rechtswegs in Abgrenzung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit zwischen verschiedenen Fallgruppen¹⁰⁶⁹:

1066 Siehe nur: *Mayer in Kissel/Mayer GVG*, § 17 Rn. 19.

1067 Siehe nur: RG 11.03.1892 - III 288/91, RGZ 29, 371; BGH 24.09.1952 - II ZR 19/51, BGHZ 7, 184, unter 2.); BGH 09.12.1963 - VIII ZR 113/62, NJW 1964, unter 2.) a); BGH 25.11.1993 - IX ZR 32/93, BGHZ 124, 237, unter III. 1.; OLG Nürnberg 28.11.1984 - 9 U 3061/84, NJW 1985, 1296, unter 2. c).

1068 Grundlegend: BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II.; bestätigend: BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. a); BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96, BAGE 85, 46, unter II. 2. a); BAG 06.01.1997 - 5 AS 14/96, juris, unter III. 1. a); BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. a).

1069 Im Folgenden wird diese Unterscheidung nach Fallgruppen als „sic-non-Grundsätze“ bezeichnet.

a) Sic-non-Fälle

aa) Rechtsprechung des BAG

(1) Voraussetzungen

Ein sogenannter sic-non-Fall ist nach der Rechtsprechung des BAG dann anzunehmen, wenn der geltend gemachte „Anspruch¹⁰⁷⁰ lediglich auf eine arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, jedoch fraglich ist, ob deren Voraussetzungen vorliegen.“¹⁰⁷¹ Dabei geht das BAG davon aus, dass die Arbeitnehmereigenschaft Voraussetzung für das Eingreifen der arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlage sowie für die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten ist.

Demnach sind gerade solche Fälle gemeint, in denen der Tatsachenvortrag des Klägers insoweit doppelrelevant ist, dass dieser für die Bestimmung des Rechtswegs und zugleich für die Begründetheit maßgeblich ist; eine umfassende Prüfung hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts würde also die Entscheidung in der Sache praktisch vorausnehmen. Nach Ansicht des BAG ist die Verweisung in einen anderen Rechtsweg in diesen Fällen ein sinnloser Zwischenschritt.¹⁰⁷²

Für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte und die Begründetheit der Klage ist meist die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nach der nationalen Arbeitnehmerdefinition doppelrelevant. Grundsätzlich ist die Doppelrelevanz aller anderen rechtswegbegründender Tatsachen aber ebenso möglich. Hinsichtlich der Anforderungen an den Klägervortrag gilt dann das Gleiche.¹⁰⁷³

(2) Anforderungen an Klägervortrag

(a) Rechtsbehauptung der Arbeitnehmereigenschaft

Nach Ansicht des BAG genügt zur Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ein Klägervortrag, der die „bloße Rechtsbehauptung“

1070 Gemeint ist der prozessuale Anspruch.

1071 Siehe nur: BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 3. a).

1072 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 4. a).

1073 Darauf hinweisend auch: *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 234.

der Arbeitnehmereigenschaft enthält. Einer Beweisaufnahme bedarf es, selbst bei Bestreiten dieses Vortrags, erst im Rahmen der Begründetheitsprüfung. Ist die Arbeitnehmereigenschaft nach umfassender Prüfung tatsächlich zu verneinen, so hat dies die Abweisung der Klage als *unbegründet* zur Folge.¹⁰⁷⁴

Für die Begründung der Rechtswegzuständigkeit genügt die Rechtsbehauptung auch dann, wenn der entsprechende Vortrag un schlüssig ist. Denn in jedem Fall besteht ein Interesse an einer abwei sendenden Sachentscheidung durch das angerufene Gericht ohne vorherige Verweisung.¹⁰⁷⁵

(b) Modifizierung der Anforderungen seit BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12?

Nach einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung soll das BAG in seiner Entscheidung vom 26.10.2012¹⁰⁷⁶ die Anforderungen an den Klägervortrag in den sogenannten sic-non-Fällen dahingehend modi fiziert haben, dass die bloße Rechtsansicht nur bei streitiger Tatsachen grundlage ausreichend sei.¹⁰⁷⁷

Es ist richtig, dass das BAG seither die Formulierung verwendet, in den sic-non-Fällen eröffne „bei streitiger Tatsachengrundlage die blo ße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsver hältnis, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten“.¹⁰⁷⁸

Dies bedeutet aber nicht, dass im Umkehrschluss bei unstreitigem Tatsachenvortrag die Rechtsansicht zur Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in den sic-non-Fällen nicht mehr ausreichen soll.

Denn zum einen verweist das BAG in der betreffenden Entschei dung auf einen (Nichtannahme-)Beschluss des Bundesverfassungsge-

1074 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 4. c); BAG 09.10.1996 - 5 AZB 18/96, NZA 1997, 175, unter II. 1.; BAG 16.07.1997 - 5 AZB 29/96, BAGE 86, 178, unter II. 3. im zugrunde liegenden Fall aber verneint; BAG 08.11.2006 - 5 AZB 36/06, BAGE 120, 92, unter II.; BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54, unter II. 2.

1075 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 4. b).

1076 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54.

1077 *Klasen* in BB 2013, 1849 (1850); in diese Richtung auch: LAG Berlin-Brandenburg 27.12.2012 - 10 Ta 1906/12, ZIP 2013, 695, unter 2.2.

1078 Beispielsweise: BAG 15.03.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137, unter II. 2. a); BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180, unter II. 2. a).

richts, in dem dieses sich mit dem Erfordernis der bloßen Rechtsansicht auseinandersetze.¹⁰⁷⁹ Zum anderen wäre bei derartigen Rechtsprechungsänderungen wenigstens eine Begründung bzw. eine Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung zu erwarten. Das BAG äußert sich diesbezüglich aber überhaupt nicht.¹⁰⁸⁰

Die Aussage des BAG ist vielmehr so zu verstehen, dass *sogar* bei streitigen Tatsachengrundlagen die bloße Rechtsansicht des Klägers zur Begründung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten ausreichend sein soll.

Eine Schlüssigkeitsprüfung ist nach der Rechtsprechung des BAG in den sogenannten sic-non-Fällen weiterhin nicht erforderlich.¹⁰⁸¹

(3) Beispiele

Als Hauptbeispiel eines sic-non-Falles nennt das BAG ausdrücklich die auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage.¹⁰⁸²

Es sollen auch die Fälle umfasst sein, in denen der Kläger die Feststellung begehrt, dass ein *Arbeitsverhältnis* durch eine bestimmte Kündigung oder einen Aufhebungsvertrag nicht beendet worden ist. Bei solchen Anträgen sei nicht nur die Frage der Wirksamkeit der Beendigung vom Streitgegenstand umfasst, sondern auch die rechtliche Einordnung des betroffenen Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis.¹⁰⁸³

Es könne jedoch nicht von einem sic-non-Fall ausgegangen werden, wenn dem Klagebegehren zu entnehmen ist, dass der Kläger gegen die Beendigung des Rechtsverhältnisses unabhängig davon vorgehen will, ob er Arbeitnehmer ist oder nicht. Dies sei beispielsweise der

1079 Zu diesem Beschluss des BVerfG sogleich: II. 2. a) bb).

1080 Vgl. *Stagat* in NZA 2015, 193 (198).

1081 So auch: *Reinecke* in ZIP 2014, 1057 (1059) unter Verweis auf die gleiche Entscheidung des BAG vom 26.10.2012; *Reinfeldler* in RdA 2016, 87 (96) unter Verweis auf BAG 15.03.2013 - 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137 und BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180.

1082 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 3. a).

1083 BAG 19.12.2000 - 5 AZB 16/00, NZA 2001, 285, unter II. 3. a); BAG 17.01.2001 - 5 AZB 18/00, NZA 2001, 341, unter II. 2. c); BAG 17.02.2003 - 5 AZB 37/02, BAGE 105, 1, unter II. 2.; BAG 11.06.2003 - 5 AZB 43/02, BAGE 106, 273, unter B. I. 1.

Fall, wenn die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung auch auf solche Gründe gestützt wird, für die die Arbeitnehmereigenenschaft keine Voraussetzung ist.¹⁰⁸⁴

Die Geltendmachung einer Bruttoforderung ist in der Regel kein sic-non-Fall, weil sich ein Anspruch auf Entgeltzahlung auch aus einem freien Dienstvertrag ergeben kann und die Arbeitnehmereigenenschaft keine zwingende Voraussetzung hierfür ist.¹⁰⁸⁵ Es sind aber Zahlungsklagen denkbar, die sich als sic-non-Fälle darstellen. Unterinstanzliche Arbeitsgerichte haben dies beim Verlangen einer Urlaubsabgeltung¹⁰⁸⁶ und einer Klage auf Gehaltszahlung während der verlängerten Kündigungsfristen nach § 622 BGB angenommen.¹⁰⁸⁷

bb) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.08.1999 - 1 BvR 1389/97

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich, im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, mit der Wahrung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter bei Entscheidungen der Arbeitsgerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu beschäftigen.

Zwar wurde die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, weil einer ausstehenden verfassungskonformen Klärung der Streitfrage durch die Fachgerichte nicht vorgegriffen werden sollte.

(1) Bestätigung der BAG-Rechtsprechung

Dennoch erteilte das Bundesverfassungsgericht den Hinweis, dass durch die Auffassung, in „sic-non-Fällen“ reiche die bloße Rechtsbehauptung des Klägers für die Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte aus, der Anspruch auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht verletzt werde. Insbesondere werden – nach Ansicht des BVerfG – dadurch keine Manipulationsmöglichkeiten eröffnet.¹⁰⁸⁸

1084 BAG 25.06.1997 - 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363, unter II. 2. a).

1085 BAG 26.09.2002 - 5 AZB 19/01, BAGE 103, 20, unter B. I.

1086 LAG Köln 08.04.2013 - 4 Ta 11/13, juris, unter A.

1087 LAG Köln 03.04.2001 - 4 Ta 307/00, NZA-RR 2001, 547, Leitsatz und unter 1.

1088 BVerfG 31.08.1999 - 1 BvR 1389/97, NZA 1999, 1234, unter II. 1. a).

(2) Hinweis: Manipulationsgefahr bei Verbindung mit Zusammenhangsklage

Eine gewisse Manipulationsgefahr sah das Bundesverfassungsgericht jedoch, wenn der Kläger die Möglichkeit hat, durch Verbindung mit einem sogenannten sic-non-Fall, im Wege der Zusammenhangsklage nach § 2 Abs. 3 ArbGG, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für einen weiteren Streitgegenstand herbeizuführen.

Denn im Wege der Zusammenhangsklage gemäß § 2 Abs. 3 ArbGG können auch solche Rechtsstreitigkeiten vor die Arbeitsgerichte gebracht werden, die die Voraussetzungen für die Zuständigkeit nach § 2 Abs. 1 und 2 gerade nicht erfüllen, soweit nicht ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist. Der entsprechende Streitgegenstand muss nur mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in § 2 Abs. 1 und 2 ArbGG bezeichneten Art in einem rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Dementsprechend könnte der Kläger durch Verbindung mit einer Statusklage die strengeren Anforderungen an den Klägervortrag außerhalb der sogenannten sic-non-Fälle umgehen und manipulativen Einfluss auf den Rechtsweg nehmen. Die faktische Wahlmöglichkeit des zulässigen Rechtswegs durch den Kläger sei – nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) nicht zu vereinbaren.¹⁰⁸⁹

(3) Reaktion des BAG

Die Wahl des Mittels zur verfassungskonformen Handhabung hatte das Bundesverfassungsgericht der Rechtsprechung überlassen.

Seither legt das BAG die Regelung in § 2 Abs. 3 ArbGG dahingehend einschränkend aus, dass diese keine Anwendung findet, wenn die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem sic-non-Antrag folgen kann.¹⁰⁹⁰

1089 Zu allem: BVerfG 31.08.1999 - 1 BvR 1389/07, NZA 1999, 1234, unter II. 1 b).

1090 Grundlegend: BAG 11.06.2003 - 5 AZB 43/02, BAGE 106, 273, unter B. I. 2.; BAG 15.02.2005 - 5 AZB 13/04, BAGE 113, 308, unter II. 1.

cc) Rechtsprechung des BGH

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zu den Fällen doppelrelevanter Tatsachen und die Entscheidung des BGH vom 27.10.2009 wird vertreten, der BGH verlange, im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG, zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit in den sogenannten sic-non-Fällen, eine schlüssige Darlegung der doppelrelevanten Tatsache und lasse die bloße Behauptung nicht ausreichen.¹⁰⁹¹

Zwar hat der BGH in vorangegangenen Entscheidungen tatsächlich durchgängig schlüssigen Klägervortrag hinsichtlich der doppelrelevanten Tatsachen verlangt.¹⁰⁹² In seiner Entscheidung vom 27.10.09 nimmt er jedoch eindeutig Bezug auf die Rechtsprechung des BAG zu den sogenannten sic-non-Fällen, ohne sich von der Auffassung des BAG, es genüge hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft die bloße Behauptung des Klägers, zu distanzieren.¹⁰⁹³

In einer jüngeren Entscheidung hat sich der BGH aber wieder ausdrücklich dahingehend geäußert, dass „die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen dann keines Beweises bedürfen, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des *schlüssig*¹⁰⁹⁴ dargelegten Anspruchs selbst sind (doppelrelevante Tatsachen).“¹⁰⁹⁵

Demzufolge verlangt der BGH weiterhin einen schlüssigen Vortrag hinsichtlich doppelrelevanter Tatsachen.¹⁰⁹⁶

1091 *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 284; *Walker* in ZZZ 2010, 185 (188); jedoch *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 238 Fn. 10: „ablehnend wohl auch“.

1092 Siehe nur: BGH 09.12.1963 - VII ZR 119/62, NJW 1964, 497, unter 2.) a); BGH 11.07.1996 - V ZB 6/96, BGHZ 133, 240, unter II. 2.

1093 BGH 27.10.2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, unter II. 2. a) aa).

1094 Hervorhebung durch Verfasserin.

1095 BGH 21.10.2015 - VII ZB 8/15, NJW 2016, 316, unter II. 4. c).

1096 Siehe auch: OLG Nürnberg 15.07.2015 - 12 W 1374/15 unter II. 3. b).

b) Fälle nicht doppelrelevanter Tatsachen: Aut-aut und et-et-Fälle

aa) Aut-aut-Fälle

(1) Voraussetzungen

Unter den sogenannten aut-aut-Fällen werden solche Klagebegehren eingeordnet, in denen der prozessuale Anspruch entweder auf eine arbeitsrechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, die sich in ihrer Anwendung gegenseitig ausschließen.¹⁰⁹⁷ Die Begründetheit der Klage unterliegt also nicht zwangsläufig den gleichen Voraussetzungen wie die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten.

(2) Beispiele

Als Hauptanwendungsfall nennt das BAG Klagen auf Zahlung vereinbarten Entgelts für geleistete Arbeit aus einem Rechtsverhältnis, das ein Arbeitsvertrag, aber auch ein Gesellschaftsvertrag, ein freier Dienstvertrag oder ähnliches sein könne.¹⁰⁹⁸

bb) Et-et-Fälle

(1) Voraussetzungen

Wird ein prozessualer Anspruch geltend gemacht, der widerspruchslös sowohl auf eine arbeitsrechtliche, als auch auf eine nicht arbeitsrechtliche, materielle Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, so handelt es sich um einen sogenannten et-et-Fall.¹⁰⁹⁹ Gemeint sind folglich die Fälle, in denen aus dem gleichen Tatbestand konkurrierende Ansprüche folgen können, die jeweils unterschiedlichen Rechtswegen zuzuordnen sind.¹¹⁰⁰ Aufgrund der Regelung in § 17 Abs. 2 S. 1 GVG hat das angerufene Gericht alle in Betracht kommende konkurrierende

1097 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 3. b).

1098 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 3. b); BAG 06.01.1997 - 5 AS 14/96, juris, unter III. 1. c).

1099 BAG 24.04.1996 - 5 AZB 25/95, BAGE 83, 40, unter B. II. 3. c).

1100 Vgl. *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 290.

Ansprüche zu prüfen, sobald es auch nur für einen der materiellen Ansprüche zuständig ist.

(2) Beispiele

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 10.12.1996 das klageweise Vorgehen gegen eine fristlose Kündigung als et-et-Fall eingeordnet. Nach seiner Ansicht könne die Klage sowohl auf eine arbeitsrechtliche, als auch auf eine nicht arbeitsrechtliche Grundlage gestützt werden, die sich nicht gegenseitig ausschließen, weil für beide Rechtsverhältnisse § 626 BGB gelte.¹¹⁰¹

Diese Einordnung ist aufgrund der oben genannten Voraussetzungen zweifelhaft.¹¹⁰² Wenn sich der Kläger auf die Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung beruft und das Fehlen der Voraussetzungen nach § 626 BGB geltend macht, so ist von einem aut-aut-Fall auszugehen.¹¹⁰³ Denn § 626 BGB findet nur einmalig Anwendung, entweder im Rahmen der unwirksamen Kündigung eines freien Dienstverhältnisses oder im Rahmen der unwirksamen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.

