
Datum: 13.03.2019
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ta 586/18
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2019:0313.2TA586.18.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herford, 2 Ca 870/18
Schlagworte: Rechtsweg; Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG; Wirksamwerden der Abberufung als Geschäftsführer. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG fällt erst mit dem Wirksamwerden

Leitsätze:

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG fällt erst mit dem Wirksamwerden der Abberufung als Geschäftsführer weg und nicht bereits mit der Erklärung der Abberufung, die erst zum späteren Zeitpunkt eintreten soll.

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Klägers wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Herford vom 14.11.2018 – 2 Ca 870/18 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 8.775 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

G r ü n d e 1

I. 2

Die Parteien streiten in der Beschwerdeinstanz um die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten für die vom Kläger erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung „des zwischen den Parteien bestehenden Dienstverhältnisses“. 3

Der Kläger ist seit 2008 bei der Beklagten beschäftigt. Alleinige Gesellschafterin der Beklagten ist die B AG.	4
Zunächst verband die Parteien der Anstellungsvertrag vom 29.04.2008 (Bl. 5 ff. d. A.).	5
Mit Wirkung zum 27.06.2008 wurde der Kläger zum Geschäftsführer bestellt. Die Parteien unterzeichneten am 08.01.2010 eine Änderung des ursprünglichen Anstellungsvertrages (Bl. 9 ff. d. A.), in der es am Ende heißt: „ Alle Inhalte der Vertragspunkte, die Gegenstand dieser Änderung sind und nicht neu geregelt werden sowie alle anderen Punkte des Anstellungsvertrages vom 29. April 2008 bleiben unverändert.“	6
Unter dem 30.11.2016 vereinbarten die Parteien sodann einen Geschäftsführeranstellungsvertrag, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 11 ff. d. A. Bezug genommen wird.	7
In der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.09.2018 wurde beschlossen, den Kläger als Geschäftsführer abzurufen und das bestehende Dienstverhältnis zu kündigen, jeweils zum 30.09.2019. Gleichzeitig wurde der weitere Geschäftsführer der Beklagten, Herr Dr. L, damit beauftragt, den Kläger über den Inhalt der gefassten Beschlüsse in Kenntnis zu setzen und gegenüber dem Kläger die zur Umsetzung der Beschlüsse erforderlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere auch die Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Geschäftsführeranstellungsvertrages zu erklären.	8
Entsprechend dem Beschluss der Gesellschafterversammlung erhielt am 17.09.2018 eine schriftliche, ordentliche Kündigung zum 30.09.2019 (Bl. 17 d. A.); in diesem Schreiben wurde dem Kläger auch die Abberufung als Geschäftsführer zum 30.09.2019 mitgeteilt.	9
Gegen die Kündigung vom 14.09.2018 wehrt sich der Kläger mit der Kündigungsschutzklage vom 01.10.2018, bei Gericht eingegangen am 02.10.2018.	10
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten gegeben sei, da er als Arbeitnehmer einzustufen ist. Auch die Klage habe einen Antrag zum Gegenstand, der das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Die Fiktionswirkung des § 5 Abs.1 S. 3 ArbGG sei mit seiner mit der Abberufung des als Geschäftsführer entfallen. Insoweit sei es unerheblich, zu welchen Zeitpunkt die Abberufung erfolge. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts komme es allein auf die Abberufung als Gesellschafter und auf die Mitteilung der Abberufung an, nicht dagegen auf den Wirkungszeitpunkt oder auf die spätere Eintragung der Abberufung im Handelsregister, die lediglich deklaratorischen Charakter habe.	11
Die Beklagte hat die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten unter Berufung auf die bis zum 30.09.2019 ortbestehende Geschäftsführerstellung des Klägers und den Hinweis auf § 5 Abs.1 S.3 ArbGG gerügt und die Verweisung des Rechtsstreits nach § 48 ArbGG i. V. mit § 17 a Abs. 2 GVG an das Landgericht beantragt.	12
Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 14.11.2018 die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten verneint und den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bereits nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht eröffnet sei, da der Kläger unstreitig Geschäftsführer der Beklagten sei. Diese Stellung des Klägers werde durch die Abberufung in der ordentlichen Kündigung vom 17.09.2018 nicht berührt, da die Abberufung erst zum 30.09.2019 wirke, sodass die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG erst mit Ablauf des	13

30.09.2019 entfallen werde. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der vom Kläger zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.10.2014 (10 AZB 46/14), da auch danach die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG erst mit Beendigung der Organstellung entfalle. Im Unterschied zu allen von den Parteien benannten Entscheidungen Bundesarbeitsgerichts sei der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten nicht gleichzeitig mit der Kündigung mit sofortiger Wirkung, sondern erst zu einem weit in der Zukunft liegenden Termin abberufen worden, sodass er bis zu diesem Zeitpunkt Organ der Beklagten bleibe. Dies schließe die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG für die Dauer der fortbestehenden Geschäftsführerstellung des Klägers aus.

