

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZB 51/10
17 Ta 312/10
Hessisches
Landesarbeitsgericht

BESCHLUSS

In Sachen

Kläger, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

pp.

1.

Beklagte zu 1., Beschwerdegegnerin zu 1. und
Rechtsbeschwerdegegnerin zu 1.,

2.

Beklagte zu 2., Beschwerdegegnerin zu 2. und
Rechtsbeschwerdegegnerin zu 2.,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 23. August 2011 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Klägers werden die Beschlüsse des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 11. Oktober 2010 - 17 Ta 312/10 - und des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 20. Juli 2010 - 10 Ca 3957/10 - aufgehoben.
2. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist gegeben.

Gründe

- I. Die Parteien streiten über Restvergütung, eine Abfindung, Gewinnbeteiligung, die Erstellung einer Arbeitsbescheinigung, die Erteilung eines Zeugnisses sowie über die Abrechnung des Vertragsverhältnisses und vorab über die Zulässigkeit des Rechtswegs. 1
- Die Beklagten sind Unternehmen einer Unternehmensgruppe der Softwarebranche. Die Beklagte zu 1. ist die alleinige Gesellschafterin der Beklagten zu 2. Sie ist ferner alleinige Gesellschafterin der m GmbH, über deren Vermögen am 22. Januar 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Mehrheitsgesellschafterin der Beklagten zu 1. ist die m SA mit Sitz in Zug/Schweiz. 2
- Der Kläger war auf der Grundlage eines in englischer Sprache abgefassten Arbeitsvertrags vom 29. Oktober 2007 für die Unternehmensgruppe tätig. Der Kläger erhielt für die Jahre 2007 und 2008 (*bis 31. Mai 2008*) Lohnsteuerbescheinigungen von der m GmbH, danach von der Beklagten zu 2. 3
- Am 5. Juni 2008 bestellte die Beklagte zu 2. den Kläger zum Geschäftsführer. Eine Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 14. August 2008. Am 7. Juli 2009 wurde er außerdem zum Geschäftsführer der Beklagten zu 1. bestellt und im Handelsregister am 31. August 2009 eingetragen. 4
- Mit Schreiben vom 4. Dezember 2009 teilten die beiden Beklagten dem Kläger seine Abberufung als Geschäftsführer der Unternehmen mit. Gleichzeitig kündigten sie mit Schreiben vom 4. Dezember 2009 das Anstellungsverhältnis des Klägers vorsorglich fristlos, hilfsweise ordentlich. Die Abberufung als 5

Geschäftsführer beider Unternehmen wurde am 16. Dezember 2009 in das Handelsregister eingetragen.

Mit seiner am 8. Juni 2010 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger von den beiden Beklagten die Zahlung restlicher Vergütung für den Zeitraum vom 15. November 2007 bis zum 4. Dezember 2009 in Höhe von 124.336,98 Euro netto, die Zahlung einer Abfindung gemäß dem schriftlichen Vertrag vom 29. Oktober 2007, eine Abrechnung bis zum Vertragsende und die Feststellung eines Anspruchs auf Gewinnbeteiligung in Höhe von 1/3 von fünf Prozent des EBITDA-Betrags der Beklagten zu 1. sowie eine Arbeitsbescheinigung und ein Zeugnis von der Beklagten zu 1. begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei gegeben, Es lägen Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG vor. Seine gesellschaftsrechtliche Stellung als Geschäftsführer der Beklagten stehe dem nicht entgegen. Sein Arbeitsverhältnis sei zu keiner Zeit aufgehoben worden. Bei der Bestellung zum Geschäftsführer beider Beklagten sei der bestehende Arbeitsvertrag nicht geändert worden. An seiner persönlichen Abhängigkeit von den Weisungen des „faktischen Geschäftsführers“ der Mehrheitsgesellschafterin der Beklagten zu 1. habe sich nichts geändert. Jedenfalls für die Ansprüche, die er für die Zeit bis zum 5. Juni 2008 und nach seiner Abberufung als Geschäftsführer geltend mache, sei der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben.

6

Der Kläger hat beantragt,

7

1. die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn einen Nettobetrag in Höhe von 124.336,98 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 4. Dezember 2009 zu zahlen,
2. die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn einen Bruttobetrag in Höhe von 36.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 4. Dezember 2009 zu zahlen,
3. festzustellen, dass er für die Jahre 2008 und 2009 Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 1/3 von fünf Prozent des EBITDA-Betrags der Be-

- klagen zu 1. hat,
4. die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, sein Arbeitsverhältnis bis zu dessen Beendigung ordnungsgemäß abzurechnen,
 5. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, ihm eine Arbeitsbescheinigung zu erstellen und
 6. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, ihm ein wohlwollendes Zeugnis mit insgesamt „gute“ Beurteilung zu erteilen.