Die Abgrenzung zwischen aut-aut- und et-et-Fällen hat aber keine weiteren Folgen. Die Anforderungen an den Klägervortrag sind die gleichen.

cc) Anforderungen an Klägervortrag

Die Entscheidungsgrundlage für die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs ist in den sogenannten aut-aut- und et-et-Fällen in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Einigkeit besteht dahingehend, dass jedenfalls die bloße Behauptung der zuständigkeitsbegründenden Voraussetzungen nicht ausreichend sein soll. Selbst bei unbestrittenen Tatsachen ist diesbezüglich zumindest ein schlüssiger Vortrag erforderlich.¹¹⁰⁴

1101 BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. b).

1102 Ebenso: *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 240 Fn. 2.

1103 Ebenso: *Ziemann/Ulrich* in Moll MüAnwHdb ArbR, § 77 Rn. 178.

1104 Statt aller: *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 240.

(1) Schlüssigkeitstheorie

Nach einer in der Literatur verbreiteten Ansicht soll, zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit, die schlüssige Darlegung der entsprechenden Tatsachen durch den Kläger darüber hinaus auch dann genügen, wenn der Vortrag vom Beklagten wirksam bestritten wird.¹¹⁰⁵

Zur Begründung wird teilweise eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes herangezogen, in welcher der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten, in Abgrenzung zum Rechtsweg zu den Sozialgerichten, infrage stand. Aus der Äußerung des Gemeinsamen Senats, dass „die wahre Natur des Anspruchs wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt“ entscheidend sein soll,¹¹⁰⁶ schließen die Anhänger dieser Ansicht, dass der Beklagtenvortrag hinsichtlich der Rechtswegzulässigkeit unerheblich sei.¹¹⁰⁷

Des Weiteren wird angeführt, eine Beweisaufnahme würde zu einer „Überfrachtung des Vorabentscheidungsverfahrens“ führen¹¹⁰⁸ und gegen das Gebot der Verfahrensbeschleunigung sprechen.¹¹⁰⁹

Einer möglichen Rechtswegerschleichung soll, nach dieser Ansicht, dadurch begegnet werden, dass offensichtlich nicht gegebene materielle Anspruchsgrundlagen bei der Rechtswegprüfung außer Betracht bleiben sollen.¹¹¹⁰

(2) Beweiserhebungstheorie

Der BGH und ein Teil der Literatur verlangen hingegen in den Fällen wirksamen Bestreitens der rechtswegbegründenden Tatsachen Beweis

1105 Clemens in BeckOK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 10; Koch in EK ArbR, § 2 Rn. 38; Lückemann in Zöller ZPO, § 13 GVG Rn. 54; Wittschier in Musielak ZPO, § 17a GVG Rn. 13; Zimmermann in MüKo ZPO, § 13 GVG Rn. 13.

1106 GemS-OBG 10.07.1988 - GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284, unter 3.; GemS-OBG 29.10.1987 - GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280, unter III.

1107 Clemens in BeckOK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 10; Koch in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 38.

1108 Clemens in BeckOK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 10

1109 Koch in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 38.

1110 Koch in EK ArbR, § 2 ArbGG Rn. 38; Lückemann in Zöller ZPO, § 13 GVG Rn. 54.

des entsprechenden Vortrags durch den Kläger.¹¹¹¹ Der Kläger trägt die Darlegungs- und Beweislast für die die persönliche Abhängigkeit begründenden Tatsachen.

Zu der Frage des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist demnach, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, gegebenenfalls eine Beweisaufnahme durchzuführen.

Das bloße Bestreiten der Arbeitnehmereigenschaft ist zur Begründung der Beweislast aber nicht ausreichend, wenn der Kläger die nötigen Voraussetzungen schlüssig dargelegt hat.¹¹¹² Vielmehr muss der Beklagte, beispielsweise bezüglich des Vorliegens eines freien Dienstverhältnisses, substantiiert vortragen.¹¹¹³

Als Hauptargumente für das Beweiserfordernis werden die Gefahr einer Rechtswegerschleichung und die damit einhergehende Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG genannt.¹¹¹⁴

Die Außerachtlassung offensichtlich nicht gegebener Anspruchsgrundlagen sei keine probate Maßnahme gegen die Manipulationsgefahr, weil es an klaren Abgrenzungskriterien fehle.¹¹¹⁵

Im Übrigen wird auf die in § 17a Abs. 2 S. 1 GVG festgelegte Anhörungspflicht beider Parteien verwiesen, die bei einer Nichtberücksichtigung des Beklagtenvortrags im Rahmen der Rechtswegprüfung praktisch leer liefe.¹¹¹⁶

-
- 1111 BGH 27.10.2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, unter II. 2. a) cc); *Benecke* in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner ArbGG, § 48 Rn. 8; *Hüfstege* in Thomas/Putzo ZPO, § 13 GVG Rn. 11a; *Mayer* in Kissel/Meyer GVG, § 17 Rn. 20; *Rieker* in Natter/Gross ArbGG, § 2 Rn. 73; *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 168; *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 286 ff. (hinsichtlich aut-aut-Fällen), Rn. 290 (hinsichtlich et-et-Fällen); *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 241 (hinsichtlich aut-aut-Fälle), Rn. 242 (hinsichtlich et-et-Fälle); *Walker* in ZZZ 2010, 185 (190).
- 1112 Näheres zu den Anforderungen an das Bestreiten: *Greger* in Zöller ZPO, § 138 Rn. 8 f.
- 1113 Siehe beispielsweise: LAG Hessen 27.06.2012 - 16 Ta 134/12, juris, unter II. 2.
- 1114 BGH 27.10.2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49, unter II. 2. a) cc); *Mayer* in Kissel/Meyer GVG, § 17 Rn. 20; *Rieker* in Natter/Gross ArbGG, § 2 Rn. 73; *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 168; *Schütz* in GK-ArbGG, § 2 Rn. 287; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 241 f.; *Walker* in ZZZ 2010, 185 (190).
- 1115 *Walker* in ZZZ 2010, 185 (190) m. w. N.
- 1116 *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 168; *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 241 f.; *Walker* in ZZZ 2010, 185 (190).

Gegen die Argumentation der Anhänger der Schlüssigkeitstheorie wird vorgebracht, die betreffende Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes könne nicht herangezogen werde, weil lediglich über die Abgrenzung zwischen bürgerlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten und nicht über die Auslegung der §§ 2 ff. ArbGG entschieden worden sei.¹¹¹⁷

(3) Unentschlossenheit des BAG

Das BAG hatte sich in früheren Entscheidungen noch ausdrücklich für die Notwendigkeit einer Beweiserhebung im Falle des wirksamen Bestreitens des Klägervortrags ausgesprochen.¹¹¹⁸ Seit der Differenzierung nach Fallgruppen durch den nunmehr zuständigen 5. Senat, wird die Entscheidung zwischen Schlüssigkeits- und Beweiserhebungstheorie in den aut-aut- und et-et-Fällen ausdrücklich offen gelassen.¹¹¹⁹

(4) Handhabung durch untere Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit

Mangels Entscheidungsrelevanz hat sich das BAG bisher nicht zwischen Schlüssigkeits- und Beweiserhebungstheorie entschieden.

In den unteren Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit ist hingegen eine klare Tendenz zum Erfordernis des Beweises erkennbar.¹¹²⁰

¹¹¹⁷ *Schlewing* in G/M/P ArbGG, § 2 Rn. 168.

¹¹¹⁸ Grundlegend: BAG 30.08.1993 - 2 AZB 6/93, NZA 1994, 141, unter III. 3. a); bestätigend: BAG 28.10.1993 - 2 AZB 12/93, NZA 1994, 234, unter III. 2. a).

¹¹¹⁹ BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. c); BAG 31.08.1998 - 5 AZB 21/98, juris, unter II. 2. a); BAG 19.12.2000 - 5 AZB 16/00, NZA 2001, 285, unter 3.; erneut ausdrücklich offen gelassen, weil die Beklagten das Bestehen eines Weisungsrechts nicht infrage gestellt haben bei: BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. b).

¹¹²⁰ LAG Köln 01.08.2001 - 11 Ta 130/01, NZA-RR 2002, 156, Leitsatz 1; Thüringer LAG 01.08.2011 - 1 Ta 117/11, juris, unter II. 2.; LAG Hessen 20.02.2012 - 13 Ta 468/11, juris, unter II.; LAG Schleswig-Holstein 11.12.2012 - 1 Ta 129/12, juris, unter B) I. 1.; LAG Hamm 28.12.2012 - 2 Ta 163/12, juris, unter II. 2. b. bb.; LAG Berlin-Brandenburg 27.01.2014 - 4 Sa 1731/13, juris, unter II. 2. b. aa.; offenlassend, weil bereits nicht schlüssig: LAG Düsseldorf 18.12.2014 - 15 Ta 582/14, juris, unter II. 1.

(5) Stellungnahme

Die in der Rechtsprechung des BAG seit Jahrzehnten währende Unentschiedenheit des Meinungsstreits legt eine Vermutung nahe: Praktisch ist in aller Regel gar kein Beweis erforderlich, weil entweder die Rechtswegzulässigkeit bereits an der Unschlüssigkeit des Klägervortrags scheitert oder die Beklagtenseite den schlüssigen Klägervortrag nicht substantiiert zu bestreiten vermag.

Der Vortrag des Klägers muss die Arbeitnehmereigenschaft begründen können. Pauschale Behauptungen zur Weisungsabhängigkeit sind keinesfalls ausreichend. Der Kläger muss beispielsweise die Erteilung einzelner bindender Weisungen, die als arbeitsvertragliche Weisungen einzuordnen sind, explizit darlegen.¹¹²¹

Aufgrund dieser hohen Anforderungen an die Schlüssigkeit des Vortrags ist die Befürchtung, dass sämtliche Vorabentscheidungsverfahren mit Beweisaufnahmen überlastet werden, völlig ungerechtfertigt. Das Erfordernis einer Beweisaufnahme wird die Ausnahme bleiben.

Dennoch ist nicht auszuschließen, dass der Kläger versehentlich oder willentlich falsch vorträgt. Wenn – bei Zugrundelegung der Schlüssigkeitstheorie – der Beklagtenvortrag unbedeutend ist, so kann die Zulässigkeit eines, nach den Voraussetzungen in §§ 2 ff. ArbGG, tatsächlich unzuständigen Rechtswegs begründet werden.

Angesichts eines verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) muss der Beweiserhebungstheorie gefolgt werden. Zumal Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gerade der Gefahr einer Manipulation vorbeugen soll.¹¹²²

Die Gerichte für Arbeitssachen sind Fachgerichte. Die besonderen Verfahrensregeln sind auf die Gegebenheiten des Arbeitslebens, vor allem auf das Unverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, zugeschnitten. Zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit dieser Gerichtsbarkeit sollten sie diesen vorbehalten bleiben.

1121 Zu den Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag, siehe auch: LAG Düsseldorf 18.12.2014 - 15 Ta 528/14, juris, unter II. 2. a).

1122 Siehe nur: BVerfG 31.08.1999 - 1 BvR 1389/07, NZA 1999, 1234, unter II. 2. b) m. w. N.

Das Gerichtsverfassungsgesetz akzeptiert zwar, aufgrund der Regelung in § 17 Abs. 2 S. 1 GVG, unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidung über sachfremde Ansprüche, zum Zwecke der einheitlichen Sachentscheidung über einen prozessualen Anspruch jedoch nur, wenn der Rechtsweg wenigstens für einen Klagegrund eröffnet ist.

Die Beweiserhebungstheorie steht auch nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Arbeitsgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit wurden durch die betreffenden Entscheidungen nicht beantwortet.¹¹²³

Ebenso wenig überzeugt das Argument einer Verfahrensbeschleunigung bei Verzicht auf Beweisaufnahme. Oftmals wird durch die abschließend erfolgte Prüfung des Status bereits der Umfang der Begründetheitsprüfung reduziert.¹¹²⁴

c) Zusammenfassung

Hinsichtlich der Anforderungen an den Klägervortrag zu den rechtswegbegründenden Voraussetzungen ist zwischen den sogenannten sic-non und den et-et und aut-aut Fällen zu unterscheiden.

Ein sic-non-Antrag ist gegeben, wenn die Begründetheit der Klage von einem zuständigkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmal abhängig ist. Vor allem die Arbeitnehmereigenschaft nach der nationalen Begriffsdefinition ist häufig doppelrelevant.

Nach Ansicht des BAG genügt zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit in den sogenannten sic-non-Fällen bei streitigem und unstreitigem Sachverhalt weiterhin die bloße Behauptung der doppelrelevanten Tatsache durch den Kläger; also beispielsweise die Behauptung des Klägers, er stünde in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagtenseite.

Vor allem der aktuellen Rechtsprechung des BGH ist zu entnehmen, dass, nach Ansicht des BGH, zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts, das Vorliegen der sogenannten doppelrelevanten Tatsa-

1123 Hierzu ausführlich bereits: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, S. 117 f.

1124 Vgl. *Reinfelder* in RdA 2016, 87 (97).

chen zwar nicht bewiesen, aber im Klägervortrag wenigstens schlüssig dargelegt werden müssen.

Nachdem das angerufene Arbeitsgericht das Vorliegen eines sic-non-Falles erkannt hat, prüft es im Rahmen der Begründetheitsprüfung die Voraussetzungen der Arbeitnehmer- und Arbeitgebereneigenschaft der Parteien und erhebt gegebenenfalls Beweis über einzelne strittige Tatsachen. Sind die entsprechenden Voraussetzungen nicht feststellbar, so wird die Klage als *unbegründet* abgewiesen.

Zur Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten hinsichtlich des zulässigen Rechtswegs ist ein sic-non-Antrag nicht geeignet für Klagebegehren, die nach den allgemeinen Grundsätzen nicht in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen fallen, die fakultative Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG zu begründen.

In den sogenannten et-et und aut-aut-Fällen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft (bzw. die Arbeitnehmerähnlichkeit) einer Partei des Rechtsstreits zwar Voraussetzung der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte ist, aber die Begründetheit der Klage nicht unbedingt von dieser Voraussetzung abhängt, sind die Anforderungen an den Klägervortrag umstritten.

Teilweise wird eine schlüssige Darlegung für ausreichend erachtet. Teilweise wird hinsichtlich der Tatsachen, die wirksam bestritten werden, im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung Beweis verlangt.

Das BAG hat die sich jüngst bietende Gelegenheit zur Positionierung in dieser Frage nicht ergriffen und den Meinungsstreit weiterhin offen gelassen. Die unteren arbeitsgerichtlichen Instanzen fordern, entsprechend der Ansicht des BGH, eine Beweiserhebung.

Praktisch hat der Meinungsstreit, aufgrund der hohen Anforderungen an eine schlüssige Darlegung der Umstände, die die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft (oder auch der Arbeitnehmerähnlichkeit) begründen, jedoch wenig Relevanz.

3. Übertragung der Grundsätze auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer

Die sic-non-Grundsätze sind geeignet, den Zugang zu den Gerichten für Arbeitsachen in den sic-non-Fällen erheblich zu erleichtern.

Aufgrund dessen ist zu prüfen, inwieweit diese Grundsätze auch im Rahmen bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer zum Tragen kommen können.

a) Exkurs: Anwendbarkeit innerhalb des Geltungsbereichs der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

Innerhalb des zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG kann weder die bloße Behauptung, noch die schlüssige Darlegung oder der Beweis, dass es sich bei dem der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründen.

Die genannten Grundsätze spielen insoweit gar keine Rolle.¹¹²⁵

Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG führt, unabhängig von der materiell-rechtlichen Einordnung des der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages, zum Ausschluss des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten.¹¹²⁶ Die Arbeitnehmereigenschaft kann daher schon gar nicht doppelrelevant sein.

b) Anwendbarkeit außerhalb des Geltungsbereichs der Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG

aa) Außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs

Bereits nach der früheren weiteren Auslegung des Anwendungsbereichs der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG wurden die genannten

¹¹²⁵ Das entspricht mittlerweile der st. Rspr. des BAG, siehe nur: BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. b); BAG 23.08.2001 - 5 AZB 9/01, NZA 2002, 52, unter II. 1.; BAG 08.11.2006 - 5 AZB 36/06, BAGE 120, 92, unter II.; zuletzt: BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, unter II. 3. a) bb); siehe auch: *Perschke* in Natter/Gross ArbGG, § 5 Rn. 52.

In früheren Entscheidungen hatte das BAG diese Frage noch offen gelassen: BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. b); BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96, BAGE 85, 46, unter II. 2. a): „Es kann dahinstehen, ob diese Grundsätze auch dann allgemein anwendbar sind, wenn ein Organvertreter nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG geltend macht, das der Bestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis unterliege arbeitsrechtlichen Vorschriften.“

¹¹²⁶ Hierzu oben siehe: Vierter Teil, III. 2. b).

Grundsätze vom BAG konsequenterweise immer dann für anwendbar gehalten, wenn der sachliche Anwendungsbereich nicht betroffen war, weil sich das Klagebegehren auf ein weiteres, nicht der Organstellung zugrunde liegendes Rechtsverhältnis bezog.¹¹²⁷

Dies sollte beispielsweise in den sogenannten Beförderungskonstellationen der Fall sein, wenn der Kläger aus einem schon vor Abschluss des (der Organstellung zugrunde liegenden) Anstellungsvertrages geschlossenen und weiterbestehenden Arbeitsverhältnisses Rechte geltend machte, sowie, wenn der Kläger sein Klagebegehren auf einen nach der Abberufung angeblich in ein Arbeitsverhältnis umgewandelten Anstellungsvertrag bezog.¹¹²⁸

In dem der Entscheidung vom 18.12.1996 zugrunde liegenden Fall, wandte sich der Kläger beispielsweise gegen die ordentliche Kündigung seines während der Organstellung angeblich ruhenden und nach der Abberufung als Geschäftsführer wieder aufgelebten Arbeitsverhältnisses. Die Klage konnte nur begründet sein, wenn das betreffende Rechtsverhältnis tatsächlich ein Arbeitsverhältnis war. Unter Anwendung der sic-non-Grundsätze bejahte das BAG den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten aufgrund der bloßen Rechtsbehauptung des Klägers, er sei Arbeitnehmer. Ob ein solches weiteres Rechtsverhältnis tatsächlich besteht, sollte, nach Ansicht des BAG, der Begründetheitsprüfung vorbehalten bleiben.¹¹²⁹

Dem Klagebegehren, das sich aus Antrag und entsprechendem Tatsachenvortrag ergibt, musste in diesen Fällen aber entnommen werden können, dass sich die Klage auf ein weiteres Rechtsverhältnis bezog und die Anwendung der Fiktion nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausgeschlossen war.

