

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Beschluss vom 21. Januar 2019  
- 9 AZB 23/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:210119.B.9AZB23.18.0

I. Arbeitsgericht  
Lörrach

Beschluss vom 30. November 2017  
- 3 Ca 350/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
- Kammern Freiburg -

Beschluss vom 15. Mai 2018  
- 9 Ta 16/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Rechtsweg - Fremdgeschäftsführer

Leitsatz:

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person.

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZB 23/18  
9 Ta 16/17  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

## BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

pp.

Klägerin, Beschwerdegegnerin und Rechtsbeschwerdegegnerin,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 21. Januar 2019 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Beklagten wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 15. Mai 2018 - 9 Ta 16/17 - aufgehoben.
2. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Lörrach vom 30. November 2017 - 3 Ca 350/17 - abgeändert:

Der Rechtsstreit wird an das zuständige Landgericht Waldshut-Tiengen verwiesen.

3. Die Klägerin hat die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.
4. Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 16.250,00 Euro festgesetzt.

## Gründe

I. Die Parteien streiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen und in der Hauptsache über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen fristlosen Kündigung. 1

Unternehmensgegenstand der Beklagten ist der Betrieb von Krankenhäusern und anderen sozialen Einrichtungen. Sie beschäftigt ca. 1.000 Mitarbeiter. Ihr jährliches Umsatzvolumen beträgt ca. 55 Mio. Euro. Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 7. April 2016 wurde die Klägerin zur Geschäftsführerin der Beklagten gewählt. Zur Regelung der Geschäftsführertätigkeit schlossen die Parteien am 27./29. April 2016 einen „Dienstvertrag“ (DV), in dem es ua. heißt: 2

### „§ 1

#### **Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis**

1. Frau J, geb. 1966, wird spätestens mit Wirkung zum 1. November 2016 als Geschäftsführerin der Gesellschaft tätig. Ihr bleibt nachgelassen, ihre Tätigkeit aufgrund dieses Vertrages bereits zu einem früheren Datum, frühestens jedoch zum 1. Juni 2016 aufzunehmen. Sie ist als Organvertreterin ‚Leitende Angestellte‘ im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes (§ 14 Abs. 1 KSchG).
2. Die Geschäftsführerin führt die laufenden Geschäfte der Gesellschaft und vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich allein. Die Gesellschaft kann jederzeit weitere Geschäftsführer bestellen.
3. Frau J wird zudem die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft S GmbH übernehmen.

4. Ihr obliegt die verantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbetriebes der Gesellschaft sowie der Tochtergesellschaft S GmbH. Sie führt die Geschäfte nach den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns. Die Tätigkeit als Geschäftsführerin in verbundenen Unternehmen, insbesondere bei der Tochtergesellschaft S GmbH, ist mit der Vergütung nach § 3 Abs. 1 abgegolten.
5. Die Geschäftsführerin ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

## **§ 2**

### **Pflichten- und Verantwortlichkeiten**

1. Die Geschäftsführerin hat die volle Arbeitskraft den ihr übertragenen Aufgaben zu widmen. Sie hat die Interessen der Gesellschaft zu wahren und zu fördern.
2. Die Rechte und Pflichten der Geschäftsführerin und der Umfang ihrer Entscheidungsbefugnisse ergeben sich aus dem für die Gesellschaft bestehenden Gesellschaftsvertrag und den dazu erlassenen Dienst-Anweisungen, ggf. aus der zusätzlich erlassenen Geschäftsordnung für die Geschäftsführerin.
3. Die Geschäftsführerin ist gegenüber der Gesellschafterversammlung auskunfts- und berichtspflichtig. Sie ist an die erlassenen Beschlüsse, Anordnungen und Weisungen gebunden.
- ...
5. Die Geschäftsführerin nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr. Die Geschäftsführerin ist Vorgesetzte[r] aller Mitarbeiter der Gesellschaft und diesen weisungsbefugt. Dies gilt auch für die von den Gesellschaftern gestellten Mitarbeiter.

