

# BUNDEARBEITSGERICHT



10 AZB 46/14  
4 Ta 52/14  
Landesarbeitsgericht  
Schleswig-Holstein

## BESCHLUSS

In Sachen

Kläger, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

pp.

Beklagte, Beschwerdegegnerin und Rechtsbeschwerdegegnerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 22. Oktober 2014 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Klägers wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 29. April 2014 - 4 Ta 52/14 - aufgehoben.
2. Auf die Beschwerde des Klägers wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 18. Dezember 2013 - 3 Ca 1259 a/13 - abgeändert:

Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeits-  
sachen ist zulässig.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.
4. Der Streitwert wird auf 30.000,00 Euro festgesetzt.

## **Gründe**

I. Die Parteien streiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen. 1

Der Kläger schloss am 17. Juli 2001 einen Anstellungsvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der K W GmbH. Danach war er ab dem 1. September 2001 als Verkaufsdirektor Key Account für die K W Gruppe Deutschland eingestellt. 2

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 4. Juli 2005 wurde der Kläger zu deren Geschäftsführer bestellt. Die Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 25. August 2005. Anlässlich der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer trafen die Parteien keine weiteren schriftlichen Vereinbarungen. In einem Schreiben der Beklagten vom 6. April 2005 hatte diese dem Kläger zur Ernennung zum Geschäftsführer gratuliert und darauf hingewiesen, dass sein Anstellungsvertrag vom 17. Juli 2001 dadurch unverändert bleibe und er weiterhin verantwortlich als Vertriebsdirektor Dealer Division Deutschland tätig sei. 3

Unter dem 6. März 2013 schloss der Kläger mit der Beklagten in englischer Sprache einen Employment Contract. 4

Dort heißt es in § 1 Nr. 1: 5

„The Employee is with effect from January 1, 2013, to be employed as VP Kw Central Europe at Kw Deutschland GmbH, Germany. Seniority is calculated from 1<sup>st</sup> September 2001.“

In § 13 Nr. 2 des Vertrags heißt es: 6

„The foregoing constitutes the entire agreement between the parties and supersedes all agreements and undertakings previously made and given by and between the Employee and the (bodies of the) Company and/or companies affiliated with the Company.“

Der Kläger erhielt zuletzt ein Grundgehalt in Höhe von 156.744,00 Euro im Jahr und eine Bonuszahlung in Höhe von 87.500,00 Euro bei einer 100 %igen Zielerreichung. 7

Am 3. September 2013 eröffnete der weitere Geschäftsführer der Beklagten, Herr S, dem Kläger, man wolle sich von ihm trennen. Ausweislich der Niederschrift über eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 16. September 2013 beschloss die Gesellschafterversammlung, den Kläger als Geschäftsführer abzurufen und seinen Dienstvertrag ordentlich zum 30. September 2014 zu kündigen. Der Kläger erhielt noch am 16. September 2013 per E-Mail Kenntnis von seiner Abberufung. 8

Mit Schreiben der Beklagten vom 16. September 2013, dem Kläger zugegangen am 17. September 2013, teilte diese ihm nochmals mit, er sei mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer abberufen worden. Zudem kündigte sie den bestehenden Dienstvertrag ordentlich zum 30. September 2014 und stellte ihn für die Restlaufzeit des Vertrags von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten wurde am 14. Oktober 2013 in das Handelsregister eingetragen. 9

Am 7. Oktober 2013 ging beim Arbeitsgericht per Fax und am 10. Oktober 2013 im Original eine Klageschrift des Klägers ein. Darin hat er ua. beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 16. September 2013 weder zum 30. September 2014 noch zu einem späteren Termin aufgelöst wird. 10

Die Klageschrift wurde der Beklagten am 15. Oktober 2013 zugestellt. 11

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei eröffnet. Er sei auf Grundlage eines zu keinem Zeitpunkt beendeten Arbeitsverhältnisses beschäftigt gewesen. 12

Der Kläger hat beantragt 13

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 16. September 2013 weder zum 30. September 2014 noch zu einem späteren Termin aufgelöst wird;
2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 30. September 2014 hinaus fortbesteht;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt;
4. den im Newsletter der Kw Germany GmbH am 11. September 2013 veröffentlichten zweiten Absatz zu den Änderungen im Management/Central Europe zu widerrufen und dahin gehend zu berichtigen, dass er nicht als „Executive Vice President“, sondern als „Vice President“ tätig geworden ist, dass er nicht von seiner Position zurückgetreten ist und er das Unternehmen nicht, insbesondere nicht einvernehmlich, verlassen wird;

für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1.,

5. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Vice President Kw Central Europe bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zu 1. weiterzubeschäftigen;

für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1.,

6. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Endzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, für die Klage sei gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht eröffnet. Weitere Vertragsverhältnisse gebe es nicht. 14