Denn das Gericht hat stets, in einem ersten Schritt, zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale der Fiktion nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG erfüllt sind.

1127 BAG 10.12.1996 - 5 AZB 20/96, BAGE 84, 377, unter II. 3. b); BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96, BAGE 85, 46, unter II. 2. a); BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. c); BAG 25.05.1999 - 5 AZB 30/98, juris, unter II. 3. c); BAG 23.08.2001 - 5 AZB 9/01, NZA 2002, 52, unter II. 2. a).

1128 So ausdrücklich: BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 3. c).

1129 BAG 18.12.1996 - 5 AZB 25/96, BAGE 85, 46.

Beispielsweise wendete sich der Kläger in dem der Entscheidung vom 06.05.1999 zugrunde liegende Fall ebenfalls gegen die ordentliche Kündigung eines *Arbeitsverhältnisses* und machte geltend, die Kündigung sei, mangels Anhörung des Betriebsrats und sozialer Rechtfertigung, unwirksam. Das BAG prüfte im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit die Anwendung der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Es erklärte die Fiktion für einschlägig, weil der Anstellungsvertrag nicht erst nach dem Wirksamwerden der Abberufung gekündigt worden war. Folglich war die Bezeichnung des gekündigten Rechtsverhältnisses im Klageantrag als *Arbeitsverhältnis* und die Behauptung, das Anstellungsverhältnis habe sich in ein Arbeitsverhältnis gewandelt, für die Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg unerheblich. Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt konnte gar kein weiteres Rechtsverhältnis zwischen den Parteien entstanden sein.¹¹³⁰

Gleichermaßen prüfte das BAG in seiner Entscheidung vom 26.10.2012 anhand des vorgetragenen und unstrittigen Sachverhalts, ob zwischen den Parteien, neben dem der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag, noch eine weitere Rechtsbeziehung bestanden hatte. Das BAG kam zu dem Ergebnis, dass der Rechtsstreit keine weitere Rechtsbeziehung zwischen den Parteien, sondern den der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag betroffen habe, weil der ursprüngliche Vertrag zur Grundlage der Geschäftsführertätigkeit geworden war. Es stellte weiterhin fest, dass die Fiktion nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu gelten habe und folglich – obwohl es sich bei den Anträgen des Klägers nach Ansicht des BAG um sogenannte sic-non-Fälle handelte – die Gerichte für Arbeitsachen nicht zuständig sein konnten.¹¹³¹

bb) Außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG greift die Sperrwirkung nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen der GmbH und ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Organstellung unabhängig davon nicht

1130 BAG 06.05.1999 - 5 AZB 22/98, NZA 1999, 839, unter II. 4.

1131 BAG 26.10.2012 - 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253, unter II. 2.

mehr ein, ob die Klage das der Organstellung zugrunde liegende oder ein weiteres Rechtsverhältnis betrifft. Infolgedessen wird die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG praktisch kaum mehr Anwendung finden.¹¹³²

Dementsprechend richtet sich die Entscheidungsgrundlage für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit nunmehr *in der Regel* nach den genannten Fallgruppen.¹¹³³

Die Abgrenzung zwischen Klagebegehren, die das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (Anstellungsvertrag) und solchen, die eine weitere Rechtsbeziehung der Parteien betreffen, ist nunmehr nur noch im Rahmen der Einordnung des Klagebegehrens als *sic-non*, *aut-aut* oder *et-et*-Fall von Bedeutung.

Im Rahmen der Rechtswegprüfung ist das Klageziel genau zu untersuchen. Die Klageanträge sind in Zweifelsfällen unter Zuhilfenahme der jeweiligen Begründung auszulegen. Dabei kann der wirkliche Wille dem Wortlaut entgegenstehen. Im Zweifel ist eine Auslegung zu bevorzugen, die dem wohlverstandenen Interesse des Klägers am meisten entspricht.¹¹³⁴

1132 Zu allem bereits ausführlich oben, siehe: Fünfter Teil, III.

1133 Laut *Stagat* in NZA 2015, 193 (197) soll es eine Literaturansicht geben, nach der die Rechtsprechung zu den *sic-non*-Fällen bei Rechtstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer grundsätzlich nicht anwendbar sein soll; Das ist nicht richtig, unter der genannten Fundstelle *Reiserer* in MüAnwHdb ArbR, § 8 Rn. 6 findet sich zunächst gar keine Aussage hierzu; aus der entsprechenden Aussage unter Rn. 7 wird deutlich, dass die Ansicht *Reiserers* noch vor dem Hintergrund der früheren Auslegung des zeitlichen Geltungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG getroffen wurde und sich nur auf Fälle innerhalb des Geltungsbereichs der Regelung bezieht. Soweit ersichtlich, vertritt niemand die Ansicht, die *sic-non*-Grundsätze fänden außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG keine Anwendung.

1134 Zur Auslegung von Klageanträgen: *Musielak* in Musielak/Voit ZPO, § 308 Rn. 3.

cc) Einordnung einzelner möglicher Streitgegenstände

(1) Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung

(a) Ordentliche Kündigung

Der vormalige Geschäftsführer begehrt die Feststellung, dass sein „Arbeitsverhältnis“ mit der GmbH durch eine bestimmte ordentliche Kündigung nicht wirksam beendet wurde.

(aa) Klassischer sic-non-Fall

Es handelt sich um einen klassischen sic-non-Fall, wenn das Klagebegehren tatsächlich nur das Weiterbestehen eines *Arbeitsverhältnisses* betreffen soll.¹¹³⁵ Dann wäre die Klage unabhängig davon, ob die Kündigung tatsächlich unwirksam war, als unbegründet abzuweisen, wenn es sich bei dem betreffenden Rechtsverhältnis beispielsweise um einen freien Dienstvertrag handelt.

Dies ist anzunehmen, wenn der Geschäftsführer die Unwirksamkeit der Kündigung beispielweise lediglich mit einer fehlenden Anhörung des Betriebsrats (§ 102 Abs. 1 BetrVG) begründet.

(bb) Nicht eindeutige Fälle

Bezieht sich das Klagebegehren auf den der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag ist die Abgrenzung oftmals schwierig.

i. Kündigungsfrist nach § 622 BGB

Begründet der Geschäftsführer die Unwirksamkeit der Kündigung mit Nichteinhaltung einer Kündigungsfrist nach § 622 BGB, ist der Fall nicht leichthin als sic-non-Fall einzuordnen. Denn nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung kommt auch eine analoge Anwendung der Frist nach § 622 Abs. 1 BGB für die Kündigung des Dienstverhältnisses eines GmbH-Geschäftsführers in Betracht.¹¹³⁶ Die entsprechen-

¹¹³⁵ Siehe oben: II. 2. a) aa) (3).

¹¹³⁶ Siehe oben: Zweiter Teil, II. 1. a), unter Fn. 296, 297.

de ordentliche Kündigung kann demnach, unabhängig von der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis, unwirksam sein.

Bei der Auslegung des Klageantrags ist zu berücksichtigen, dass sich der Kläger, bei entsprechender Beschränkung des Klagebegehrens auf das Bestehen eines *Arbeitsverhältnisses*, dieser Begründung verschließen würde. Zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung ist gegebenenfalls ein entsprechender richterlicher Hinweis erforderlich.¹¹³⁷

Oftmals wird das Klageziel die Unwirksamkeit der Kündigung des – wie auch immer zu qualifizierenden – Rechtsverhältnisses sein.

ii. Soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG

Das bloße Berufen auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz begründet üblicherweise das Vorliegen eines sic-non-Falles.¹¹³⁸

Anders jedoch, wenn im Anstellungsvertrag vereinbart wurde, dass die materiellen Regeln des Kündigungsschutzgesetzes zu Gunsten des Organmitglieds – also unabhängig von dessen Eigenschaft als Arbeitnehmer der GmbH – gelten sollen.¹¹³⁹

Lässt sich der Klagebegründung entsprechendes entnehmen, handelt es sich um einen aut-aut-Fall. Die Arbeitnehmereigenschaft ist nicht doppelrelevant. Weil das Kündigungsschutzgesetz auch aufgrund vertraglicher Vereinbarung anzuwenden sein kann, ist die Begründetheit der Klage nicht zwangsläufig von dieser Eigenschaft abhängig.

iii. Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG

Das Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG kann über den nationalen Arbeitnehmerbegriff hinaus auch dann Anwendung finden, wenn die

1137 Zur richterlichen Hinweispflicht im Allgemeinen, siehe nur: Greger in Zöller ZPO, § 139 Rn. 5 ff.

1138 Siehe oben: II. 2. a) aa) (3).

1139 BGH 10.05.2010 - II ZR 70/09, NZA 2010, 889; hierzu schon oben, siehe: Zweiter Teil, II. 1. a).

betroffene Frau aus unionsrechtlicher Sicht als Arbeitnehmerin einzu-stufen ist.¹¹⁴⁰

Wenn eine ehemalige Geschäftsführerin die Unwirksamkeit der Kündigung ihres der Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages mit einer Missachtung des Kündigungsverbots nach § 9 MuSchG begründet, so ist im Normalfall davon auszugehen, dass das Klagebegehren nach ihrem wirklichen Willen auch den Arbeitnehmerstatus nach Unionsrecht umfassen soll.

Weil das Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG auch bei einem nach nationalen Recht als Dienstvertrag einzuordnenden Rechtsverhältnis Anwendung finden kann, ist der Klageerfolg nicht von der Einordnung des Anstellungsvertrages als Arbeitsverhältnis nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff abhängig. Für die Rechtswegzuständigkeit ist bekanntlich der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

Für die Einordnung als sic-non-Fall fehlt es somit an der erforderlichen Doppelrelevanz.¹¹⁴¹

Insoweit hat die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerei-genschaft von GmbH-Geschäftsführern doch – wenn auch nur mittel-bar – einen (kleinen) Einfluss auf den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten. Klagebegehren, bei denen bisher die Behauptung der Arbeitnehmerei-genschaft kurzerhand die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bewirkte, müssen nun differenziert betrachtet werden.

(b) Außerordentliche Kündigung

Wendet sich der Kläger gegen eine außerordentliche fristlose Kündigung seines „Arbeitsverhältnisses“, gilt im Grunde das Gleiche:

Soll das Klagebegehren nur den (Fort)bestand eines *Arbeitsverhältnisses* betreffen, so ist von einem sic-non-Fall auszugehen. Die Klage ist dann aber bereits unbegründet, wenn es sich bei dem betreffenden Rechtsverhältnis um ein freies Dienstverhältnis handelt, unabhängig davon, ob dieses aufgrund unwirksamer Kündigung weiter Bestand haben würde.

¹¹⁴⁰ Siehe oben: Dritter Teil, III. 1. b) bb).

¹¹⁴¹ Vgl. auch *Reinfelder* in RdA 2016, 87 (96, Fn. 123).

Der Kläger begründet derartige Anträge üblicherweise mit dem Fehlen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB oder Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeit der Klage ist dabei nicht von der Einordnung als Arbeitsverhältnis abhängig.

Im Wege der Auslegung ist der wirkliche Wille des Klägers zu ermitteln. Üblicherweise wird für den Kläger aber der Fortbestand des Rechtsverhältnisses entscheidend sein.

(2) Verlangen von Zahlung eines vereinbarten Entgelts für geleistete Arbeit

(a) Entgelt für geleistete Arbeit

Zahlungsklagen, mit denen Entgelte als Gegenleistung für die geleistete Tätigkeit als Geschäftsführer geltend gemacht werden, sind bekanntlich typische aut-aut-Fälle.

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat dies bereits für Klagen auf Nachzahlung der Vergütung bei sittenwidriger Höhe, Vergütung von Überstunden, Zahlung von Weihnachtsgeld¹¹⁴² und Bonuszahlungen¹¹⁴³ bejaht.

(b) Annahmeverzug

Anders jedoch, wenn Zahlungsklagen aufgrund (vermeintlich) unwirksamer Beendigung des Rechtsverhältnisses auf Annahmeverzug gestützt werden.

Entscheidend ist, auf welche Unwirksamkeitsgründe sich der Kläger beruft. Es kann nur von einem sic-non-Fall ausgegangen werden, wenn diese den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen.¹¹⁴⁴

¹¹⁴² BAG 08.09.2015 - 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342.

¹¹⁴³ LAG Rheinland-Pfalz 21.12.2014 - 6 Ta 123/14; weiteres Beispiel für Zahlungsklage: LAG Hamm 02.10.2015 - 2 Ta 249/15, juris.

¹¹⁴⁴ Kein sic-non-Fall, weil sich Kläger auf Unwirksamkeitsgründe beruft, die nicht den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen: LAG Köln 30.03.2015 - 5 Ta 91/15, juris, unter II. 1. a)

(3) Erteilung Zwischenzeugnis / Endzeugnis

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 22.10.2014 das klageweise Verlangen eines qualifizierten Zwischen- bzw. Endzeugnisses als einen sic-non-Fall eingeordnet.¹¹⁴⁵

Im Normalfall wird es sich bei derartigen Klagebegehren aber um aut-aut-Fälle handeln. Denn während sich Arbeitnehmer auf § 109 GewO berufen können, kann sich ein entsprechender Anspruch für freie Dienstnehmer aus § 630 BGB ergeben.¹¹⁴⁶ Die Arbeitnehmerei-genschaft ist somit nicht doppelrelevant.

Aufgrund dessen hatte das LAG Köln in einer Entscheidung vom 30.03.2015 richtigerweise das Verlangen eines Zwischenzeugnisses nicht als sic-non-Fall angesehen.¹¹⁴⁷ Denn im Unterschied zu der vor- genannten Entscheidung des BAG hatte der Kläger lediglich die Ertei- lung eines Zwischenzeugnisses verlangt, „das sich auf Verhalten und Leistung erstreckt“ anstatt eines, „das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im *Arbeitsverhältnis*“¹¹⁴⁸ erstreckt“.

Auch bei diesen Klagebegehren ist also genau zu untersuchen, ob der Kläger den Erfolg der Klage vom Bestand eines Arbeitsverhältnis- ses abhängig machen will oder lediglich die konkrete Leistung begehrt, unabhängig davon, wie das Rechtsverhältnis materiell-rechtlich zu qualifizieren ist.

(4) Urlaubsabgeltung

Ein weiteres Klagebegehren, bei dem nicht bedenkenlos das Vorliegen eines sic-non-Falles bejaht werden darf, ist das Verlangen einer finan- ziellen Abgeltung für – während der Geschäftsführertätigkeit – nicht genommenen Urlaub.

Es spricht viel dafür, dass die persönlichen Anwendungsbereiche des entsprechenden Anspruchs aus dem Bundesurlaubsgesetz und des Arbeitsgerichtsgesetzes, aufgrund der erläuterten Rechtsprechung des

1145 BAG 22.10.2014 - 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60, unter II. 2. a).

1146 Müller-Glöge in EK ArbR, § 630 BGB Rn. 1 f.; zum Zeugnisanspruch des GmbH- Geschäftsführers, siehe auch: Brötzmann in GmbHR 2016, R97.

1147 LAG Köln 30.03.2015 - 5 Ta 91/15, juris, unter II. 1. b).

1148 Hervorhebung der Verfasserin.

EuGH, nicht mehr übereinstimmen. GmbH-Geschäftsführern könnte der Anspruch auch dann zustehen, wenn diese lediglich als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen sind.¹¹⁴⁹

Es gilt das oben Gesagte: Das Klagebegehren ist entsprechend auszulegen.

(5) Schadensersatz / Entschädigung aufgrund Verletzung von Benachteiligungsverboten aus AGG

Verlangt ein abberufener GmbH-Geschäftsführer, aufgrund (angeblicher) Verstöße gegen ein Benachteiligungsverbot aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Schadensersatz für materielle Schäden oder angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden (§ 15 Abs. 1, 2 AGG), so wird es sich in den meisten Fällen *nicht* um einen sic-non-Antrag handeln.

Für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§ 6 AGG) ist die Arbeitnehmer-eigenschaft nach nationalem Recht bekanntermaßen keine zwingende Voraussetzung. Für die Einordnung als sic-non-Fall fehlt es demnach an der Doppelrelevanz der Arbeitnehmereigenschaft.

Einerseits findet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, soweit die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie der berufliche Aufstieg betroffen sind, gemäß § 6 Abs. 3 AGG ausdrücklich – unabhängig von deren Arbeitnehmereigenschaft – auf Geschäftsführer Anwendung.

Andererseits ist für den persönlichen Anwendungsbereich bei anderen denkbaren Verstößen der weitere unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.¹¹⁵⁰

(6) Schadensersatz aufgrund Verletzung von Geschäftsführerpflichten

Die GmbH wird als Klägerin bei Haftungsklagen oftmals kein Interesse an der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen haben und die Klage in der ordentlichen Gerichtsbarkeit erheben. Die speziellen Verfahrensregeln dienen vor allem dem Schutz der Arbeitnehmer und we-

¹¹⁴⁹ Siehe oben: Dritter Teil, III. 1. b) bb).