Der Kläger hat gegen den am 14.11.2018 zugestellten Beschluss des Arbeitsgerichts am 27.11.2018 sofortige Beschwerde eingelegt, der das Arbeitsgericht mit Kammerbeschluss vom 05.12.2018 nicht abgeholfen hat. 14

Zur Begründung der sofortigen Beschwerde trägt der Kläger im Wesentlichen vor, dass das Arbeitsgericht die Bedeutung der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG verkannt habe. Das Arbeitsgericht habe nämlich mit Beschluss vom 22.10.2014 in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass mit der Abberufung als Geschäftsführer der Weg zu den Arbeitsgerichten offen stehe. Dabei komme es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Abberufungsbeschluss der Gesellschafter und auf die Mitteilung der Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer an, und nicht auf die spätere Eintragung der Abberufung im Handelsregister. Folglich komme es entgegen der Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts auch nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt die beschlossene Abberufung wirke. Allein der Zeitpunkt des Beschlusses der Abberufung sei für den Wegfall der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG maßgeblich. Anderenfalls stünde dem Arbeitnehmer-Geschäftsführer nie der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten offen, da die Wirkung der Abberufung ja immer nach Ablauf der Kündigungsschutzfrist gelegt werden könnte. Er wäre dann der Willkür des Arbeitgebers ausgesetzt, weshalb das Bundesarbeitsgericht auch ausgeführt habe, dass es auf die Abberufung als Beschluss der Gesellschafter und nicht etwa auf die späteren Zeitpunkte der Wirkung der Abberufung oder deren Eintragung im Handelsregister ankomme. 15

Wegen des Parteinenvorbringens im Übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 16

II. 17

Die sofortige Beschwerde des Klägers ist unbegründet. 18

Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten in dem vorliegenden Fall bereits aufgrund der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausgeschlossen ist. 19

Etwas anderes ergibt sich vorliegend entgegen der Rechtsansicht des Klägers auch nicht aus der zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.10.2014. Das Bundesarbeitsgericht hat nämlich früher die Auffassung vertreten, dass es für die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten ausschließlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ankomme, so dass nachträglich eintretende Umstände keine Änderung hinsichtlich der bei Klagezustellung gegebenen Rechtswegzuständigkeit hätten. Dem Kläger ist zwar insofern zuzugeben, dass das Bundesarbeitsgericht in der von ihm zitierten Entscheidung vom 22.10.2014 seine bisherige Rechtsprechung teilweise geändert und angenommen hat, dass der in § 17 Abs. 1 S. 1 GVG enthaltene Grundsatz der perpetuatio 20

fori nur rechtswegerhaltend gilt mit der Folge, dass nachträgliche Veränderung grundsätzlich nicht zum Verlust des einmal gegebenen Rechtsweges führen, dieser Grundsatz also nur Rechtsweg erhaltend wirkt. Dagegen sind danach alle bis zur letzten Tatsachenverhandlung eintretenden Umstände, die zunächst die bestehende Unzulässigkeit des Rechtsweges beseitigen, zu berücksichtigen, sofern nicht vorher ein rechtskräftiger Verweisungsbeschluss ergangen ist. Nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind demnach nachträgliche zuständigkeitsbegründende Umstände auch dann noch zu berücksichtigen, wenn ein im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht abberufener Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird, so dass der Wegfall der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch noch im Rechtswegbeschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist mit der Folge, dass aufgrund der Veränderung zuständigkeitsrelevante Umstände ein ursprünglich begründeter Verweisungsantrag unbegründet wird (vgl. BAG, Beschluss vom 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, juris, Rdnr. 26 ff.).

