

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 Trölitzsch 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

cc)	Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft	137
dd)	Beurteilung des konkreten Falls	137
ee)	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
cc)	Beurteilung des konkreten Falls	142
dd)	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
cc)	Beurteilung des konkreten Falls	148
dd)	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 Exploitation“	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
EuZW	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 Exploïtatïe“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 höchst-richterlichen 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 Exploïtatïe“ - 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 Bundesarbeitsgerichtshof, 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 Innungsanspruchbehörden 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.