¹¹⁵⁰ Siehe oben: Dritter Teil, III. 1. b) bb).

niger der Arbeitgeber. Zudem hält sich das Gerücht der Arbeitnehmerfreundlichkeit der Arbeitsgerichte.¹¹⁵¹

Möglicherweise könnte sich die GmbH aber eine schnellere Erledigung des Verfahrens versprechen. Oder es bestehen Vorbehalte gegen einzelne Richter der Kammer für Handelssachen des zuständigen ordentlichen Gerichts und deren Befassung mit dem Rechtsstreit soll verhindert werden.

Macht die GmbH Schadensersatz aufgrund Verletzung von Geschäftsführerpflichten geltend, liegt kein sic-non-Fall vor. Vielmehr ist, nach der hier vertretenen Ansicht, von einem et-et-Fall auszugehen, weil organschaftliche und vertragliche Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, die sich *nicht* gegenseitig ausschließen. Die vertraglichen Schadensersatzansprüche sind solche *aus dem Arbeitsverhältnis*, wenn der Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH einzuordnen ist.

Nach der Ansicht der herrschenden Meinung, die von Gesetzeskonkurrenz ausgeht¹¹⁵², ist eine Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte in den entsprechenden Fällen immer ausgeschlossen.

c) Zwischenergebnis

Die Anforderungen an den Klägervortrag zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte richten sich bei Rechtsstreitigkeiten zwischen ehemaligem Geschäftsführer und GmbH – außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG – ebenfalls nach den vom BAG entwickelten sic-non-Grundsätzen.

Im Rahmen der Einordnung der jeweiligen Streitgegenstände unter die einzelnen Fallgruppen ist das Klageziel entscheidend, welches durch Auslegung des Klägervortrags zu ermitteln ist.

Die Begutachtung einzelner möglicher Klagebegehren hat aufgezeigt, dass sogenannte sic-non-Anträge eher selten anzunehmen sind.

Die Auslegung des Klagebegehrens wird meist ergeben, dass, nach dem wirklichen Willen des Klägers, die Klage nicht nur dann Erfolg

1151 Zu den speziellen Verfahrensregeln siehe oben: Erster Teil, I. 2. b); zum „Gerücht“ der Arbeitnehmerfreundlichkeit der Arbeitsgerichte sogleich.

1152 Zur herrschenden Meinung oben siehe: I. 3. b) bb) (1) (a) (bb) i.

haben soll, wenn zwischen den Parteien nach der nationalen Begriffsdefinition tatsächlich ein Arbeitsverhältnis besteht bzw. bestand.

Denn bei GmbH-Geschäftsführern besteht die Besonderheit, dass der Anwendungsbereich vieler Arbeitsgesetze auch ohne die Arbeitnehmereigenschaft nach nationaler Begriffsbestimmung eröffnet sein kann. Sei es, weil die entsprechenden Gesetze nach ständiger Rechtsprechung analog angewendet werden, die Arbeitnehmereigenschaft nach dem weiteren unionsrechtlichen Begriffsverständnis ausreichend ist oder die Geltung des Gesetzes im Anstellungsvertrag vereinbart wurde. Die Doppelrelevanz der Arbeitnehmereigenschaft ist daher vielfach gerade nicht gegeben.

Ein sic-non-Antrag kann nur bei reinen Statusklagen unschwer angenommen werden. Die übrigen Anträge sind jeweils genau zu untersuchen.

Weil, nach der Rechtsprechung des BAG, die Verbindung eines Antrags mit einem sic-non-Antrag zur Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten die Zusammenhangszuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 3 ArbGG nicht begründet, kann die Verbindung von Klagebegehren mit einer Statusklage ebenfalls nicht zielführend sein.

Bei den meisten Klagebegehren handelt es sich daher um aut-aut- oder et-et-Fälle. Die Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte erfordert daher in den meisten Fällen zumindest eine schlüssige Darlegung der Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers im Verhältnis zur GmbH. Im Falle wirksamen Bestreitens ist – nach der hier vertretenen Ansicht – sogar der Beweis erforderlich.

Die Aussagen in der Literatur, die bloße Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers eröffne gemäß der neuen Rechtsprechung des BAG zum Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nunmehr regelmäßig den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bzw. es bestehe ein Wahlrecht¹¹⁵³, sind folglich widerlegt.

1153 Hinsichtlich der Nachweise der entsprechenden Aussagen siehe oben: Fünfter Teil, III. 3., unter Fn. 884, 885.

III. Schlussfolgerungen

1. Begründung der Rechtswegzuständigkeit bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer – Unterschiede zwischen Klageerhebung in der Arbeitsgerichtsbarkeit und in der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Aus der Begutachtung der Rechtsprechung lässt sich in der Gesamtschau folgendes hinsichtlich der Rechtswegzuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer schlussfolgern:

a) Klageerhebung in der Arbeitsgerichtsbarkeit

Soll die Klage bei einem Arbeitsgericht verhandelt werden, so sind hinsichtlich der Zuständigkeit des Rechtswegs drei Hürden zu bewältigen.

Zunächst ist die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu überwinden.

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG ist dies sehr einfach mit der Beendigung der Organstellung – durch Amtsniederlegung oder Abberufung – bis zur letzten Tatsachenverhandlung oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges möglich.

Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG muss gar nicht erst überwunden werden, wenn der Streitgegenstand ein anderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, das die Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH gerade nicht zum Gegenstand hat. Das muss aus dem Klägervortrag eindeutig hervorgehen.

Weiterhin muss es sich um einen Streitgegenstand handeln, der sich unter die Fallgruppen in § 2 ArbGG subsumieren lässt.

Hierfür ist es ausreichend, dass innerhalb eines prozessualen Anspruchs wenigstens ein – nicht offensichtlich ausgeschlossener – materieller Anspruch darunter zu zählen ist.

Nicht subsumierbar sind sämtliche Streitgegenstände, die ausschließlich mögliche Rechte und Pflichten der Parteien betreffen, die sich nur aus der Organstellung des Geschäftsführers ergeben können und nicht Inhalt des zugrunde liegenden Anstellungsvertrags gewor-

den sind oder mit diesem in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Als weitere Hürde der Zuständigkeitsbegründung sind die Arbeitnehmer- und Arbeitgebererschaft der Parteien in dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis darzulegen.

Dabei sind die Darlegung der Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff sowie der Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne einer wirtschaftlichen Abhängigkeit möglichst, jeweils in Ausgestaltung durch Rechtsprechung und Literatur.

Die Darlegung der Arbeitnehmereigenschaft nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist hingegen nicht zielführend.

Die Anforderungen an die Darlegung der tatsächlichen Umstände, die zu dieser Einordnung führen, variieren je nachdem, ob diese Voraussetzung doppelrelevant ist, also auch im Rahmen der Begründetheit des Klageantrags entscheidend ist oder nicht.

Die Arbeitnehmerähnlichkeit ist niemals doppelrelevant. Die Arbeitnehmereigenschaft nach nationalem Recht ist doppelrelevant, wenn für die Begründetheit des Klageantrags zwingende Voraussetzung ist, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht bzw. bestand.

Das kann leicht durch eine bestimmte Formulierung des Klageantrags erreicht werden, mit dem deutlich zum Ausdruck kommt, dass mit dem Antrag – beispielsweise der Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung – gleichzeitig die Feststellung begehrt wird, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis um ein *Arbeitsverhältnis* handelt. Dem Klagebegehren muss jedenfalls ausdrücklich entnommen werden, dass der Erfolg der Klage vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden soll.

In diesem Fall genügt die bloße Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft nach nationaler Begriffsbestimmung. Eine Darlegung der Umstände, die diese materiell-rechtliche Einordnung schlüssig begründen, ist im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit nicht nötig.

Auf diese Weise lässt sich die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für eine Rechtsstreitigkeit zwischen Geschäftsführer und GmbH tatsächlich „herbeiführen“. Das gilt im Übrigen auch für solche Gesellschafter-Geschäftsführer, die, aufgrund ihres beherrschenden Einflusses auf

die Gesellschafterversammlung, offensichtlich niemals Arbeitnehmer der GmbH sein könnten.

Eine andere Frage ist jedoch, wie sinnvoll eine solche Einschränkung des Klageantrags mit dem einzigen Ziel, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit zu erreichen, sein kann. Denn der Erfolg des Klageantrags ist vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig. Ist ein solches nicht gegeben, kann der Antrag nicht aus anderen Gründen erfolgreich sein. Die Klage des genannten Gesellschafter-Geschäftsführers mit beherrschendem Einfluss ist damit in jedem Falle *unbegründet*.

Durch den sic-non-Antrag wird die Chance verpasst, dem Antrag, unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft nach nationalem Recht, zum Erfolg zu verhelfen. Aufgrund der sich gerade beim GmbH-Geschäftsführer bietenden vielfältigen anderweitigen Begründungsmöglichkeiten scheint dies wenig sinnvoll. So wird beispielsweise die Möglichkeit abgeschnitten, dass der Antrag begründet ist, weil dem Geschäftsführer ein bestimmter arbeitsrechtlicher Anspruch aufgrund seiner Arbeitnehmereigenschaft *im unionsrechtlichen Sinne* zusteht.

Vor diesem Hintergrund ist zur Begründung der Zuständigkeit meist eine Darlegung von Umständen erforderlich, aus denen sich schlüssig die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff ableiten lässt.

Von vornherein ausgeschlossen ist dies bei Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführern und beherrschenden Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern.

Bei Fremdgeschäftsführern oder nicht beherrschenden Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern muss das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers von der GmbH dargelegt werden, in dem beispielsweise einzelne arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen, die über die Modalitäten der Geschäftsführertätigkeiten bestimmen, vorgetragen werden.

Alternativ kann auch versucht werden, Umstände darzulegen, die das Vorliegen einer Arbeitnehmerähnlichkeit, im Sinne einer wirtschaftlichen Abhängigkeit, schlüssig begründen können.

Die Zulässigkeit einer Wahlfeststellung zwischen der Arbeitnehmereigenschaft und der Arbeitnehmerähnlichkeit im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit hilft nicht weiter. Denn das heißt letztlich nur,

dass eine nähere Klärung des Status insoweit nicht erforderlich ist, wie wenigstens eine der Eigenschaften bejaht werden kann.¹¹⁵⁴

Werden die dargelegten Umstände durch die Beklagtenseite substantiiert bestritten, so müssen diese – nach richtiger Ansicht – bewiesen werden.

Das BAG hat sich hinsichtlich dieses Meinungsstreits zwar noch nicht festgelegt. Die unteren arbeitsgerichtlichen Instanzen, bei denen der Rechtsstreit seinen Anfang findet, folgen aber überwiegend der Beweiserhebungstheorie.

Auf den ersten Blick einfacher scheint es, die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen, wenn sich der Streitgegenstand auf eine weitere Rechtsbeziehung zwischen den Parteien bezieht. Denn hierbei ist der Geschäftsführer gerade nicht in seiner Rolle als solcher tätig gewesen. Schwierig wird aber sein, schlüssig darzulegen, dass eine solche weitere Rechtsbeziehung überhaupt anzunehmen ist. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG ist das Bestehen eines ruhenden Arbeitsverhältnisses in den sogenannten Beförderungsfällen praktisch ein Ausnahmefall. Das Gleiche gilt für die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses nach der Abberufung aus der Organstellung. Eine automatische Umwandlung des bisherigen Vertragsverhältnisses in einen Arbeitsvertrag ist ausgeschlossen. Vielmehr bedarf es einer Vereinbarung. Für die Annahme einer solchen Parteivereinbarung sind hinreichende Anhaltspunkte erforderlich, die regelmäßig aber nicht vorliegen werden. Auch diese sind im Bestreitensfalle im Übrigen zu beweisen.

Zudem ist zu beachten, dass sich der Klageantrag auch nur auf dieses weitere Rechtsverhältnis bezieht. Die geltend gemachten Ansprüche müssen sich aus diesem ergeben. Eine mit der Klage angegriffene Kündigung muss dieses Rechtsverhältnis betroffen haben.

b) Klageerhebung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Soll ein Rechtsstreit zwischen Geschäftsführer und GmbH vor einem ordentlichen Zivilgericht (Amtsgericht oder Landgericht) verhandelt

¹¹⁵⁴ Zur Zulässigkeit der Wahlfeststellung bei der Rechtswegzuständigkeit, grundlegend: BAG 14.01.1997 - 5 AZB 22/96, NZA 1997, 399, unter II.; BAG 16.07.1997 - 5 AZB 29/69, BAGE 86, 178, unter II. 5.

werden, stellt sich die Begründung der Rechtswegzuständigkeit deutlich einfacher dar.

Unklar ist bereits, ob die ordentlichen Gerichte überhaupt der Rechtsprechung des BAG zur Auslegung des zeitlichen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG folgen werden. Die Rechtsprechung der unteren Instanzen ist diesbezüglich uneinheitlich.¹¹⁵⁵

Jedoch selbst wenn die ordentlichen Gerichte der neuen Rechtsprechung des BAG zur Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG folgen und die Regelung nach der Beendigung der Organstellung nicht mehr anwenden, wird es nicht zu einer Verweisung in die Arbeitsgerichtsbarkeit kommen. Denn nach der Ansicht des BGH kann das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers niemals ein Arbeitsverhältnis sein. Eine Kehrtwende ist bisher nicht erkennbar.

Eine Rüge der Rechtswegzuständigkeit unter Darlegung von Umständen, die eine persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von der GmbH belegen sollen, ist folglich nicht weiter zielführend. Nach Ansicht des BGH ist eine solche Darlegung, aufgrund entgegenstehender Organstellung, bereits unschlüssig.

Die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers im unionsrechtlichen Sinne müssen zwar auch die ordentlichen Gerichte beachten, diese ist aber im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit – wie bereits vielfach festgestellt – nicht maßgeblich.

Ein Berufen der Beklagtenseite auf Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG wäre zwar denkbar, der BGH verwendet aber, hinsichtlich der Ausgestaltung dieses Begriffs, die gleichen Kriterien wie das BAG. Die Arbeitnehmerähnlichkeit scheidet daher wohl regelmäßig an einer vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit.

Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Beklagtenseite keine Möglichkeit hat, bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH

1155 Siehe beispielsweise: OLG Brandenburg 30.09.2015 - 11 U 113/14, juris, unter II. A.; LG Bonn 21.05.2015 - 14 O 49/13, juris, unter A. I. beide Gerichte nehmen ohne weiteres die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG an; Anders hingegen: OLG München 27.10.2014 - 7 W 2097/14, NZA-RR 2014, 660, unter 1. b); OLG Nürnberg 15.07.2015 - 12 W 1374/15, MDR 2015, 1202, unter II. 3. c): „Nach Beendigung der Organstellung entfällt indes die Fiktionswirkung.“

und Geschäftsführer, eine Verweisung in die Arbeitsgerichtsbarkeit zu erreichen.

Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn sich der Streitgegenstand auf eine weitere Rechtsbeziehung zwischen den Parteien bezieht, die gerade nicht der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegt. Hierbei stellen sich aber ebenfalls die oben erläuterten Schwierigkeiten.

2. Manipulationsmöglichkeiten bzw. Wahlrecht hinsichtlich Rechtsweg?

Die Darstellung der einzelnen Hürden der Begründung der Rechtswegzuständigkeit zeigt nochmals deutlich, dass Manipulationsmöglichkeiten hinsichtlich des zulässigen Rechtswegs äußerst begrenzt sind.

Von einem „Wahlrecht“ kann schon gar nicht gesprochen werden.

Ein solches hat die jeweilige Klägerpartei nur, wenn der Geschäftsführer tatsächlich als Arbeitnehmer nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff oder als arbeitnehmerähnlich i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG anzusehen ist und sich der Streitgegenstand unter eine der Fallgruppen nach § 2 ArbGG subsumieren lässt. Durch die Wahl des angerufenen Gerichts entscheidet die Klägerseite in diesen Fällen über den zulässigen Rechtsweg.

Gelingt die schlüssige Darlegung der rechtswegbegründenden Umstände nicht, riskiert die Klägerseite aber nur die Auferlegung der Verweiskosten und einen gewissen Zeitverlust.

Im Übrigen kann die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte – mit der dargestellten Sinnhaftigkeit bzw. Sinnlosigkeit – nur in den sogenannten sic-non-Fällen *herbeigeführt* werden.

Die Zuständigkeit für andere Streitgegenstände kann durch Erhebung eines sic-non-Antrags, beispielsweise einer Statusklage, ebenfalls nicht begründet werden. Es bietet sich lediglich die Möglichkeit in der Güteverhandlung etwaige andere Ansprüche vergleichsweise mitzuerledigen.¹¹⁵⁶

Ein Hinausschieben der Abberufung, um die Geltung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zu erhalten und dem Geschäftsführer auf diese Wei-

1156 Vgl. *Graef/Heilemann* in *GmbHR* 2015, 225 (230).

se den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu versperren, ist wenig sinnvoll. Einerseits müsste damit bis zur letzten mündlichen Verhandlung abgewartet werden. Andererseits kann der Geschäftsführer das Amt ohne weiteres selbständig niederlegen. Streiten die Parteien über die Wirksamkeit einer Kündigung des Anstellungsvertrages, sollte die eigenständige Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer auch keinen außerordentlichen Kündigungsgrund schaffen. Zudem verbleiben dem Geschäftsführer bis zu seiner Abberufung weitreichende Kompetenzen, an denen die GmbH regelmäßig kein Interesse haben wird.

3. Prozesstaktische Überlegungen – Vor- und Nachteile der Gerichtsbarkeiten

Wie gesehen, sind die Möglichkeiten der Einflussnahme auf den zulässigen Rechtsweg eher begrenzt. Dennoch stellt sich die Frage, aus welchen Gründen der (ehemalige) Geschäftsführer oder auch die GmbH überhaupt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit anstreben sollten oder, ob sich eine Klageerhebung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit empfiehlt.