Die Beklagten halten den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für nicht gegeben. Sie haben die Ansicht vertreten, der als Geschäftsführer beider Unternehmen tätig gewordene Kläger sei nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG kein Arbeitnehmer. 8

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht München I (*Kammer für Handelssachen*) verwiesen. Die sofortige Beschwerde des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde hält der Kläger an dem eingeschlagenen Rechtsweg fest. 9

II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen verneint. Der Kläger macht Ansprüche aus einem - nicht aufgehobenen - Arbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG geltend. Seine zeitweise erfolgte Bestellung zum Geschäftsführer der Beklagten ändert daran nichts. 10

1. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses sowie über Arbeitspapiere. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG. 11

a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die 12

kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitssachen nicht berufen. Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als ein Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen (*BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11, NZA 2011, 874; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 2 bis 4 der Gründe, BAGE 107, 165; 23. August 2001 - 5 AZB 9/01 - zu II 1 der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 54 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 36; 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33*). An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, dass zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist (*BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, aaO*). § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG greift sogar ein, wenn objektiv feststeht, dass das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist (*BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 3 der Gründe, aaO*). Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer geltend macht, er sei wegen seiner eingeschränkten Kompetenz in Wirklichkeit Arbeitnehmer gewesen (*BAG 14. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - Rn. 16, BAGE 118, 278; 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b B I 2 der Gründe, aaO; Schwab/Weth/Kliemt*

ArbGG 3. Aufl. § 5 Rn. 271). Für Ansprüche des Klägers, die während der Zeit als Geschäftsführer entstanden sind, sind deshalb die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres immer dann zuständig, wenn sie noch während der Geschäftsführerbestellung gerichtlich geltend gemacht werden (*vgl. BAG 20. Mai 1998 - 5 AZB 3/98 - zu II 1 der Gründe, NZA 1998, 1247*). Nur so kann dem Zweck der gesetzlichen Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG entsprochen und ein Arbeitsgerichtsprozess im „Arbeitgeberlager“ vermieden werden.

b) Etwas anderes kann sich jedoch dann ergeben, wenn dem Rechtsstreit 13
zwischen dem Mitglied des Vertretungsorgans und der juristischen Person nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis, sondern eine weitere Rechtsbeziehung zugrunde liegt. In diesem Fall greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein (*BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11, NZA 2011, 874; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 10. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - Rn. 16, BAGE 118, 278, aaO; 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 107, 165; 23. August 2001 - 5 AZB 9/01 - zu II 1 der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 54 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 36; 11. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 c der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33*). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – wieder - in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (*BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 c der Gründe, aaO*).

c) Eine Zuständigkeit der Arbeitgerichte kann ferner dann gegeben sein, 14
wenn der Kläger Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird (*vgl. bspw. BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23, AP BGB § 626 Nr. 211; 19. Juli 2007*

- 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294). Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt (vgl. BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 12, NZA 2011, 874; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, aaO). Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der anwendbaren Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche.

2. In Anwendung dieser Grundsätze ist die Beschwerde des Klägers begründet. Die Vorinstanzen haben für die geltend gemachten Ansprüche den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zu Unrecht verneint. 15
- a) Der Kläger war als Geschäftsführer der beklagten Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach § 35 Abs. 1 GmbHG deren gesetzlicher Vertreter und galt deshalb während der Zeit als bestellter Geschäftsführer der Beklagten nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer im Sinne des ArbGG (vgl. BAG 14. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 118, 278). Während dieser Zeit konnte er nicht vor den Gerichten für Arbeitssachen gegen die Beklagten klagen. 16
- b) Nach seiner Abberufung als Geschäftsführer der Beklagten erfasst die gesetzliche Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG den Streitfall und die vom Kläger geltend gemachten arbeitsvertraglichen Ansprüche nicht mehr. Zwar ist davon auszugehen, dass sich die Parteien vor der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Beklagten hierüber verständigt haben. Allerdings ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts der Arbeitsvertrag des Klägers hierbei nicht formwirksam aufgehoben worden, sondern bestand vielmehr 17

weiter fort. Damit basieren sämtliche Ansprüche auf einer einheitlichen, unveränderten arbeitsvertraglichen Grundlage. Dies gilt sowohl für die Forderungen, die vor und nach seiner Bestellung als Geschäftsführer entstanden sein könnten, als auch für jene, die er während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer erworben hat.

Mikosch

W. Reinfelder

Eylert