...

## **§ 11**

### **Nebentätigkeit/Wettbewerbsverbot/ Verschwiegenheitspflicht**

1. Ohne Einwilligung der Gesellschafterversammlung darf die Geschäftsführerin weder eine andere Erwerbstätigkeit betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen oder eine andere Tätigkeit ausüben.

Ebenso wenig darf sie ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung, Gesellschafter, Mitglied des Vorstandes oder eines anderen Gremiums einer anderen Gesellschaft sein; dies gilt nicht für eine Beteiligung als Aktionär an einer Publikumsgesellschaft.

2. Die Übernahme einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Nebentätigkeit bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

...

## **§ 12 Urlaub**

1. Der Geschäftsführerin steht jährlich ein Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen (Montag - Freitag) zu. Die Einbringung des Urlaubes ist mit den betrieblichen Belangen abzustimmen. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

...“

Darüber hinaus vereinbarten die Parteien im Dienstvertrag ua. als Vergütung der Klägerin ein Jahresgehalt iHv. 175.000,00 Euro brutto sowie eine variable Vergütung iHv. 20.000,00 Euro pro Jahr bei 100-prozentiger Zielerreichung, die Gestellung eines Dienstwagens mit dem Recht der Klägerin zur Privatnutzung, bei einer von der Klägerin nicht zu vertretenden Arbeitsunfähigkeit die Fortzahlung der Vergütung für den Zeitraum von sechs Wochen sowie anschließend weitere Zahlungen, Leistungen der Beklagten zur Alters- und Hinterbliebenenversorgung und die Zahlung eines Sterbegelds an die Erben der Klägerin.

3

Die Klägerin, die mit einem Grad der Behinderung von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt ist, nahm ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin am 1. November 2016 auf. Am 11. Juli 2017 kündigte sie den Dienstvertrag ordentlich mit Wirkung zum 31. Dezember 2018. Mit Schreiben vom 31. Juli 2017 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis fristlos. Sie behauptet, die Klägerin habe die ihr als Geschäftsführerin obliegenden Pflichten verletzt und sich illoyal verhalten. Ebenfalls am 31. Juli 2017 berief sie die Klägerin mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführerin ab. Mit der am 17. August 2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die fristlose Kündigung.

4

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen sei eröffnet, weil sie Arbeitnehmerin der Beklagten sei. Die Gesellschaft sei nach dem Anstellungsvertrag berechtigt, ihr auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen zu erteilen. Die Gesellschafter hätten auf den Inhalt der von ihr vorzubereitenden Präsentationen und Tischvorlagen einen so großen Einfluss genommen, dass ihr selbst kein Ermessensspielraum mehr zugestanden habe. Ihr seien regelmäßig Termine für politische Gespräche zugewiesen und deren Wahrnehmung von ihr erwartet worden. Zudem werde die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen allein durch ihre Rechtsansicht begründet, in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu stehen. Der Erfolg der Klage sei vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses abhängig. Die fristlose Kündigung sei nicht nur unwirksam, weil es an einem wichtigen Grund fehle, sondern auch wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts. Jedenfalls sei der beschrittene Rechtsweg eröffnet, weil ihre Stellung der einer arbeitnehmerähnlichen Person entspreche. Die Einkünfte bei der Beklagten stellten ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage dar. Sie sei deshalb wie eine Arbeitnehmerin schutzbedürftig. 5

Die Klägerin hat den Antrag angekündigt festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 31. Juli 2017 nicht aufgelöst worden ist. 6

Die Beklagte hat die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen gerügt und beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht Waldshut-Tiengen zu verweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin stehe als Geschäftsführerin in einem freien Dienstverhältnis. 7

Das Arbeitsgericht hat den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig erklärt. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Beklagte weiterhin die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht Waldshut-Tiengen. 8