Im Übrigen kann die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen auch durch Vereinbarung der Parteien nach § 2 Abs. 4 ArbGG begründet werden. Eine solche Vereinbarung soll auch nachträglich und konkludent möglich sein.¹¹⁵⁷

a) „Materiell-rechtliche“ Gründe

aa) BGH-Ansicht zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern

Ein wesentlicher Unterschied wurde bereits vielfach erläutert. Nach zivilrechtlicher höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers im Verhältnis zur GmbH nach der nationalen Begriffsdefinition ausgeschlossen. Bisher ist nicht eindeutig feststellbar, dass sich die unteren Instanzen der Ansicht des BAG anschließen. Aufgrund dessen bedeutet die Klageerhebung in der

¹¹⁵⁷ Siehe nur: *Walker* in Schwab/Weth ArbGG, § 2 Rn. 219.

ordentlichen Gerichtsbarkeit zugleich die Verneinung eines Arbeitsverhältnisses.¹¹⁵⁸

Die zulässige Klageerhebung in der Arbeitsgerichtsbarkeit bedeutet hingegen zumindest die *Möglichkeit* der Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

Ein Umstand, der sich durchaus positiv auf die Verhandlungsposition des (ehemaligen) Geschäftsführers auswirken kann.¹¹⁵⁹

bb) Sachnähe der Arbeitsgerichte

Die Vorgaben des Unionsrechts haben die ordentlichen Gerichte aber ebenfalls umzusetzen. Wie gesehen, erfordert das Unionsrecht gegebenenfalls die Anwendung nationalen Arbeitsrechts aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs. Während die Einflüsse des Unionsarbeitsrechts für die Zivilgerichte eher eine fachfremde Rechtsmaterie sein dürfte, sind die Arbeitsgerichte damit wohl vertraut. Die Arbeitsgerichte sind aufgrund ihrer Spezialisierung in jedem Fall das sachnähere Gericht.¹¹⁶⁰

Welche Vorteile daraus gezogen werden sollen, ist aber unklar. Die entscheidenden Richter der ordentlichen Zivilgerichte müssen sich die erforderlichen Kenntnisse gegebenenfalls zunächst aneignen und lassen sich möglicherweise – mehr als die routinierten Arbeitsrichter – durch Rechtsausführungen der Parteien leiten.

cc) Besondere Arbeitnehmerfreundlichkeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung?

Des Weiteren hält sich das Gerücht, die Arbeitsgerichte würden besonders arbeitnehmerfreundlich entscheiden.

Diese Aussage lässt sich schwerlich mit Rechtstatsachen beweisen.

Zwar werden die Mehrheit der Klagen durch die Arbeitnehmerseite, nämlich Arbeitnehmer, Gewerkschaften und Betriebsräte, einge-

1158 Vgl. *Klasen* in BB 2013, 1849 (1853); *Reiserer* in BB 2016, 1141 (1145).

1159 So auch: *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1080).

1160 Vgl. *Spielberger* in NJW 2015, 718 (720).

reicht,¹¹⁶¹ hieraus kann aber kein Rückschluss auf besondere Arbeitnehmerfreundlichkeit der Gerichte gezogen werden. Dieser Unterschied folgt vielmehr aus der Konzeption des materiellen Arbeitsrechts, das die Arbeitnehmer zu nachträglichen gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrollen drängt.¹¹⁶²

Aus der hohen Vergleichsquote lässt sich aber im Gegenzug auch kein Indiz dafür entnehmen, dass die Parteien von der Neutralität der Arbeitsgerichte ausgehen.¹¹⁶³

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die hohe Vergleichsquote in der Arbeitsgerichtsbarkeit eine Folge verschiedener Faktoren ist. Dazu gehören beispielsweise verschiedene verfahrensrechtliche Regelungen des Arbeitsgerichtsgesetzes, die auf eine gütliche Einigung hinwirken,¹¹⁶⁴ aber auch die Tatsache, dass die wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Parteien die Verhandlungsmöglichkeiten eher begünstigen als dies beispielweise bei finanziell gleich starken oder schwachen Parteien in anderen zivilrechtlichen Angelegenheiten ist.

Die Feststellung, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit insgesamt eher zum Vorteil der Arbeitnehmerseite entscheidet, bedürfte einer umfassenden Untersuchung einer großen Anzahl von einzelnen Entscheidungen.

b) Prozessuale Gründe

Die prozessualen Besonderheiten der Arbeitsgerichtsverfahren, welche auf eine lange Tradition zurückblicken, wurden bereits eingangs erläutert.¹¹⁶⁵

Fraglich ist, ob und inwieweit diese bei gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Geschäftsführer und GmbH vorteilhaft sein können.

1161 Siehe beispielsweise im Jahre 2014: 368.223 eingereichte Klage im Verhältnis zu 23.791 durch Arbeitgeber und ihre Organisationen; einsehbar in der Statistik zur Tätigkeit der Arbeitsgerichte in Deutschland im Jahr 2014, abrufbar unter: <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/statistik-zur-arbeitsgerichtsbarkeit.html> (zuletzt abgerufen am: 02.08.2016)

1162 So bereits: *Weth* in NZA 1998, 680 (683).

1163 So aber: *Weth* in NZA 1998, 680 (683).

1164 Hierzu oben siehe: Erster Teil, I. 2. b) dd).

1165 Siehe oben: Erster Teil, I. 2.

aa) Prozesskosten

Weil kein Gerichtskostenvorschuss bezahlt werden muss, ist der Zugang zu den Arbeitsgerichten, im Vergleich zu den ordentlichen Gerichten, erleichtert. Aber nur im Falle einer gütlichen Einigung müssen letztlich keine Gerichtskosten bezahlt werden. Die Anwaltskosten und Auslagen trägt jede Partei stets selbst.

Zur Stärkung der Verhandlungsposition gegenüber der GmbH wird daher vorgeschlagen, überhöhte Forderungen einzuklagen, die sich bei den Gerichts- und Anwaltskosten im Falle einer gütlichen Einigung nicht bemerkbar machen.¹¹⁶⁶

Fraglich ist aber, inwieweit diese Kostenerleichterungen für klagende Geschäftsführer angesichts der verhältnismäßig hohen Gehälter und eher niedrigen Gerichtskosten überhaupt von Bedeutung sind. Zudem sind die eigenen Anwaltskosten und Auslagen in jedem Falle – im Unterschied zum Verfahren vor den ordentlichen Gerichten – komplett selbst zu tragen.

Auf anwaltliche Vertretung kann zwar in der ersten Instanz verzichtet werden. Eine Selbstvertretung ist aber, im Hinblick auf die regelmäßig komplexe Rechtslage mit arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflüssen, wenig sinnvoll.

bb) Beschleunigungsgrundsatz

Als Folge des Beschleunigungsgrundsatzes wird vor den Arbeitsgerichten nach Eingang der Klage sogleich ein Termin für die obligatorische Güteverhandlung einberaumt. Ein schriftliches Vorverfahren findet nicht statt. Gemäß § 47 Abs. 1 ArbGG erfolgt in der Regel auch keine Aufforderung an den Beklagten sich auf die Klage schriftlich zu äußern.

Entgegen Behauptungen in der Literatur¹¹⁶⁷ ist diese Beschleunigung des Verfahrens nicht ausschließlich vorteilhaft.

Die Ausarbeitung einer Verhandlungsstrategie gestaltet sich für beide Parteien als schwierig. Für die Beklagtenseite fehlt es im Wesent-

1166 Hierzu: *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079).

1167 *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1081); *Grimm* in jM 2015, 329 (331); *Klasen* in BB 2013, 1849; *Spielberger* in NJW 2015, 718 (720).

lichen an der nötigen Zeit. Der Klägerseite fehlen oftmals die Einlassungen der Beklagtenseite. Eine Vorbereitung auf einzelne Argumente ist nicht möglich, weil ein Austausch der Argumente regelmäßig noch gar nicht stattgefunden hat.

cc) Paritätische Besetzung

Die paritätische Besetzung mit ehrenamtlichen Richtern aus Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft gibt die natürlichen Interessengegensätze der Parteien wieder und verschafft der Rechtsprechung einen Zugang zu den Kreisen des Arbeitslebens. Das Gericht soll mithilfe der speziellen Sachkenntnis und der Berufserfahrung sachnäher entscheiden können.¹¹⁶⁸

Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH werden diese Interessensgegensätze durch die paritätische Besetzung nicht optimal widerspiegelt. Den ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitnehmer werden die speziellen Angelegenheiten des Geschäftsführers im Verhältnis zur Gesellschaft regelmäßig fremd sein. Denn sie stammen aus der gewöhnlichen Arbeitnehmerschaft und sind bestenfalls leitende Angestellte. GmbH-Geschäftsführer werden hingegen nur für die Arbeitgeberseite als ehrenamtliche Richter tätig.

Dieser Umstand birgt zumindest ein gewisses Risiko.

dd) Möglichkeit des Urkundenprozesses

Die Möglichkeit einer Klageerhebung im Urkundenprozess besteht nur vor den ordentlichen Gerichten, denn die entsprechenden Vorschriften (§§ 592 ZPO ff.) finden im Urteilsverfahren vor den Arbeitsgerichten keine Anwendung (§ 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG).

Im Wege des Urkundenprozesses können Zahlungsansprüche schnell und einfach eingeklagt werden, denn diese sind regelmäßig bereits durch die Vorlage des entsprechenden Vertrages belegbar. Die Verteidigungsmöglichkeiten sind hingegen eingeschränkt, weil der Beweis darüber, dass die behaupteten Ansprüche nicht bestehen, regelmäßig nicht durch die Vorlage von Urkunde gelingen kann. Die Be-

¹¹⁶⁸ Hierzu oben siehe: Erster Teil, I. 2. b) bb).

klagtenseite muss ihre Rechte im Nachverfahren geltend machen. Die Klägerseite erlangt auf diese Weise ein Vorbehaltsurteil, das vorläufig und ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar ist (§ 708 Nr. 4 ZPO). Die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil kann aber durch eine eigene Sicherheitsleistung abgewendet werden (§ 711 ZPO). Stellt sich im Nachverfahren die Unbegründetheit der Ansprüche heraus, so besteht zudem die Gefahr eines Schadensersatzanspruchs der Beklagtenseite (§§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 S. 3 ZPO).

(1) Statthaftigkeit des Urkundenprozesses bei Zahlungsansprüchen des Geschäftsführers

Will der ehemalige Geschäftsführer gegenüber der GmbH Vergütungsansprüche geltend machen, kann er in der ordentlichen Gerichtsbarkeit Klage im Wege des Urkundenprozesses erheben. Eine analoge Anwendung von § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG kommt nach der absolut herrschenden Meinung nicht in Betracht. Dabei wird teilweise auf die mangelnde besondere Schutzwürdigkeit im Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft abgestellt. Entscheidend sind aber der Ausnahmecharakter der Regelung und das Nichtbestehen einer planwidrigen Regelungslücke.¹¹⁶⁹

Der im Regelfall schriftlich geschlossene Anstellungsvertrag ist normalerweise für den Anspruch auf eine Bruttomonatsvergütung eine beweisgeeignete Urkunde. Die GmbH wird hingegen schwerlich beispielsweise eine wirksame Kündigung, die zum Erlöschen der Ansprüche geführt hat, durch Urkunden beweisen können.¹¹⁷⁰

Bonuszahlungen und Tantieme werden hingegen oftmals nicht einfach durch Vorlage des schriftlichen Anstellungsvertrages zu beweisen sein, denn regelmäßig setzen diese noch weitere Umstände, wie beispielsweise das Erreichen bestimmter Zielvereinbarungen, voraus.

1169 OLG München 21.09.2011 - 7 U 4956/10, AG 2012, 295, unter II.1. c); OLG Celle 11.03.2009 - 9 U 138/08, OLGR Celle 2009, 473, unter II. 1.; *Voit* in Musielak/Voit ZPO, § 592 Rn. 5; *Pröpfer* in BB 2003, 202.

1170 Hierzu ausführlich: *Fischer* in NJW 2003, 333 (334); *Reiserer/Peters* in DB 2008, 167 (171).

Der Urkundenprozess kann auch für die Geltendmachung von Abfindungsansprüchen geeignet sein. Als beweisgeeignete Urkunde kann gegebenenfalls die Aufhebungsvereinbarung dienen.

Nach richtiger Ansicht führt der Umstand, dass das Vergütungsverlangen letztlich auf die Auszahlung des Nettobetrages gerichtet ist und dieser Betrag nicht durch Urkunden nachgewiesen werden kann, sondern erst durch Abzug von Steuern und sozialversicherungsrechtlichen Abgaben ermittelt werden muss, nicht zur Unstatthaftigkeit der Urkundenklage. Das Urkundenverfahren ist auch für die Bruttozahlungsklagen statthaft. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der materielle Anspruch und somit die geschuldete Vergütung den Bruttobetrag umfasst. Nur aus formellen Gründen werden die genannten Leistungen nicht an den Gläubiger, sondern beispielsweise an das Finanzamt, geleistet.¹¹⁷¹

(2) Aussetzung des Verfahrens wegen Voreiligkeit?

Nach Ansicht des BGH ist die Aussetzung des Verfahrens bei Voreiligkeit einer Entscheidung nach § 148 ZPO auch bei Urkundenprozessen grundsätzlich vom Gericht in Betracht zu ziehen, weil auch hier die Gefahr entgegenstehender rechtskräftiger Entscheidungen bestehen kann. Da der Zweck der schnellen Titelverschaffung aber nicht vereitelt werden darf, ist die Aussetzung bei Urkundenprozessen nur beim Vorliegen besonderer Umstände angemessen.¹¹⁷² Der BGH geht folglich davon aus, dass die Aussetzung bei Urkundenprozessen in der Regel ausscheidet und nur im Ausnahmefall, bei Vorliegen besonderer Umstände, möglich ist.¹¹⁷³

Bei Geltendmachung von Vergütungsansprüchen durch den ehemaligen Geschäftsführer nach einer Kündigung seines Anstellungsvertrages ist regelmäßig, hinsichtlich des Rechtsstreits über die Wirksam-

1171 Zuletzt: OLG München 21.09.2011 - 7 U 4956/10, AG 2012, 295, unter II. 1. a); siehe auch: OLG Celle 11.03.2009 - 9 U 138/08, OLGR Celle 2009, 473, unter II. 1.; Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 334; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh zu § 6 Rn. 50; Voit in Musielak/Voit ZPO, § 592 Rn. 5; Schönhöft in GmbHR 2008, 95 (96 f.); a.A. soweit ersichtlich nur: OLG Düsseldorf 02.03.2015 - I-3 U 3/05, GmbHR 2005, 991, unter II. b).

1172 BGH 08.01.2004 - III ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000, unter II. 4.

1173 Vgl. Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 335.

keit der Kündigung, eine solche Vorgeiflichkeit gegeben, weil die Vergütungsansprüche von der Wirksamkeit des Anstellungsvertrages abhängen.

Fraglich ist, ob in diesen Konstellationen besondere Umstände die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Bestandschutzklage rechtfertigen. Für den (ehemaligen) Geschäftsführer wäre die Klageerhebung im Urkundenprozess dann wenig hilfreich. Aus Sicht der GmbH wäre in den entsprechenden Fällen stets die Stellung eines Antrags auf Aussetzung prozesstaktisch sinnvoll.

Nach richtiger Ansicht kann die bloße Gefahr divergierender Entscheidungen im Verfahren über die Wirksamkeit der Kündigung und den Urkundenprozess nicht ausreichend sein, um als „besondere Umstände“ die Aussetzung zu rechtfertigen. Denn diese Gefahr ist gerade eine *typische Begleiterscheinung* des Urkundenprozesses.¹¹⁷⁴ In der Literatur wird daher vorgeschlagen, im Rahmen der Entscheidung über die Aussetzung, anhand einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage, die Wahrscheinlichkeit für divergierende Entscheidungen zu ermitteln und nur bei *überwiegender* Wahrscheinlichkeit auszusetzen.¹¹⁷⁵

Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser Problematik aber bisher keine einschlägige Rechtsprechung. Dies stellt ein gewisses Risiko für den im Urkundenprozess klagenden Geschäftsführer dar.

(3) Vorteile des Urkundenprozesses

Dennoch kann der Urkundenprozess eine Möglichkeit sein, auf schnellem Wege Zahlungsansprüche geltend zu machen, wenn sich diese durch Urkunden beweisen lassen.

Der Geschäftsführer kann auf diese Weise vorübergehend seine Liquidität sichern, wenn keine ausreichenden Rücklagen gebildet wurden.¹¹⁷⁶ Ob sich durch das Ergehen eines Vorbehaltsurteils tatsächlich

1174 Jaeger in MüKo GmbHG, § 35 Rn. 335, Fn. 776; Seidel/Schönhöft in GmbHR 2005, 1113 (1117).

1175 Seidel/Schönhöft in GmbHR 2005, 1113 (1117); Demfolgend: Reiserer/Peters in DB 2008, 167 (172).

1176 Vgl. Freund in GmbHR 2010, 117 (122); Pesch in NZA 2002, 957 (960); Reiserer in BB 2016, 1141 (1145); Reiserer/Peters in DB 2008, 167 (170).

die Verhandlungsposition des Geschäftsführers verbessert und die Vergleichsbereitschaft der GmbH erhöht¹¹⁷⁷, ist hingegen zweifelhaft. Denn die gut beratene GmbH weiß im Normalfall über die Wirkungen eines Vorbehaltsurteils und die Möglichkeit einer erfolgreichen Verteidigung im Nachverfahren Bescheid.