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Kläger weiterhin, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für zulässig zu erklären. 15

II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist zulässig. 16

1. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen 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. 17

a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. In Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit gelten jedoch nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags 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 zuständig. 18

b) Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Sie soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen (*BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 3 der Gründe*, 19

*BAGE 107, 165*). Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen, solange die Fiktion Wirkung entfaltet (*BAG 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 12 mwN, BAGE 139, 63*).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zulässig. 20

a) Die Klage enthält ausschließlich Klageanträge, die nur dann begründet sein können, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte. In diesen Fällen (*sic-non-Fälle*) eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten (*BAG 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 21 mwN*). 21

aa) Mit seinen Feststellungsanträgen zu 1. und 2. macht der Kläger den Fortbestand eines seiner Auffassung nach bestehenden Arbeitsverhältnisses geltend. Mit seinem unechten Hilfsantrag zu 5. begehrt er für den Fall des Ob-siegens mit seinem Feststellungsantrag die vorläufige Weiterbeschäftigung in diesem Arbeitsverhältnis. 22

bb) Auch der Antrag zu 3. und der Hilfsantrag zu 6. können nur Erfolg haben, wenn sich der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten befindet bzw. befand. Mit diesen begehrt er ein qualifiziertes Zwischenzeugnis über Art und Dauer sowie Führung und Leistung „im Arbeitsverhältnis“ bzw. ein entsprechendes Endzeugnis. 23

cc) Ebenso lässt sich hinsichtlich des Antrags zu 4. der Klagebegründung entnehmen, dass der Kläger den Widerrufs- und Berichtigungsanspruch ausschließlich aus dem von ihm behaupteten Arbeitsverhältnis ableitet und mit dem 24

von ihm geltend gemachten Fortbestehen dieses Arbeitsverhältnisses begründet. Zwar könnte ein solcher Antrag grundsätzlich auch im Fall des Vorliegens eines Dienstvertrags erfolgreich sein. Der Kläger bestimmt jedoch alleine den Streitgegenstand (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und hat sich vorliegend auf einen möglichen Anspruch aus seinem Arbeitsverhältnis beschränkt.

b) Nach der Beendigung der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen berufen, über diese arbeitsrechtlichen Streitgegenstände zu entscheiden. 25

aa) Nach bisheriger Senatsrechtsprechung müssen die Voraussetzungen für das Eingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG im Zeitpunkt der Zustellung der Klage vorliegen. Ist ein Geschäftsführer zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam abberufen, ist und bleibt für die Klage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und nicht zu den Arbeitsgerichten zulässig (*BAG 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 23 mwN*). Hieran hält der Senat nicht weiter fest. Nachträgliche zuständigkeitsbegründende Umstände sind vielmehr auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird. Damit entfällt die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. 26

(1) Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen richtet sich die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zunächst nach den tatsächlichen Umständen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (*MüKoZPO/Zimmermann 4. Aufl. § 17a GVG Rn. 8; Kissel/Mayer GVG 7. Aufl. § 17 Rn. 9 f.*). Nachträgliche Veränderungen führen grundsätzlich nicht zum Verlust des einmal gegebenen Rechtswegs. Dieser in § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG enthaltene Grundsatz der perpetuatio fori gilt jedoch nur rechtswegerhaltend. Alle bis zur letzten Tatsachenverhandlung eintretenden Umstände, welche die zunächst bestehende Unzulässigkeit des Rechtswegs beseitigen, sind dagegen zu berücksichtigen, sofern nicht vorher ein (rechtskräftiger) Verweisungsbeschluss ergeht (*Kissel NJW 1991, 945, 948 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 72. Aufl. § 17 GVG Rn. 3, § 261 ZPO Rn. 31; MüKoZPO/Zimmermann § 17*) 27