- II. Die nach § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG statthafte und nach § 78 ArbGG, §§ 574 ff. ZPO zulässige Rechtsbeschwerde der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. 9
1. Das Landesarbeitsgericht hat - wie schon das Arbeitsgericht - zur Begründung der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, es könne im Sinne einer Wahlfeststellung dahingestellt bleiben, ob das Vertragsverhältnis der Parteien ein Arbeitsverhältnis sei. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen sei nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG eröffnet, weil die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sei. 10
2. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht eröffnet. Es handelt sich nicht um eine Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG. 11
- a) Die Gerichte für Arbeitssachen sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG. 12
- aa) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten sowie sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. 13
- bb) Auszugehen ist dabei vom allgemeinen nationalen und nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff (*vgl. zum Status von Geschäftsführern: zur gerichtlichen Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho* 14

*Exploitatione ua.] Rn. 41 ff.; zur Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; zur Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 51).* Die Frage des Zugangs zu den Gerichten für Arbeitssachen und der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Das Arbeitsgerichtsgesetz basiert nicht auf Unionsrecht und setzt dieses nicht um. § 5 ArbGG liegt keine unionsrechtliche Bestimmung zugrunde (vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - Rn. 13; GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 5 Rn. 45a; Boemke RdA 2018, 1, 21 mwN; Reinfelder RdA 2016, 87, 89; Vielmeier NZA 2016, 1241; Lunk NJW 2015, 528). Durch dieses Verständnis wird dem Dienstverpflichteten ein ggf. unionsrechtlich vermittelter Schutz nicht versagt. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist in Bereichen, in denen Unionsrecht anzuwenden ist, das nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts verweist, unabhängig davon zu beachten, ob der Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen oder den ordentlichen Gerichten geführt wird.

b) Entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen scheidet vorliegend 15  
eine Wahlfeststellung aus, bei der dahingestellt bliebe, ob das Vertragsverhältnis der Parteien ein Arbeitsverhältnis ist. Zwar kann die Rechtswegbestimmung grundsätzlich im Rahmen einer Wahlfeststellung getroffen werden, weil nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen schon dann eröffnet ist, wenn die klagende Partei entweder Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person ist (vgl. BAG 21. Dezember 2010 - 10 AZB 14/10 - Rn. 7; 14. Januar 1997 - 5 AZB 22/96 - zu II der Gründe). Eine Wahlfeststellung ist vorliegend jedoch nicht möglich, weil die Klägerin weder Arbeitnehmerin noch arbeitnehmerähnliche Person ist.

aa) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht schon nach 16  
§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen. Die Klägerin wurde nach den in der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsge-



richts von der Beklagten am 31. Juli 2017 mit sofortiger Wirkung von ihrem Amt als Geschäftsführerin abberufen.

bb) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG eröffnet. Der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters ändert sich nicht allein dadurch, dass er abberufen wird. Das Anstellungsverhältnis wird durch den Abberufungsakt nicht zum Arbeitsverhältnis (*vgl. BAG 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 16; 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - zu II 1 b aa der Gründe; 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - zu II 3 b bb der Gründe*) und der Organvertreter nicht zur arbeitnehmerähnlichen Person. Die Gerichte für Arbeitssachen sind deshalb zur Entscheidung des Rechtsstreits nur berufen, wenn es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG handelt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. 17

(1) Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ist nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG gegeben, weil die Klägerin nicht Arbeitnehmerin der Beklagten ist. 18

(a) Wie das Landesarbeitsgericht unter zutreffender Auslegung des Klagebegehrens zu Recht erkannt hat, begründet die bloße Behauptung der Klägerin, das Vertragsverhältnis der Parteien sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG. Es handelt sich bei der Klage nicht um einen sog. Sic-non-Fall. 19

(aa) Die Fallgruppen „sic non“, „aut aut“ und „et et“ hat die Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage entwickelt, welche Anforderungen an das klägerische Vorbringen zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten zu stellen sind (*vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - Rn. 18 mwN*). Ein sog. Sic-non-Fall liegt vor, wenn die Klage nur dann begründet sein kann, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte. In diesem Fall 20

eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen (*BAG 3. Dezember 2014 - 10 AZB 98/14 - Rn. 17; 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 21 mwN*).