IV. Kritische Würdigung der aktuellen Rechtsprechung des BAG hinsichtlich § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vor dem Hintergrund der Auswirkungen

Die zeitlich eingeschränkte Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG durch die aktuelle Rechtsprechung des BAG ist dogmatisch verfehlt.

Bisher nicht geklärt war aber, ob die Rechtsprechung wenigstens zu überzeugenden Ergebnissen führt. Eine kritische Auseinandersetzung ist nun, nach ausführlicher Prüfung der Auswirkungen, möglich.

1. Argumente – Pro

Das BAG hat durch seine Auslegung erreicht, dass bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH eine Entscheidung durch ein Arbeitsgericht letztlich dann möglich ist, wenn es sich um einen sic-non-Antrag handelt oder das der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsverhältnis tatsächlich ein Arbeitsverhältnis ist und das Klagebegehren zumindest auch dieses Anstellungsverhältnis betrifft.

Von systemfremden Ergebnissen zu sprechen ist daher verfehlt, weil die Arbeitsgerichte letztlich nur dann zuständig sind, wenn über arbeitsrechtliche Themen gestritten wird, statt grundsätzlich, über jegliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH zu entscheiden.

Die Rechtsprechung des BAG führt damit zu einer höheren Einzelfallgerechtigkeit, weil nur denjenigen (ehemaligen) Geschäftsführern

1177 Das sagen: *Pesch* in NZA 2002, 957 (960); *Reiserer/Peters* in DB 2008, 167 (171).

die arbeitnehmerschützenden Prinzipien des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zugute kommen, die tatsächlich, aufgrund persönlicher Abhängigkeit oder aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit, gleichermaßen schützenswert sind.

An der Schutzwürdigkeit ändert sich auch nichts, wenn man davon ausgeht, dass Geschäftsführer durch vertraglich vereinbarte lange Kündigungsfristen und ein hohes Gehalt, das eine Rücklagenbildung erlaubt, bereits einen gewissen Schutz erfahren, der gewöhnlichen Arbeitnehmer nicht zukommt.¹¹⁷⁸

Einerseits verlangt die Rechtswegzuständigkeit *entweder* persönliche *oder* wirtschaftliche Abhängigkeit. Ob ein Arbeitnehmer ausreichend wirtschaftlich abgesichert ist und daher tatsächlich keines finanziellen Schutzes bedarf, ist damit vollkommen unerheblich.

Andererseits sind in Tarifverträgen vereinbarte längere Kündigungsfristen für leitenden Angestellten, für Arbeitnehmer mit langer Betriebszugehörigkeit oder ältere Arbeitnehmer ebenfalls denkbar (§ 622 Abs. 4 S. 1 BGB), ohne dass, aufgrund dessen, an der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit gezweifelt würde.

Eine Argumentation mit fehlender wirtschaftlicher Schutzwürdigkeit hätte konsequenterweise auch den Ausschluss anderer vermögenger Arbeitnehmer von der Arbeitsgerichtsbarkeit zur Folge.

Der in der Arbeitsgerichtsbarkeit geltende Grundsatz einer schnellen obligatorischen Güteverhandlung scheint im Hinblick auf gegebenenfalls komplexe Sachverhalte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer auf den ersten Blick unangebracht.¹¹⁷⁹ Wie gesehen, richtet sich der Grundsatz aber in erster Linie an das Gericht. Das Gericht hat letztlich immer die Möglichkeit die Verfahrensdauer den Bedürfnissen des Rechtsstreits anzupassen.

Bei sic-non-Anträge ist eine Entscheidung der Arbeitsgerichte bereits aus thematischer Sicht angebracht. Zudem haben die Parteien ein Interesse an einem sofortigen abweisenden Sachurteil statt einer kosten- und zeitverschwendenden Verweisung vor dem Ergehen eines (abweisenden) Sachurteils.

¹¹⁷⁸ Vgl. *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079).

¹¹⁷⁹ Vgl. *Geck/Fiedler* in BB 2015, 1077 (1079).

2. Argumente – Contra

Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG führt aber regelmäßig zu einer umfangreichen, aufwendigen Prüfung im Rahmen der Rechtswegzuständigkeit, die, in Anbetracht der Seltenheit der Fälle, in denen der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführer tatsächlich einmal ein Arbeitsverhältnis sein kann, nicht gerechtfertigt ist. Die bisherige Auslegung der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hatte eine wünschenswerte Rechtssicherheit hinsichtlich der Rechtswegzuständigkeit bei Streitigkeiten mit (ehemaligen) Organvertretern zur Folge.¹¹⁸⁰

Die Rechtsprechung des BAG kann zudem, im Hinblick auf das Bestehen zweier Rechtsverhältnisse zwischen Geschäftsführer und GmbH, zu einer wenig praktikablen Trennung der Rechtswegzuständigkeiten führen.

Geht man beispielsweise mit der herrschenden Meinung davon aus, dass für Haftungsklagen der GmbH gegen den Geschäftsführer wegen Verletzung seiner Organpflichten die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig ist, so ist es möglich, dass für den Rechtsstreit über die aufgrund der Pflichtverletzung erfolgten Kündigung des Anstellungsvertrages ein anderes Gericht, nämlich ein Arbeitsgericht, zuständig ist. Es handelt sich aber um zwei Streitgegenstände, die auf den gleichen tatsächlichen Umständen beruhen, weswegen die Verhandlung vor dem gleichen Gericht sinnvoll erscheint.

3. Ergebnis

Letztendlich ist die Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG durch die aktuelle Rechtsprechung des BAG auch vor dem Hintergrund der Ergebnisse nicht überzeugend.

Weil die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit immer noch weitestgehend die Möglichkeit einer Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers verneint, liegt tatsächlich der Verdacht nahe, das BAG habe, durch Erweiterung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit,

¹¹⁸⁰ Vgl. *Reinecke* in ZIP 2014, 1057 (1058).

die gerichtliche Einordnung von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen als Arbeitsverträge ermöglichen wollen.

Siebter Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Einführung und Grundlagen

1. Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine gleichrangige und eigenständige Fachgerichtsbarkeit mit historisch gewachsenen verfahrensrechtlichen Besonderheiten. Diese Eigenständigkeit ist auch heute noch sinnvoll. Eine Eingliederung der Gerichte für Arbeitsachen in die ordentliche Gerichtsbarkeit ist abzulehnen.
2. Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der ordentlichen und der Arbeitsgerichte ist eine Frage des zulässigen Rechtswegs. Die Rechtswegzulässigkeit ist Prozessvoraussetzung und stets von Amts wegen und, unter bestimmten Voraussetzungen, getrennt von der Entscheidung in der Hauptsache in einem sogenannten Vorabentscheidungsverfahren zu klären. Die das Vorabentscheidungsverfahren beendenden Beschlüsse sind hinsichtlich der Rechtswegzulässigkeit grundsätzlich bindend. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Durchbrechung dieser Bindungswirkung (im Ausnahmefall) ist sehr uneinheitlich und teilweise widersprüchlich, was erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge hat.

II. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer – neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur

1. Ob der der Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH zugrunde liegende Anstellungsvertrag nach der nationalen Begriffsbestimmung als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann, ist in der (höchst-richterlichen) Rechtsprechung und der Literatur immer noch umstritten.

2. Nach Ansicht des BGH ist dies, aufgrund der Organstellung des Geschäftsführers, ausgeschlossen. Die unteren Instanzen folgen indes nicht widerspruchslös. Die analoge Anwendung einzelner Arbeitsgesetze soll aber möglich sein.
3. Nach Ansicht des BAG ist die Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers im Einzelfall denkbar. Die Einordnung erfolgt nach den gewöhnlichen Kriterien des nationalen Arbeitnehmerbegriffs. Entscheidend ist demnach der Grad der persönlichen Abhängigkeit. Es ist darauf abzustellen, ob der Geschäftsführer im Rahmen seiner Tätigkeit arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erhält. Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG, die die Geschäftsführungsbefugnisse einschränken, sind hingegen unerheblich. Gesellschafter mit mehr als 50 % der Stimmrechte oder einer Sperrminorität können nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein.
4. Die Ansichten in der Literatur gehen auseinander. Von einer herrschenden Meinung kann nicht mehr gesprochen werden.
5. Die Ansicht des BAG ist überzeugend, weil die Eigenschaft des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft seiner Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegensteht. Die Rechtsprechung des BAG führt auch, im Hinblick auf die Inhomogenität der Gruppe der GmbH-Geschäftsführer, zu einer wünschenswerten Einzelfallgerechtigkeit.

III. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer der GmbH unter dem Einfluss des Unionsrechts?

1. Im Unionsarbeitsrecht existiert – wie im nationalen Arbeitsrecht – keine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Einige Richtlinien enthalten aber einen Verweis auf die Begriffsbestimmungen der nationalen Rechtsordnungen. Andere enthalten zumindest einzelne definierende Elemente. Der Rechtsprechung des EuGH, dessen Aufgabe die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge ist, kommt daher eine entscheidende Rolle bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht zu.

2. Aus der aktuellen Rechtsprechungspraxis des EuGH kann gefolgert werden, dass der Arbeitnehmerbegriff der verschiedenen europäischen Rechtsakte jeweils immer dann autonom und unionsweit einheitlich ausgelegt werden muss, wenn dem Rechtsakt diesbezüglich kein ausdrücklicher Verweis in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten zu entnehmen ist.
3. In der Entscheidung in der Rechtssache „Lawrie-Blum“ hat der EuGH im Rahmen des Arbeitnehmerbegriffs der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestimmte Kernelemente einer Arbeitnehmerdefinition entwickelt, die er in späteren Entscheidungen zu Arbeitnehmerbegriffen anderer Rechtsakte konkretisiert und präzisiert hat. Diese Kriterien sind immer dann anzuwenden, wenn der Arbeitnehmerbegriff autonom und unionsweit einheitlich ausgelegt werden muss. Insoweit kann von *dem einen* unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gesprochen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kommen jedoch noch weitere Kriterien hinzu.
4. Die Rechtsprechung des EuGH ist so zu verstehen, dass bei Richtlinien, die hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffes einen ausdrücklichen Verweis in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten enthalten, der Arbeitnehmerbegriff nicht autonom und unionsweit einheitlich ausgelegt werden muss. Stattdessen richtet sich die Begriffsbestimmung nach nationalem Recht.
5. Der Rechtsprechung des EuGH ist aber auch zu entnehmen, dass das Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Begriffsbestimmung gewissen Beschränkungen unterliegt, die sich aus dem Erfordernis der praktischen Wirksamkeit des Rechtsakts ergeben. So dürfen im Rahmen der entsprechenden Richtlinien keine Personengruppen vom Arbeitnehmerbegriff ausgeschlossen werden, die normalerweise als Arbeitnehmer im Sinne der nationalen Begriffsbestimmung gelten. Des Weiteren dürfen zumindest dann, wenn die entsprechende Richtlinie allgemeine unionsrechtliche Grundsätze umsetzt, keine Personengruppen ausgeschlossen werden, die zwar nicht unter den nationalen Arbeitnehmerbegriff zählen, deren Herausnahme aber sachlich nicht gerechtfertigt und daher willkürlich ist.
6. In den Rechtssachen „Asscher“, „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitatie“ hat der EuGH entscheidende Aussagen zur

Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften getroffen.

7. Nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien sind Fremdgeschäftsführer deutscher GmbHs regelmäßig als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzuordnen. Weil die entsprechenden Regelungen im GmbHG weitestgehend dispositiv sind, ist aber jeder Einzelfall, im Hinblick auf abweichende satzungsrechtliche Regelungen und deren Auswirkungen, zu untersuchen. Jedenfalls bei einer Beschränkung der Abberufbarkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe entfällt die mittelbare Weisungsgebundenheit. Der Geschäftsführer kann in diesen Fällen nicht als Arbeitnehmer eingeordnet werden. Bei Geschäftsführern, die gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind, ist die Arbeitnehmereigenschaft regelmäßig bei einem Gesellschaftsanteil von unter 50 % anzunehmen. Etwas anderes kann aber gelten, wenn die Abstimmungsverhältnisse der Gesellschaft eine erhebliche Einflussnahmemöglichkeit des Geschäftsführers auf die Weisungen der Gesellschafterversammlung an sich selbst vorsehen. Stimmbindungsverträge mit ausschließlicher inter partes Wirkung sind, für sich genommen, nicht geeignet eine solche erhebliche Einflussnahme zu ermöglichen. Der mit einem Sonderrecht ausgestattete Gesellschafter-Geschäftsführer kann kein Arbeitnehmer der Gesellschaft im unionsrechtlichen Sinne sein. Das Gleiche gilt für Geschäftsführer mitbestimmter GmbHs nach dem Mitbestimmungsgesetz.
8. Die in den Rechtssachen „Asscher“, „Danosa“, „Balkaya“ und „Holterman Ferho Exploitatie“ entwickelten Grundsätze gelten aber nur hinsichtlich des autonom und unionsweit einheitlich zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriffs. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH auch Vorgaben für die nationalen Begriffsdefinitionen machen wollte.
9. Es spricht aber viel dafür, dass, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum eingeschränkten Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Begriffsbestimmung (hierzu unter 5.), die pauschale Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers aufgrund seiner Organstellung als willkürlich und daher unionsrechtswidrig zu beurteilen ist.

10. Zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit muss der Arbeitnehmerbegriff aller nationalen Arbeitsgesetze, die Richtlinien umsetzen, welche den unionseinheitlich auszulegenden Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen, entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden. Als Folge davon werden regelmäßig Fremd- und oftmals auch Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer deutscher GmbHs, zumindest soweit es die Richtlinie erfordert, unter den Anwendungsbereich dieser nationalen Arbeitsgesetze zu zählen sein.
11. Bei den nationalen Arbeitsgesetzen, die Richtlinien umsetzen, welche allgemeine Grundsätze des Unionsrechts umsetzen und hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten verweisen, ist es – nach der hier vertretenen Ansicht – unionsrechtlich geboten, den Arbeitnehmerbegriff insoweit richtlinienkonform auszulegen, dass GmbH-Geschäftsführer nicht pauschal, aufgrund ihrer Organstellung, ausgeschlossen werden dürfen. Stattdessen ist eine Einzelfallprüfung nach den üblichen Abgrenzungskriterien der nationalen Arbeitnehmerdefinition vorzunehmen.
12. Der Arbeitnehmerbegriff der nationalen Arbeitsgesetze ist einer richtlinienkonformen Auslegung grundsätzlich zugänglich. Die Konturierung dieses Begriffs durch die nationale Rechtsprechung steht einer anderweitigen richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen. Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes.
13. Bei den übrigen nationalen Arbeitsgesetzen, die keine Richtlinien umsetzen, hat – entsprechend der allgemeinen Ansicht in der Literatur – weiterhin uneingeschränkt der nationale Arbeitnehmerbegriff zu gelten.
14. Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes der Unionsrechtsakte führt letztlich zur Geltung eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs im nationalen Arbeitsrecht.
15. Es ist aber weder eine komplette Ablösung des nationalen Begriffsverständnisses durch die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien, noch eine Übernahme der Einordnung des GmbH-Geschäftsführers für das gesamte nationale Arbeitsrecht zu erwarten.

IV. Einfluss der neuen Entwicklungen zur Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers auf die Regelung in § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG?

1. Die Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, wonach GmbH-Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer gelten, ist, ungeachtet der Rechtsprechung des EuGH zur möglichen Arbeitnehmereigenschaft dieser, nicht unionsrechtswidrig. Das Unionsrecht erfordert keine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG für solche GmbH-Geschäftsführer, die nach der Rechtsprechung des EuGH als Arbeitnehmer der GmbH einzuordnen sind.
2. Aus der historischen Auslegung sowie Wortlaut und Systematik des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist zu erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung lediglich eine Aussage über den persönlichen Geltungsbereich des ArbGG treffen wollte und keine über die materiell-rechtliche Einordnung des betroffenen Personenkreises. Entsprechend der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum findet die Regelung unabhängig davon Anwendung, ob das Anstellungsverhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.
3. Eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG für diejenigen Geschäftsführer, deren Anstellungsverhältnis zur GmbH nach den Kriterien der nationalen Arbeitnehmerdefinition als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, ist nicht geboten.

V. Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG durch die Rechtsprechung des BAG

1. Geschäftsführer einer GmbH, einer Vor-GmbH und stellvertretende Geschäftsführer fallen nach der Rechtsprechung des BAG in den persönlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG.
2. Seit jeher ist in der Rechtsprechung des BAG anerkannt, dass der sachliche Anwendungsbereich der Sperrwirkung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG grundsätzlich dann nicht eröffnet ist, wenn die Rechtsstreitigkeit Rechte und Pflichten aus einem – von der Organstellung und dem zugrunde liegenden Anstellungsverhältnis – abgrenzba-

ren Rechtsverhältnis betrifft. Das gleiche gilt, wenn der Streitgegenständliche Anstellungsvertrag nicht zwischen Geschäftsführer und der vertretenen juristischen Person, sondern mit einem Dritten geschlossen wurde. Die Einzelheiten unterlagen mehreren Rechtsprechungsänderungen.