Die gesetzliche Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen (vgl. BAG, Beschluss vom 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, juris, Rdnr.19). 21

Vorliegend ist der Kläger aber auch noch heute Geschäftsführer der Beklagten, weil die Abberufung als Geschäftsführer vor dem Hintergrund der erklärten ordentlichen Kündigung vom 13.09.2018 erst zum Ablauf der Kündigungsfrist, also erst zum 30.09.2019 wirken soll. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Kläger Geschäftsführer der Beklagten und steht daher als solcher bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und dem Eintritt der Abberufungswirkung auch im „Arbeitgeberlager“. Da die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG unabhängig davon eingreift, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, ist insofern ausschließlich darauf abzustellen, wann die Organstellung beendet ist, was nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist. Nach § 38 Abs. 1 GmbH-Gesetz kann zwar die Geschäftsführer-Bestellung jederzeit durch Abberufung beendet werden, eine Abberufung mit sofortiger Wirkung ist allerdings nicht zwingend. Denn § 38 Abs. 1 GmbH-Gesetz regelt lediglich das Recht zu einer sofortigen Berufung der Geschäftsführerbestellung, nicht dagegen eine Pflicht. Dementsprechend wirkt die nicht mit sofortiger Wirkung, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erklärte Abberufung als Geschäftsführer auch erst zu diesem Zeitpunkt mit der Folge, dass bis zur rechtlichen Beendigung der Geschäftsführerbestellung auch die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG fortbesteht. Dementsprechend ist bereits aus diesem Grunde die sofortige Beschwerde des Klägers zurückzuweisen. 22

Davon unabhängig hat der Kläger auch nicht schlüssig dargelegt, dass und warum der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG beim Nichteingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG eröffnet sein sollte. Denn das der Geschäftsführer der Bestellung zugrunde liegende Vertragsverhältnis ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der auch die Beschwerdekammer folgt, regelmäßig ein freies Dienstverhältnis im Sinne des § 611 BGB. Die Rechtsnatur des der Geschäftsführerbestellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses ändert sich auch nicht mit der Abbestellung als Geschäftsführer, da es hierbei um einen gesellschaftsrechtlichen Akt handelt, der auf die Rechtsnatur des der Organbestellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses keinen Einfluss hat. Ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611 a BGB ist das der Organbestellung zugrundeliegende Vertrag nur ausnahmsweise dann, wenn dies aufgrund besonderer Einzelfallumstände anzunehmen ist (vgl. dazu BAG, Beschluss vom 03. 23

Dezember 2014 – 10 AZB 98/14, juris, Rdnr. 14 ff.; d, Rdnr. 14; LAG Hamm, Beschluss vom 23. Mai 2018 – 2 Ta 657/17, juris), wofür der Kläger überhaupt nichts vorgetragen hat.

Soweit der Kläger geltend macht, dass die Klage einen Antrag zum Gegenstand habe, der das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetze, so übersieht er, dass ein sogenannter Sic-non-Fall, in dem beim Nichteingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG allein aufgrund der Rechtsansicht des Klägers, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt, nur dann angenommen werden kann, wenn das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses eine sogenannte doppelt relevante Tatsache sowohl für die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten als auch für die Begründetheit der Kündigungsschutzklage ist (vgl. dazu BAG, Beschluss vom 03. Dezember 2014 – 10 AZB 98/14, juris, Rdnr. 17; BAG, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – 10 AZB 46/14, juris; LAG Hamm, Beschluss vom 05. März 2018 – 2 Ta 451/17, juris, Rdnr. 14). Dies setzt allerdings voraus, dass die Bestandsschutzklage den Antrag enthält, dass „das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ... nicht aufgelöst worden ist“ (vgl. dazu LAG Hamm, Beschluss vom 05. März 2018 – 2 Ta 451/17, juris, Rdnr. 14; LAG Köln, Beschluss vom 24. Januar 2017 – 7 Ta 221/16, juris, Rdnr. 5 ff., 11 ff.; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 19. November 2015 – 3 Ta 38/15, juris, Rdnr. 25 ff.), was vorliegend aber gerade nicht der Fall ist. Denn der Kläger beantragt gerade nicht die Feststellung, dass das zwischen den Parteien „bestehende Arbeitsverhältnis, nicht durch die Kündigung vom... aufgelöst worden ist“ mit der Folge, dass bei einem solchen Antrag die bloße Rechtsansicht, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt ohne Rücksicht auf ihre Schlüssigkeit ausreicht, um die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten anzunehmen. Vielmehr begehrt er die Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis durch die Kündigung vom 14.09.2018 nicht aufgelöst worden ist, so dass nach seinem eigenen Klageantrag keine Sic-non-Fallgestaltung vorliegt. Dementsprechend wäre der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten selbst dann nicht eröffnet, wenn die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG entsprechend der fehlerhaften Rechtsansicht des Klägers nicht eingreifen würde. Aus alledem folgt, dass die sofortige Beschwerde des Klägers zurückzuweisen war.

III. 25

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 91 ZPO der Kläger zu tragen. 26

Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 17 a Abs.4 GVG liegen nicht vor. 27

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens richtet sich nach dem Wert der Hauptsache. Wegen der eingeschränkten Rechtskraft im Rechtswegbestimmungsverfahren sind davon 3/10 in Ansatz gebracht worden. 28