(bb) Die Klägerin greift die fristlose Kündigung der Beklagten vom 31. Juli 2017 - über den engen Wortlaut des Klageantrags hinausgehend - ausweislich der Klagebegründung, die bei der Auslegung des Klageantrags zu berücksichtigen ist (*vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen BAG 2. August 2018 - 6 AZR 188/17 - Rn. 17 mwN*), unabhängig davon an, ob das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis einzuordnen ist. Sie stellt die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zur Überprüfung. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Erklärungen der Klägerin im Rahmen des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens bestätigt. Der Erfolg der Klage ist damit nicht von ihrer Arbeitnehmerstellung abhängig. Die Klägerin könnte im vorliegenden Rechtsstreit auch dann obsiegen, wenn die Kündigung eines Dienstverhältnisses in Rede stünde und deshalb nicht der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts bedürft hätte. Auch bei Bestehen eines freien Dienstverhältnisses wäre die Wirksamkeit der Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen. 21

(b) Die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt. 22

(aa) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von einem Dienstverhältnis durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Nach § 611a Abs. 1 BGB ist Arbeitnehmer, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für 23

die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Die durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (*BGBI. I S. 258, 261*) eingefügte, am 1. April 2017 in Kraft getretene Regelung des § 611a BGB entspricht hinsichtlich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis in Abs. 1 den nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geltenden, aus § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB abgeleiteten Grundsätzen (*vgl. hierzu BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 792/16 - Rn. 12; 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 16*).

(bb) Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Sein Dienstvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramts gerichtet (*vgl. BAG 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - Rn. 18, BAGE 116, 254; BGH 10. Mai 2010 - II ZR 70/09 - Rn. 7*). Dies gilt unabhängig davon, ob der (Fremd-)Geschäftsführer einen starken Anteilseigner oder einen weiteren Geschäftsführer neben sich hat, der die konkrete Geschäftstätigkeit bestimmend mitgestaltet. Es kommt insoweit nicht entscheidend darauf an, welchen Gebrauch der GmbH-Geschäftsführer im Innenverhältnis nach § 37 Abs. 1 GmbHG von seiner im Außenverhältnis wegen §§ 35, 37 Abs. 2 GmbHG unbeschränkten Vertretungsbefugnis machen darf. § 37 Abs. 1 GmbHG ist eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane untereinander. Auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer steht der Gesellschaft ein unternehmerisches Weisungsrecht zu. Berücksichtigt man dies, kann eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie darüber hinaus auf einen Status des betroffenen GmbH-Geschäftsführers als Arbeitnehmer schließen lässt, allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen (*vgl. BAG 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - aaO*). Ein Arbeitsverhältnis setzt voraus, dass die Gesellschaft eine - über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende - Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen der Geschäftsführer

24

seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann (*vgl. BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - zu III 2 b der Gründe*).

(cc) Die Voraussetzungen eines solchen Ausnahmefalls sind im Streitfall nicht erfüllt. Weder der Dienstvertrag noch die von der Klägerin behauptete tatsächliche Vertragsdurchführung lässt den Schluss zu, die Klägerin sei intern Weisungen der Beklagten unterlegen, die es rechtfertigten, das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. 25