GVG Rn. 6; Musielak/Wittschier 11. Aufl. § 17 GVG Rn. 4; Prütting/Gehrlein/Bitz 5. Aufl. § 17 GVG Rn. 7; Stein/Jonas/Jacobs 22. Aufl. § 17 GVG Rn. 12; Thomas/Putzo/Hüßtege 35. Aufl. § 17 GVG Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Schreiber 3. Aufl. § 17 GVG Rn. 4; Zöller/Lückemann 30. Aufl. § 17 GVG Rn. 2). Wird vorab gemäß § 17a Abs. 3 GVG über die Rechtswegzuständigkeit entschieden, sind spätere zuständigkeitsbegründende Veränderungen auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 17a Abs. 4 GVG zu berücksichtigen, wenn sie dort zulässigerweise eingeführt werden können (BGH 18. Mai 1995 - I ZB 22/94 - zu II 3 a der Gründe, BGHZ 130, 13; Zöller/Lückemann aaO). Dies dient vor allem der Prozessökonomie (Kissel NJW 1991, 945, 948; Wieczorek/Schütze/Schreiber aaO; Zöller/Lückemann aaO) und soll vermeiden, dass ein Rechtsstreit verwiesen wird, auch wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs die Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts begründet ist. Die veränderten zuständigkeitsrelevanten Umstände können damit dazu führen, dass ein ursprünglich begründeter Verweisungsantrag unbegründet wird (MüKoZPO/Becker-Eberhard § 261 Rn. 80; zur Möglichkeit der Erledigungserklärung in einem solchen Fall: BGH 11. Januar 2001 - V ZB 40/99 -).

(2) Soweit der Senat die Auffassung vertreten hat, es komme für das Eingreifen der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausschließlich auf die Umstände zum Zeitpunkt der Klageerhebung an (vgl. BAG 15. November 2013 - 10 AZB 28/13 - Rn. 23; 26. Oktober 2012 - 10 AZB 55/12 - Rn. 23), wird hieran nicht festgehalten (kritisch auch Pröpper GmbH 2013, 255 ff.). Zwar ist dieser Zeitpunkt zunächst entscheidend für die Bestimmung des zuständigen Gerichts und geeignet, rechtssicher festzustellen, ob § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen entgegensteht. Eine Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze über die Berücksichtigung zuständigkeitsbegründender Umstände rechtfertigt dies jedoch nicht und eine solche gibt § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG auch nicht vor. Die Abberufung als Geschäftsführer lässt sich auch zu jedem späteren Zeitpunkt sicher feststellen. Das ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung eröffnet dagegen die Möglichkeit einer Manipulation. Käme es allein auf diesen Zeitpunkt an, hätten es

28



die Gesellschafter nach einer Kündigung in der Hand, durch ein Hinausschieben der Abberufungsentscheidung eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch in den Fällen auszuschließen, in denen unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Kläger hat nämlich in einem solchen Fall gemäß § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, um den Eintritt der Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern. Die nachträgliche Berücksichtigung von Umständen, welche die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs erst begründen, verhindert im Übrigen bei mehreren nacheinander erklärten Kündigungen regelmäßig auch eine Aufspaltung der Zuständigkeit in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Abberufung des Geschäftsführers.

bb) Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig. Zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage am 15. Oktober 2013 war der Kläger nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten, sondern durch diese bereits abberufen. 29

(1) Der Widerruf der Bestellung als Geschäftsführer muss durch die Gesellschafter erfolgen und dem Geschäftsführer gegenüber erklärt werden. Mit Zugang der entsprechenden Erklärung wird der Widerruf wirksam. Dieser bedarf keiner besonderen Form (*Roth/Altmeyden/Altmeyden GmbHG 7. Aufl. § 38 Rn. 22*). Die Tatsache der Abberufung ist zwar gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, die Eintragung wirkt jedoch nur deklaratorisch. Die fehlende Eintragung beeinträchtigt deshalb die Wirksamkeit der dem Geschäftsführer gegenüber erklärten Abberufung nicht (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG 20. Aufl. § 39 Rn. 24; Henssler/Strohn/Oetker 2. Aufl. GmbHG § 39 Rn. 16; Roth/Altmeyden/Altmeyden § 38 Rn. 23; § 39 Rn. 5*). 30

(2) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und dem beiderseitigen Vortrag ist die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer durch Beschluss vom 16. September 2013 erfolgt. Dieser Beschluss wurde dem Kläger noch am 16. September 2013 per E-Mail mitgeteilt. Die Eintragung in das Handelsregister erfolgte - ohne dass es hierauf wegen deren rein deklaratorischer 31

Wirkung ankäme - am 14. Oktober 2013 und damit am Tag vor der Klagezustellung, die am 15. Oktober 2013 erfolgte. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist es unerheblich, dass die Abberufung zeitgleich bzw. nahezu zeitgleich mit dem Ausspruch der Kündigung „in einem Akt“ erfolgte. Dies ändert nichts daran, dass nach Abberufung als Geschäftsführer die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht mehr greifen kann.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf § 63 GKG.

32

Linck

Brune

W. Reinfelder