3. Auf das Bestehen der Organstellung kam es nach langjähriger Rechtsprechung des BAG für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht an. Beginnend mit einer Entscheidung des BAG im Jahre 2011 hat sich die Rechtsprechung diesbezüglich schrittweise geändert. Nunmehr findet § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG keine Anwendung, wenn die Organstellung durch Abberufung oder Amtsniederlegung bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder bis zur Rechtskraft eines etwaigen Verweisungsbeschlusses beendet wird. Entscheidend ist der Zugang der entsprechenden Erklärung und nicht die Eintragung im Handelsregister. Dies gilt auch dann, wenn der Rechtsstreit Ansprüche betrifft, die in dem Zeitraum begründet wurden als die Organstellung noch bestand.
4. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum Geltungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG hat zur Folge, dass die Regelung stets, bereits aufgrund der fehlenden Organstellung, keine Anwendung mehr findet. Die Frage des sachlichen Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG stellt sich praktisch gar nicht mehr.
5. Folge der aktuellen Rechtsprechung des BAG ist aber nicht die automatische Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und GmbH. Die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit richtet sich nunmehr regelmäßig nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG.
6. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist vor allem aus systematischen Gründen nicht überzeugend.
7. Die Sperrwirkung in § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG kann bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und einem sogenannten „verhinderten“ Geschäftsführer – entgegen bisheriger Rechtsprechung des BAG – keine Anwendung mehr finden. Ebenfalls scheidet die Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG beim sogenannten faktischen und beim

fehlerhaften Geschäftsführer bereits an der Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs der Regelung. Bei Rechtsstreitigkeiten mit dem sogenannten Strohmännchen-Geschäftsführer ist dieser zwar grundsätzlich eröffnet. Die praktische Relevanz ist aber, aufgrund der eingeschränkten zeitlichen Anwendung der Regelung, sehr gering.

VI. Der zulässige Rechtsweg für Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem (ehemaligen) Geschäftsführer außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG

1. Im Rahmen von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG gilt ausschließlich der nationale Arbeitnehmerbegriff. Weder das Unionsrecht, noch der Sinn und Zweck der rechtswegzuständigkeitsregelnden Normen gebieten eine Anwendung des weiteren unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes.
2. Die Qualifikation eines GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne spielt im Rahmen der Prüfung der Rechtswegzulässigkeit nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG daher keine Rolle.
3. GmbH-Geschäftsführer können zwar grundsätzlich arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG sein. Die Einordnung scheidet praktisch jedoch regelmäßig, aufgrund der überdurchschnittlich hohen Gehälter, an der mit gewöhnlichen Arbeitnehmern vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit.
4. Für die Prüfung der Rechtswegzulässigkeit ist die Einordnung des Streitgegenstandes unter die entsprechenden Tatbestandsmerkmale entscheidend. Der Kläger kann sein Klagebegehren nicht auf einzelne materielle Ansprüche begrenzen. Wenn sich für einzelne, nicht offensichtlich ausgeschlossene, materielle Ansprüche des Streitgegenstandes unterschiedliche Rechtswegzuständigkeiten ergeben, hat der Kläger hinsichtlich des Rechtsweges faktisch ein Wahlrecht.
5. Grundsätzlich sind die Gerichte für Arbeitssachen nur für solche Streitgegenstände zuständig, die Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis oder dessen Vor- und Nachwirkungen betreffen.

6. Für Streitgegenstände, die ausschließlich Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Organstellung des Geschäftsführers betreffen, sind die Arbeitsgerichte weder nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a - e ArbGG, noch nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a ArbGG zuständig. Das Gleiche gilt für die Abberufung aus der Organstellung.
7. Weil sich streitgegenständliche Rechte und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der GmbH gleichzeitig aus der Organstellung und dem Anstellungsverhältnis ergeben können, ist im Rahmen der Rechtswegzulässigkeitsprüfung stets eine entsprechend differenzierte Betrachtung des Streitgegenstandes und der denkbaren materiellen Ansprüche erforderlich.
8. Nach der hier vertretenen Ansicht ist bei Organpflichtverletzungen zwischen den gesetzlichen und den vertraglichen Schadensersatzansprüchen Anspruchskonkurrenz anzunehmen. Bei entsprechenden Schadensersatzverlangen besteht konsequenterweise ein faktisches Wahlrecht hinsichtlich des Rechtswegs, wenn das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.
9. Hinsichtlich der Anforderungen an zuständigkeitsbegründenden Klägervortrag unterscheidet das BAG, in ständiger Rechtsprechung, zwischen den sogenannten sic-non-Fällen, in denen die zuständigkeitsbegründenden Voraussetzungen, also die Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft der Parteien, gleichermaßen für die Begründetheit der Klage relevant sind, sowie den et-et und aut-aut-Fällen, in denen die Begründetheit der Klage nicht vom Vorliegen dieser Voraussetzungen abhängig ist (sog. sic-non-Grundsätze).
10. Zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit ist in den sic-non-Fällen nach Ansicht des BAG bei streitiger und unstreitiger Tatsachengrundlage die bloße Behauptung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebereigenschaft ausreichend.
11. In den et-et- und den aut-aut-Fällen sind die Anforderungen an den Klägervortrag umstritten. Das BAG hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Nach richtiger Ansicht ist, im Falle wirksamen Bestreitens der zuständigkeitsbegründenden Umstände, Beweis über diese zu erheben. Die schlüssige Darlegung genügt nicht.
12. Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer richten sich die Anforderungen an den zuständigkeitsbegründenden Klägervortrag, außerhalb des Geltungsbereichs der Sperrwirkung

- aus § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, ebenfalls nach den sogenannten sic-non-Grundsätzen.
13. Die Begründetheit entsprechender Klagebegehren bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer ist oftmals nicht von der Arbeitnehmereigenschaft nach der nationalen Begriffsdefinition abhängig. Das Vorliegen eines sic-non-Falles ist die Ausnahme, im Regelfall ist ein aut-aut oder et-et-Fall gegeben. Das Klagebegehren ist jedenfalls genau zu untersuchen, gegebenenfalls ist ein richterlicher Hinweis zu erteilen.
 14. Es ist keineswegs so, dass die Gerichte für Arbeitssachen, aufgrund der aktuellen eingeschränkten Auslegung des Anwendungsbereichs von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer immer oder wenigstens regelmäßig zuständig sind. Es besteht auch kein „Wahlrecht“ hinsichtlich des Rechtswegs.
 15. Weil die ordentlichen Zivilgerichte immer noch weitestgehend die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers ablehnen, wird es bei Klageerhebung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Beklagtenseite im Normalfall nicht gelingen, eine Verweisung des Rechtsstreits in die Arbeitsgerichtsbarkeit zu erreichen.
 16. Die besonderen verfahrensrechtlichen Regelungen der Arbeitsgerichtsbarkeit können bei Rechtsstreitigkeiten zwischen GmbH und Geschäftsführer für beide Parteien jeweils vor- und nachteilhaft sein.
 17. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum zeitlich eingegrenzten Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ist auch vor dem Hintergrund der Auswirkungen auf die Rechtswegzuständigkeit nicht überzeugend.

Literaturverzeichnis

- von *Alvensleben, Volker/ Haug, Isabel/ Schnabel, Astrid*, Der Fremdgeschäftsführer im Spannungsfeld zwischen Arbeitgeberposition und Arbeitnehmereigenschaft, BB 2012, 774
- Arnold, Christian*, Geschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungs-RL (Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.7.2015 - C-229/14), NJW 2015, 2481
- Ascheid, Reiner/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in Ascheid/Preis/Schmidt, KündigungsR)
- Auer, Marietta*, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, 1106
- Aust-Dodenhoff, Karin*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit auf dem Weg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit?, NZA 2004, 24
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 39. Edition, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK BGB)
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft (Entscheidungsbesprechung: EuGH Urteil vom 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09), GWR 2010, 586
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf den Fremdgeschäftsführer der GmbH, DB 1979, 2178
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Arnold, Christian*, Kein Kündigungsschutz für „Arbeitnehmer-Geschäftsführer“ – oder doch? – Zugleich Besprechung von BAG vom 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06, DB 2008, 350
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Diller, Martin*, Wettbewerbsverbote, 7. Auflage, München 2015
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Krieger, Steffen/ Arnold, Christian*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge – Arbeits-, gesellschafts-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Hinweise zur einvernehmlichen Beendigung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen, 9. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge)
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred (Hrsg.)*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in Baumbach/Hueck GmbHG)

- Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/ Hartmann, Peter*, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 74. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO)
- Baums, Theodor*, Der Geschäftsleitungsvertrag: Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Köln 1987 (zitiert: *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag)
- Bengelsdorf, Peter*, Das örtlich zuständige Gericht bei Streitigkeiten aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, DB 1992, 1340
- Bieber, Roland/ Epiney, Astrid/ Haag, Marcel*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 11. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union)
- Bieder, Marcus/ Diekmann, Sabine*, Verbot der Diskriminierung befristeter Beschäftigter bei der Gewährung von Dienstalterszulagen (Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13.09.2007 „Del Cerro Alonso“ - C-307/05), EuZA 2008, 515
- Boemke, Burkhard*, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis – Grundsatzfragen sinnvoller Abgrenzung von Arbeitnehmern, Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen, ZfA 1998, 285
- Boemke, Burkhard*, Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht, ZfA 1998, 209
- Borelli, Silvia*, Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Recht – Ein Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, AuR 2011, 472
- Brachert, Sebastian*, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus: Ein Beitrag zur arbeitsrechtlichen Einordnung von Geschäftsführern der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und von Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, Frankfurt a.M. u.a. 1991
- Brammsen, Jörg*, Der Arbeitnehmerbegriff – Versuch einer einheitlichen Neubestimmung, RdA 2010, 267
- Brand, Jürgen/ Fleck, Silvia/ Scheer, Ulrich*, Fünf oder zwei Gerichtsbarkeiten? Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZS 2004, 173
- Brechmann, Winfried*, Die richtlinienkonforme Auslegung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994
- Breinlinger, Axel*, Abschaffung der Fachgerichtsbarkeiten – zyklischer Reformeifer oder Versuch eines Systemwechsels?, in: Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 42, Berlin 2005, S. 23
- Brinkmann, Moritz*, Die Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern – Reflexionen über ein juristisches Lehrstück in drei Akten, ZZZ 2012, 197
- Brötzmann, Ulrich*, Ein Zeugnis für den GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 2016, R97
- Busch, Matthias/ Schönhöft, Andreas*, Anwendbarkeit des TzBfG auf den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag?, DB 2007, 2650

- Callies, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar, 5. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Callies/Ruffert EUV/AEUV)
- Däubler, Wolfgang/ Hjiort, Jens Peter/ Schubert, Michael/ Wolmerath, Martin (Hrsg.)*, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in Däubler ArbR)
- Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner (Hrsg.)*, BGB Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611-853, Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Dauner-Lieb/Langen BGB)
- Dersch, Hermann/ Volkmar, Erich (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953 Kommentar, 6. Auflage, Berlin/Frankfurt a.M. 1955 (zitiert: Dersch/Volkmar ArbGG)
- Diller, Martin*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, Köln 1994
- Dimsic, Matthias/ Link, Marc-André*, Bestandsschutzstreitigkeiten von GmbH-Geschäftsführern, BB 2015, 3063
- Düwell, Franz Josef*, BB-Forum: Arbeitsgerichtsbarkeit vor dem Aus?, BB 2003, 2745
- Düwell, Franz Josef/ Lipke, Gert-Albert (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar zum gesamten Arbeitsverfahrensrecht, 3. Auflage, Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in Düwell/Lipke ArbGG)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, herausgegeben von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, 16. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in EK ArbR)
- Fink, Herbert*, Zur Neuregelung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in Österreich, ZZP Bd. 102 1989, 80
- Fischer, Ulrich*, Die Fremdgeschäftsführerin und andere Organvertreter auf dem Weg zur Arbeitnehmereigenschaft, NJW 2011, 2329
- Fischer, Ulrich*, Geschäftsführerdienstverträge und Urkundenprozess, NJW 2003, 333
- Fleck, Hans-Joachim*, Vertrag, unerlaubte Eigengeschäftsführung und Anspruchsverjährung, ZIP 1991, 1269
- Fleck, Hans-Joachim*, Das Organmitglied - Unternehmer oder Arbeitnehmer?, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 197 (zitiert: *Fleck* in FS Hilger/Stumpf)
- Fleck, Hans-Joachim*, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 1985, 387
- Fleischer, Holger*, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337
- Forst, Gerrit*, Unterliegen Geschäftsführer dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)?, GmbHR 2012, 821

- Forst, Gerrit*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664
- Freund, Stefan*, Abberufung und außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers, GmbHR 2010, 117
- Geck, Barbara/ Fiedler, Franziska*, Alle Wege des Geschäftsführers führen zu den Arbeitsgerichten! – Paradigmenwechsel bei der Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit, BB 2015, 1077
- Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*, bearbeitet von Martina Ahrendt, Peter Bader, Hans-Jürgen Dörner, Ernst Mikosch, Aino Schleusener, Friedrich Schütz, Reinhard Vossen, Frank Woitaschek, Band 1, Köln Juni 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in GK-ArbGG)
- Germelmann, Claas-Hinrich/ Matthes, Hans-Christoph/ Prütting, Hanns (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in G/M/P ArbGG)
- Globig, Klaus*, Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung, dargestellt am Beispiel der Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland, Frankfurt a.M. u.a. 1985 (zitiert: *Globig*, Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung)
- Goette, Wulf*, Der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 873 (zitiert: *Goette* in FS Wiedemann)
- Göhner, Reinhard*, BDA zur Neuordnung der Sozial- und Arbeitsgerichtsbarkeit (Auszug), AuR 2004, 100
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union – Band I: EUV/AEUV, 58. Ergänzungslieferung, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR)
- Graf, Günter*, Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926 – Weimarer Verfassungsvollzug auf justizpolitischen Irrwegen des Kaiserreichs?, Goldbach 1993
- Graef, Joachim/ Heilemann, Tina*, Das Bundesarbeitsgericht und der GmbH-Geschäftsführer – eine Rechtsprechungsanalyse, GmbHR 2015, 225
- Gragert, Nicola*, Beendigung der Fiktion des § 5 I 3 ArbGG bei abberufenen Geschäftsführer eines Vereins bzw. Verbandes (Entscheidungsbesprechung: BAG Beschluss vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15), ArbRAktuell 2015, 537
- Griebeling, Gert*, Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, 1137
- Grimm, Detlef*, Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bei einer nach Klageerhebung erfolgten Abberufung oder Amtsniederlegung eines Geschäftsführers (Anmerkung zu den Beschlüssen des BAG vom 22.10.2014 - 10 AZB 46/14 und 03.12.2014 - 10 AZB 98/14), jM 2015, 329
- Grobys, Marcel*, Der GmbHR-Kommentar (Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15), GmbHR 2015, 1213
- Grobys, Marcel/ von Steinau-Steinrück, Robert*, Geschäftsführer als Arbeitnehmer nach Massentlassungsrichtlinie, NJW-Spezial 2015, 499

- von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen/ Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in von der Groeben/Schwarze/Hatje EuR)
- Groß, Volker, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht – Statusbeurteilung im Spannungsfeld von Sozialschutznormen und Gesellschaftsrecht, Köln 1987
- Grunsky, Wolfgang/ Waas, Bernd/ Benecke, Martina/ Greiner, Stefan (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Grunsky ArbGG)
- Haase, Karsten, Der GmbHHR-Kommentar: Entscheidung des OLG Hamm v. 26.04.2007 - 27 U 7/07, GmbHHR 2007, 821
- Hanau, Peter, Die verfassungsrechtliche Bestandsgarantie der Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Kurt Bartenbach zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 647 (zitiert: *Hanau* in FS Bartenbach)
- Hauck, Friedrich/ Helml, Ewald/ Biebl, Josef, Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 4. Auflage, München 2011 (zitiert: *Bearbeiter* in Hauck/Helml/Biebl ArbGG)
- Henne, Michael, Kurzkommentar zur Entscheidung BAG 23.08.2011 - 10 AZB 51/10, EWiR 2012, 37
- Henssler, Martin, Das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder, RdA 1992, 289
- Henssler, Martin/ Braun, Axel (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Auflage, Köln 2011 (zitiert: *Bearbeiter* in Henssler/Braun, ArbR in Europa)
- Henssler, Martin/ Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Henssler/Strohn GesR)
- Henssler, Martin./ Willemsen, Heinz Josef/ Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Auflage, Köln 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in H/W/K ArbR)
- Herresthal, Carsten, Die richtlinienkonforme und verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289
- Hildebrand, Inga, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen im Lichte der *Danosa*-Entscheidung des EuGH, Frankfurt a.M. 2014 (zitiert: *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen)
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/ Naber, Sebastian, Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, NZA 2014, 637
- Holthausen, Joachim/ Steinkraus, Astrid, Die janusköpfige Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im Arbeitsrecht, NZA-RR 2002, 281
- Höpfner, Clemens, Vertrauensschutz und Richterrecht – Zur Zulässigkeit rückwirkender Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, RdA 2006, 156
- Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht – Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA 1997, 569

- Hromadka, Wolfgang*, Das Recht der leitenden Angestellten im historisch-gesellschaftlichen Zusammenhang, München 1979 (zitiert: *Hromadka*, Das Recht der leitenden Angestellten)
- Hueck, Alfred*, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 365 (zitiert: *Hueck* in FS Hilger/Stumpf)
- Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Individuelles Arbeitsrecht, 2. Auflage, Mannheim u.a. 1928 (zitiert: *Hueck* in Hueck/Nipperdey ArbR)
- Hümmerich, Klaus/ Reufels, Martin (Hrsg.)*, Gestaltung von Arbeitsverträgen - und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände, 3. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Hümmerich/Reufels)
- Jaeger, Georg*, Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, 961
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Jarass/Pieroth GG)
- Jung, Hans-Peter*, Auf ein Neues: Die Koalitionsvereinbarung und die Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, DRiZ 2009, 352
- Junker, Abbo*, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, 184
- Junker, Abbo*, Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 950
- Kamanabrou, Sudabeh*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, 146
- Kamanabrou, Sudabeh*, Teilverbindlichkeit überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, ZGR 2002, 898
- Kaskei, Walter*, Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit – Systematische Einführung, Berlin 1927
- Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, herausgegeben von Anne Körner, Stephan Leitherer und Bernd Mutschler, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in KK SozversR)
- Kempermann, Maximiliane*, Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer, NJW-Spezial 2013, 655
- Kissel, Otto Rudolf*, Die neuen §§ 17 bis 17b GVG in der Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 1995, 345
- Kissel, Otto Rudolf/ Mayer, Herbert (Hrsg.)*, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Kissel/Mayer GVG)