(aaa) Die Regelungen des Dienstvertrags weisen das Vertragsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis aus und begründen kein Weisungsrecht der Beklagten, das über ein gesellschaftsrechtliches hinausgeht. Die Bestimmung von Zeit und Ort der Dienstleistung bleibt der Geschäftsführerin vorbehalten. Soweit sich nach § 2 Nr. 2 DV die Rechte und Pflichten und der Umfang der Entscheidungsbefugnisse der Geschäftsführerin aus dem für die Gesellschaft bestehenden Gesellschaftsvertrag und den dazu erlassenen Dienstanweisungen und ggf. aus der zusätzlich erlassenen Geschäftsordnung für die Geschäftsführerin ergeben, werden allein die nach § 37 Abs. 1 GmbHG möglichen internen Beschränkungen der Befugnisse eines Geschäftsführers wiedergegeben. Die in § 2 Nr. 3 DV vorgesehene Auskunftspflicht dient allein der Information der Gesellschafter und ist notwendige Grundlage der von den Gesellschaftern zu treffenden Entscheidungen. Sie geht nicht über gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen eines Geschäftsführers hinaus. Auch die aus § 2 Nr. 1 DV resultierenden Verpflichtungen, die Dienstleistung persönlich zu erbringen und die volle Arbeitskraft den ihr übertragenen Aufgaben zu widmen, sind kein Indiz für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sondern Folge der Organstellung als Geschäftsführerin, die dem Vertragsverhältnis zugrunde liegt. Gleiches gilt für die Verpflichtung, die Einbringung des Urlaubs mit den betrieblichen Belangen abzustimmen (§ 12 Nr. 1 DV). § 11 DV sieht entgegen der Ansicht der Klägerin kein Nebentätigkeitsverbot vor, das als Indiz gegen die Selbstständigkeit der Klägerin sprechen könnte (*vgl. BAG 15. Dezember 1999 - 5 AZR 770/98 - zu II 2 i der Gründe*). Die Bestimmung stellt die Aufnahme der dort aufgeführten 26

Tätigkeiten außerhalb des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten unter Erlaubnisvorbehalt. Ein solcher Erlaubnisvorbehalt berechtigt den Dienstgeber nicht, die Aufnahme einer Nebentätigkeit willkürlich zu verwehren. Daraus folgt, dass die Klägerin als Dienstverpflichtete einen Anspruch auf Zustimmung bzw. Einwilligung hat, wenn die Aufnahme der Nebentätigkeit berechnete Interessen der Beklagten nicht beeinträchtigt. Ein Erlaubnisvorbehalt ist somit nicht einem Nebentätigkeitsverbot gleichzusetzen. Er dient nur dazu, dem Dienstgeber bereits vor Aufnahme der Nebentätigkeit die Überprüfung zu ermöglichen, ob seine Interessen beeinträchtigt werden. Im Ergebnis wird der Klägerin mit § 11 DV lediglich aufgegeben, die Beklagte vor Aufnahme einer Nebentätigkeit zu unterrichten (*vgl. zur Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis BAG 11. Dezember 2001 - 9 AZR 464/00 - zu II 2 a bb der Gründe, BAGE 100, 70*).

(bbb) Aus § 1 Nr. 1 Satz 3 DV, dem zufolge die Klägerin „als Organvertreterin ,Leitende Angestellte‘ im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes (§ 14 Abs. 1 KSchG)“ sei, kann nicht geschlossen werden, die Parteien hätten ein Arbeitsverhältnis vereinbart. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält für die darin bezeichneten Organvertreter eine negative Fiktion, die unabhängig davon eingreift, ob das der Organstellung zugrunde liegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis zu qualifizieren ist (*vgl. BAG 21. September 2017 - 2 AZR 865/16 - Rn. 12 ff.; 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 22*).

(ccc) Dass die Klägerin als GmbH-Geschäftsführerin, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt ist (sog. Fremdgeschäftsführerin), abhängig beschäftigt iSv. § 7 Abs. 1 SGB IV ist (*vgl. BSG 14. März 2018 - B 12 KR 13/17 R - Rn. 18*), steht einem freien Dienstverhältnis nicht entgegen. Der Begriff des Arbeitnehmers iSv. § 5 ArbGG und der des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses sind nicht deckungsgleich (*vgl. BAG 8. Mai 2018 - 9 AZR 531/17 - Rn. 20; GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 5 Rn. 14; Reinfelder RdA 2016, 87, 89*).

(ddd) Die Vertragsdurchführung lässt nicht den Schluss zu, die Parteien hätten abweichend von den Bestimmungen des Dienstvertrags ein Arbeitsverhältnis

nis begründen wollen. Die Vorgaben bezüglich der Gestaltung und Abstimmung von Vorlagen für die Gesellschafterversammlung gehen nicht über unternehmerische Weisungen hinaus. Soweit sich die Klägerin im Rechtsbeschwerdeverfahren auf eine Einflussnahme der Gesellschafter auf die Einstellung von Chef- und Oberärzten und die Personalplanung sowie die Aufforderung bezieht, Gespräche mit dem Oberarzt Dr. T zu führen, ist ihr Vortrag unsubstanziert. Gleiches gilt für die von der Klägerin behaupteten Weisungen, politische Gesprächstermine wahrzunehmen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet sind, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (*BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 133/16 - Rn. 29 mwN*). Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin nicht. Es ist deshalb nicht entscheidungserheblich, dass der von der Beklagten bestrittene Vortrag der Klägerin, soweit er neue Tatsachen betrifft, die nicht Gegenstand des angegriffenen Beschlusses des Landesarbeitsgerichts sind, in der Rechtsbeschwerdeinstanz gemäß § 577 Abs. 2 Satz 4 iVm. § 559 ZPO nicht berücksichtigungsfähig ist (*vgl. BAG 18. November 2015 - 10 AZB 43/15 - Rn. 11 f., BAGE 153, 261*).

(2) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b iVm. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG eröffnet. Die Klägerin ist nicht arbeitnehmerähnliche Person iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. 30

(a) Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbstständige, die nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmer gelten. Sie unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind - in der Regel wegen ihrer fehlenden oder gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsgebundenheit, oft auch wegen fehlender oder geringerer Eingliederung in eine betriebliche Organisation - in wesentlich geringerem Maße persönlich abhängig als Arbeitnehmer. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. 31

wirtschaftlichen Unselbstständigkeit. Außerdem muss die wirtschaftlich abhängige Person ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sein (*st. Rspr., vgl. nur BAG 17. Januar 2006 - 9 AZR 61/05 - Rn. 14; 30. August 2000 - 5 AZB 12/00 - zu II 2 b der Gründe; 22. Februar 1999 - 5 AZB 56/98 - zu B II der Gründe; 2. Oktober 1990 - 4 AZR 106/90 - BAGE 66, 95; BGH 21. Oktober 1998 - VIII ZB 54/97 - zu II 3 der Gründe*).

(b) Bei dem Begriff der „arbeitnehmerähnlichen Person“ iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, ob ein Selbstständiger eine arbeitnehmerähnliche Person ist, ist nur daraufhin überprüfbar, ob das Beschwerdegericht den Rechtsbegriff der arbeitnehmerähnlichen Person selbst verkannt, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, bei der Subsumtion den Rechtsbegriff wieder aufgegeben oder wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (*vgl. BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 792/16 - Rn. 15; 27. Juni 2017 - 9 AZR 851/16 - Rn. 20 mwN*).

(c) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend von den Rechtssätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht aufgestellt hat. Es hat diese jedoch im Hinblick auf die Frage der sozialen Schutzbedürftigkeit der Klägerin rechtsfehlerhaft angewandt.

(aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass in Bezug auf die Klägerin die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit erfüllt sind. Sie ist regelmäßig gegeben, wenn der Selbstständige auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist (*vgl. BAG 21. Februar 2007 - 5 AZB 52/06 - Rn. 11, BAGE 121, 304*).