- Kitzinger, Jürgen*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht – Im Blickpunkt: Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, Frankfurt a.M. u.a. 2001 (zitiert: *Kitzinger*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht)
- Klasen, Evelyn*, Sic-non-Fälle und materieller Arbeitnehmerstatus, BB 2013, 1849
- Kort, Michael*, Sind GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder diskriminierungsschutzrechtlich Arbeitnehmer? Die Auslegung von § 6 AGG zwischen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht, NZG 2013, 601
- Kuhn, Norbert*, Abgestuftes Arbeitsrecht am Beispiel des abhängigen GmbH-Geschäftsführers (mit europäischen Bezügen), Frankfurt a.M. u.a. 2006 (zitiert: *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht)
- Kuhn, Tomas*, Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?, EuR 2015, 216
- Leinemann, Wolfgang*, Die geschichtliche Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit bis zur Errichtung des BAG, NZA 1991, 961
- Leopold, Anders*, Mutterschutz für Mitglieder der Unternehmensleitung, ZESAR 2011, 362
- Lieb, Franz/ Gift, Hugo*, Arbeitsgerichtsgesetz nebst ergänzendem Anhang, 2. Auflage, München 1931 (zitiert: *Lieb/Gift*, ArbGG)
- Lieder, Jan*, Annexkompetenzen der Gesellschafterversammlung, NZG 2015, 569
- Lingemann, Stefan/ Otte, Jörn*, GmbH-Geschäftsführer zählen bei Massenentlassungen mit – der allgemeine europäische Arbeitnehmerbegriff (Kurzkommantierung der Entscheidung des EuGH vom 09.07.2015 „Balkaya“ – C-229/14), DB 2015, 1965
- Linsenmaier, Wolfgang*, Von Lyon nach Erfurt – Zur Geschichte der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 2004, 401
- Lücke, Oliver*, Der Status des GmbH-Geschäftsführers: (K)ein Arbeitnehmer!, NJOZ 2009, 3469
- Lunk, Stefan*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Geschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917
- Lunk, Stefan*, Der GmbH-Geschäftsführer und die Arbeitsgerichtsbarkeit – Das BAG macht den Weg frei!, NJW 2015, 528
- Lunk, Stefan*, Mutterschutz für die GmbH-Geschäftsführerin? – Deutsches Arbeitsrecht im Widerstreit mit Verfassungs- und Europarecht, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München 2010
- Lunk, Stefan*, Allgemeine Gleichbehandlung von Beschäftigten: Anspruch eines GmbH-Geschäftsführers auf Ersatz des Erwerbsschadens wegen Benachteiligung aufgrund Ablehnung seiner erneuten Bewerbung nach Ablauf der befristeten Amtszeit – Besprechung des Urteils BGH v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, RdA 2013, 110

- Lunk, Stefan/ Hildebrand, Inga*, GmbH-Geschäftsführer und Massenentlassungen – Konsequenzen der Balkaya-Entscheidung des EuGH für Geschäftsführer, Arbeitnehmer und Gesellschafter, NZA 2016, 129
- Lunk, Stefan/ Rodenbusch, Vincent*, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht – Eine Prognose am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2012, 188
- Lutter, Marcus/ Bayer, Walter/ Vetter, Jochen*, Umwandlungsgesetz Kommentar, Band II: §§ 123-325 - SpruchG, 5. Auflage, Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Lutter UmwG)
- Lutter, Marcus/ Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Auflage, Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in Lutter/Hommelhoff GmbHG)
- Lüttringhaus, Jan D.*, Die Haftung von Gesellschaftsorganen im internationalen Privat- und Prozessrecht, EuZW 2015, 904
- Manger, Robert*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2001, 89
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10.09.2015 (C-47/14) – Zur Frage des Arbeitnehmerbegriffs und der Abgrenzung verschiedener Gerichtsstände, RIW 2015, 821
- Martens, Klaus-Peter*, Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 437 (zitiert: *Martens* in FS Hilger/Stumpf)
- Maschmann, Frank*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen – Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem, Berlin 2001 (zitiert: *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen)
- Maul-Sartori, Mathias*, Rechtsweg für Geschäftsführerklagen nach Beendigung der Geschäftsführerstellung (Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 08.09.2015 - 9 AZB 21/15), jurisPR-ArbR 46/2015, Anmerkung 4
- Melot de Beauregard, Paul*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, München 2011
- von Medem, Andreas*, Mitglied des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft als Arbeitnehmer (Entscheidungsbesprechung: EuGH Urteil vom 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09), ArbRAktuell 2010, 654
- Mestwerdt, Wilhelm*, Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit und Arbeitsrechtswissenschaft zwischen Tradition und Neuausrichtung (Tagungsbericht zur Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. am 11.02.2004 in Hannover), RdA 2004, 253
- Michalski, Lutz (Hrsg.)*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I: Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Michalski GmbHG)

- Michalski, Lutz (Hrsg.)*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band II: §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Michalski GmbHG)
- Mikosch, Ernst*, Arbeitnehmerbegriff und Schutzzwecke des Arbeitsrechts, in: Festschrift für Manfred Löwisch zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 189 (zitiert: *Mikosch* in FS Löwisch)
- Miras, Antonio*, Verbotene Diskriminierung bei der Auswahl von Organmitgliedern (Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.04.2012 - II ZR 163/10), GWR 2012, 311
- Moll, Wilhelm (Hrsg.)*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in Moll MüAnwHdB ArbR)
- Moll, Wilhelm*, Zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit für den Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG, RdA 2002, 226
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo BGB)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo BGB)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo BGB)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, herausgegeben von Holger Fleischer und Wulf Goette, Band 1: §§ 1-34, 2. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo GmbHG)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, herausgegeben von Holger Fleischer und Wulf Goette, Band 2: §§ 35-52, 2. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo GmbHG)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, herausgegeben von Holger Fleischer und Wulf Goette, Band 3: §§ 53-85, 2. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo GmbHG)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, Band 1: §§ 1-354, 4. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in MüKo ZPO)

- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, Band 3: §§ 1025-1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter in MüKo ZPO*)
- Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang (Hrsg.)*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 13. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter in Musielak/Voit ZPO*)
- Namendorf, Annette*, Der arbeitsrechtliche Status von GmbH-Geschäftsführern, Berlin 2003
- Natter, Eberhard/ Gross, Roland (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsgesetz Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert: *Bearbeiter in Natter/Gross ArbGG*)
- Nielebock, Helga*, „Fünf oder zwei Gerichtsbarkeiten“? (Tagungsbericht zur Tagung des Deutschen Gewerkschaftsbundes am 27.11.2003), NZA 2004, 28
- Oberthür, Nathalie*, Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, 253
- Opolony, Bernhard*, 25 Jahre ArbGG 1979 – Ein Blick zurück nach vorn, NZA 2004, 519
- Oppenländer, Frank/ Trölitzsch, Thomas (Hrsg.)*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage, München 2011 (zitiert: *Bearbeiter in Oppenländer/ Trölitzsch Praxishandbuch GmbH-GF*)
- Pesch, Christoph*, Der Urkundensprozess als prozesstaktisches Mittel bei der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern, NZA 2002, 957
- Preis, Ulrich/ Sagan, Adam (Hrsg.)*, Europäisches Arbeitsrecht – Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, Köln 2015 (zitiert: *Bearbeiter in Preis/Sagan, Europäisches ArbR*)
- Preis, Ulrich/ Sagan, Adam*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26
- Pröpper, Martin*, Der GmbHR-Kommentar (Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 26.10.2012 - 10 AZB 55/12), GmbHR 2013, 255
- Pröpper, Martin*, Durchsetzung des Vergütungsanspruchs von Geschäftsführern und Vorständen nach fristloser Kündigung im Urkundenprozess, BB 2003, 202
- Rebhahn, Robert*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, 3
- Reinecke, Gerhard*, Fremdgeschäftsführer und Vorstandsmitglieder – Rechtsweg und Status, ZIP 2014, 1057
- Reinecke, Gerhard*, Klagen von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern vor den Arbeitsgerichten, ZIP 1997, 1525
- Reinfelder, Waldemar*, Arbeitnehmer – Gesellschafter – Geschäftsführer, RdA 2016, 87

- Reiserer, Kerstin, Arbeitnehmerschutz für Geschäftsführer? – EuGH und BAG leisten Schützenhilfe, BB 2016, 1141
- Reiserer, Kerstin, Arbeitnehmerschutz für Geschäftsführer? – Die Danosa-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen, DB 2011, 2262
- Reiserer, Kerstin, Der GmbH-Geschäftsführer in der GmbH und Co. KG, BB 1996, 2461
- Reiserer, Kerstin/ Peters, Oliver, Die anwaltliche Vertretung von Geschäftsführern und Vorständen bei Abberufung und Kündigung, DB 2008, 167
- Reufels, Martin/ Molle, Karl, Diskriminierungsschutz von Organmitgliedern, NZA-RR 2011, 281
- Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried/ Wißmann, Hellmut/ Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 3. Auflage, München 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in MüHdB ArbR)
- Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit – 2. ZAAR Kongress, ZAAR Schriftenreihe Band 3, München 2005 (ZAAR-Verlag) (zitiert: *Bearbeiter* in Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit)
- Rieble, Volker, Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1998, 327
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin u.a. 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre)
- Riesenhuber, Karl, Europäisches Arbeitsrecht, Eine systematische Darstellung, Heidelberg u.a. 2009
- Rolfs, Christian/ Krikebohm, Ralf/ Giesen, Richard/ Udsching, Peter, Beck'scher Online Kommentar Arbeitsrecht, 40. Edition, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK ArbR)
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Rosenberg/Schwab ZPR)
- Rost, Friedhelm, Der „Fremdgeschäftsführer“ als Arbeitnehmer oder wie Europa die Diskussion um den nationalen Arbeitnehmerbegriff belebt, in: Rechtspolitische Entwicklungen im nationalen und internationalen Kontext, Festschrift für Friedrich Bohl zum 70. Geburtstag, Berlin 2015 (zitiert: *Rost* in FS Bohl)
- Roth, Günter H./ Altmeyen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 8. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Roth/Altmeyen GmbHG)
- Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 5. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG)
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Sachs GG)

- Schaub, Günter/ Koch, Ulrich/ Linck, Rüdiger/ Treber, Jürgen/ Vogelsang, Hinrich (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 16. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Schaub ArbRHdB)
- Schenkel, Jan-Erik, Verbietet Art. 95 Abs. 1 GG die Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten auf Landesebene?, DÖV 2011, 481
- Schiefer, Bernd/ Worzalla, Michael, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 2013, 41
- Schilling, Wolfgang, Anmerkung zum Urteil des BGH 19.01.1961 - II ZR 217/58, JZ 1961, 545
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, u.a. Köln 2002
- Scholz, Franz (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II: §§ 35-52, 11. Auflage, Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Scholz GmbHG, 11. Auflage)
- Scholz, Franz (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II: §§ 35-52, 10. Auflage, Köln 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Scholz GmbHG, 10. Auflage)
- Schönhöft, Andreas, Die Bruttozahlungsklage von Organmitgliedern im Urkundenprozess, GmbHR 2008, 95
- Schrader, Peter/ Schubert, Jens, Der „getarnte“ Arbeitnehmer-Geschäftsführer, BB 2007, 1617
- Schrader, Peter/ Schubert, Jens/ Straube, Gunnar, Ade Arbeitsgerichtsbarkeit?, NZA 2004, 899
- Schreiber, Christoph, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Zivilgerichtsbarkeit, GmbHR 2012, 929
- Schubert, Claudia, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, ZESAR 2013, 5
- Schubert, Claudia, Kündigungsschutz für die Geschäftsführerin einer Kapitalgesellschaft während der Schwangerschaft – Gesundheitsschutz und Diskriminierungsschutz (Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09), EuZA 2011, 362
- Schulze, Marc-Oliver/ Hintzen, Martina, GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer?, ArbRAktuell 2012, 263
- Schwab, Norbert, Neuerungen im arbeitsgerichtlichen Verfahren, NZA 1991, 657
- Schwab, Norbert/ Weth, Stephan (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 4. Auflage, Köln 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Schwab/Weth ArbGG)
- Seidel, Andreas/ Schönhöft, Andreas, Die Aussetzung des Urkundenverfahrens im Falle der Vergütungsklage durch Organmitglieder, GmbHR 2005, 1113
- Siegmann, Matthias/ Vogel, Joachim, Die Verantwortlichkeit des Strohmanngeschäftsführers einer GmbH, ZIP 1994, 1821

- Söllner, Alfred*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit im Wandel der Zeiten, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Neuwied u.a. 1994, S. 1 (zitiert: *Söllner* in FS Deutscher Arbeitsgerichtsverband)
- Spahlinger, Andreas/ Wegen, Gerhard*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005
- Spielberger, Marc*, Amtsniederlegung eines Geschäftsführers – Rechtsweg zum Arbeitsgericht (Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 03.12.2014 - 10 AZB 98/14), NJW 2015, 718
- Stagat, Rolf*, Der Rechtsweg des GmbH-Geschäftsführers zum Arbeitsgericht – Änderung der Rechtsprechung und Folgen für die Praxis, NZA 2015, 193
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), herausgegeben von Philipp S. Fischinger, Reinhard Richardi und Volker Rieble, Berlin 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Staudinger BGB)
- von Steinau-Steinrück, Robert*, Der GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer als Arbeitnehmer, NJW-Spezial 2015, 498
- von Steinau-Steinrück, Robert/ Mosch, Ulrich*, Schwangere Geschäftsführerin: Managerin oder Arbeitnehmerin?, NJW-Spezial 2011, 178
- Stein, Friedrich/ Jonas, Martin (Hrsg.)*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4: §§ 253-327, 22. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in Stein/Jonas ZPO)
- Stenslik, Bastian-Peter*, Der Fremd-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, DStR 2015, 2334
- Strohm, Lutz*, Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung, DB 2011, 158
- Stürner, Rolf (Hrsg.)*, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 16. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Jauernig BGB)
- Thomale, Chris*, Der verdrängte Anspruch – Freie Anspruchskonkurrenz, Spezialität und Subsidiarität im Privatrecht, JuS 2013, 296
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung Kommentar, 37. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Thomas/Putzo ZPO)
- Thüsing, Gregor*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2011
- Uffmann, Katharina*, Der Richter als pensionsloser Tagelöhner – freie Hand der Mitgliedsstaaten bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Sekundärrecht? (Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 01.03.2012 „O’Brien“ - C-393/10), EuZA 2012, 518
- Ulmer, Peter/ Habersack, Mathias/ Löbbe, Marc (Hrsg.)*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II: §§ 29 bis 52, 2. Auflage, Tübingen 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Ulmer GmbHG)
- von Ungern-Sternberg, Joachim*, Grundfragen des Streitgegenstands bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen (Teil 1), GRUR 2009, 901

- Vielmeier, Stephan*, GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Rahmen der Massentlassungsrichtlinie?, NJW 2014, 2678
- Walker, Wolf-Dietrich*, Die Grundlagen für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit, ZZZP 2010, 185
- Wank, Rolf*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München 2015
- Wank, Rolf*, Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Verbraucher; zweistufige Ausschlussfrist – Besprechung des Urteils BAG v. 19.05.2010 - 5 AZR 253/09, RdA 2011, 178
- Wank, Rolf*, Kurzkommentar zum Urteil des EuGH vom 11.11.2010 „Danosa“ - C-232/09, EWIR 2011, 27
- Wank, Rolf*, Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts: Arbeitsrecht für Nicht-Arbeitnehmer?, EuZA 2008, 172
- Wank, Rolf*, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, in: Festschrift Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 587 (zitiert: *Wank* in FS Wiedemann)
- Wank, Rolf*, Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, 90
- Wank, Rolf*, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988
- Wenzel, Leonhard*, 75 Jahre deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit – Rückblick auf die Geschichte eines Gerichtszweigs, JZ 1965, 697
- Westermann, Harm Peter/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Band 1, 14. Auflage, Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Erman BGB)
- Weth, Stephan*, Besonderheiten der Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 1998, 680
- Wicke, Hartmut*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 3. Auflage, München 2016 (zitiert: *Wicke*, GmbHG)
- Wieczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A.* (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Viertes Band: §§ 253-299a, 4. Auflage, u.a. Berlin 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in Wieczorek/Schütze ZPO)
- Wilke, Elena*, Internationale Zuständigkeit bei Geschäftsführerhaftung (Entscheidungsbesprechung: EuGH Urteil vom 10.09.2015 „Holterman Ferho Exploitation“ - C-47/14), ArbRAktuell 2015, 536
- Willemsen, Heinz Josef/ Müntefering, Michael*, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, 193
- Ziemons, Hildegard/ Jaeger, Carsten*, Beck'scher Online Kommentar GmbHG, 27. Edition, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in BeckOK GmbHG)
- Zöller, Richard* (Hrsg.), Zöller Zivilprozessordnung Kommentar, 31. Auflage, Köln 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Zöller ZPO)