(bb) Das Beschwerdegericht hat jedoch rechtsfehlerhaft eine mit einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit der Klägerin bejaht, indem

es zur Begründung erneut auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin abgestellt und zudem die Besonderheiten der Organstellung einer Geschäftsführerin nicht genügend beachtet hat.

(aaa) Soziale Schutzbedürftigkeit ist anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls und der Verkehrsanschauung das Maß der Abhängigkeit einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind (*st. Rspr., vgl. nur BAG 17. Januar 2006 - 9 AZR 61/05 - Rn. 14; 30. August 2000 - 5 AZB 12/00 - zu II 2 b der Gründe; 2. Oktober 1990 - 4 AZR 106/90 - BAGE 66, 95; BGH 16. Oktober 2002 - VIII ZB 27/02 - zu II 2 b bb der Gründe, BGHZ 152, 213; 21. Oktober 1998 - VIII ZB 54/97 - zu II 3 c der Gründe*). 36

(bbb) Die Klägerin ist ihrer gesamten sozialen Stellung nach nicht mit einem Arbeitnehmer vergleichbar. 37

(aaaa) Das Fehlen einer eigenen Betriebsorganisation und eigener Produktionsmittel kann zwar im Einzelfall eine einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit begründen (*vgl. BAG 16. Juli 1997 - 5 AZB 29/96 - zu II 5 c der Gründe, BAGE 86, 178*). Hierbei können jedoch entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts die soziale Stellung des Selbstständigen im Übrigen und die Besonderheiten des jeweiligen Vertragsverhältnisses nicht außer Betracht bleiben. 38

(bbbb) Die von der Klägerin als Geschäftsführerin geleisteten Dienste sind nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar. Dies ergibt sich aus der mit ihrem Amt verbundenen Rechtsstellung. Der Geschäftsführer einer GmbH verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (§ 35 Abs. 1 GmbHG) den Arbeitgeber. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgebergleiche Person (*vgl. BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 6 d der Gründe, BAGE 107, 165; BVerwG 26. September 2002 - 5 C 53.01 -*), im Fall des Fremdgeschäftsführers jedenfalls aber eine arbeitgeberähnliche Person. Durch 39



die gesetzlichen und nach außen nicht beschränkbaren Vertretungsbefugnisse unterscheidet sich der Geschäftsführer einer GmbH grundlegend von anderen leitenden oder nicht leitenden Arbeitnehmern (*vgl. BAG 21. September 2017 - 2 AZR 865/16 - Rn. 34*).

(cccc) Der arbeitgeberähnlichen Stellung der Klägerin entsprechen die Regelungen des ihrer Organstellung zugrunde liegenden Dienstvertrags. Sie wiesen die Klägerin uneingeschränkt als Vertreterin der Arbeitgeberin und zugleich als soziale Gegenspielerin der Arbeitnehmerschaft aus (*vgl. dazu Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 14 Rn. 3*), indem ihr die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, deren alleinige gerichtliche und außergerichtliche Vertretung (§ 1 Nr. 2 DV), die verantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbetriebs der Gesellschaft sowie der Tochtergesellschaft S GmbH (§ 1 Nr. 4 DV) zugewiesen war. Zudem hatte die Klägerin die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahrzunehmen und war Vorgesetzte aller Mitarbeiter der Gesellschaft und der von den Gesellschaftern gestellten Mitarbeiter und diesen weisungsbefugt (§ 2 Nr. 5 DV). 40

III. Es handelt sich demnach um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für die nach § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist. Der Rechtsstreit ist daher an das zuständige Landgericht (§ 23 Nr. 1, § 71 Abs. 1 GVG) zu verweisen. Die Klägerin ist der von der Beklagten beantragten Verweisung an das nach § 17 Abs. 1 ZPO örtlich zuständige Landgericht Waldshut-Tiengen nicht entgegengetreten. 41

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 42

Kiel

Suckow

Weber