

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Ta 51/19  
3 Ca 54 a/19 ArbG Neumünster



## Beschluss vom 04.07.2019

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein am 04.07.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden

beschlossen:

**Die sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27.06.2018 – 3 Ca 637a/17 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor wie folgt gefasst wird:**

**Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist unzulässig. Der Rechtsstreit wird an das zuständige Landgericht K. verwiesen.**

**Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.**

### **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, hilfsweise fristgemäßen Kündigung.

Die Beklagte bietet psychosoziale Hilfen für Menschen mit psychischen Erkrankungen und Beeinträchtigungen in den Bereichen Wohnen, Arbeit, Betreuung und Freizeit an. Sie beschäftigt ca. 80 Mitarbeiter. Gemäß § 11 ihrer Satzung vom 08.06.1999 wird sie durch einen oder mehrere Geschäftsführer bzw. Geschäftsführerinnen vertreten, die jeweils alleinvertretungsberechtigt sind. Der Geschäftsführer/die Geschäftsführerin bedürfen, ohne dass ihre Vertretungsmacht nach außen dadurch beeinträchtigt wäre, für folgende Geschäfte der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung:

- die Aufnahme und Gewährung von Krediten von mehr als 100.000,00 DM, von Bürgschaften und Übernahme von Wechselverbindlichkeiten,
- die Vornahme von Baumaßnahmen, die nicht der notwendigen Instandhaltung dienen und ein 100.000,00 DM übersteigendes Investitionsvolumen haben,
- die Bestellung von Prokuristen,
- den Abschluss von Grundstücksmiet- und pachtverträgen mit einem größeren Geldvolumen als 30.000,00 DM jährlich im Einzelfall, Ersatzmietraum ausgenommen
- den Abschluss von Anstellungsverträgen außerhalb des genehmigten Stellenplanes oder sofern keine gesicherte Refinanzierung hierfür vorliegt,
- zu Investitionen, die im Einzelfall 75.000,00 DM überschreiten,
- für Ausgaben, die den genehmigten Wirtschafts- und Haushaltsplan wesentlich überschreiten, soweit nicht durch zusätzliche Einnahme oder Einsparungen an anderer Stelle gedeckt oder durch Gesellschaftsabschluss im Einzelfall genehmigt.

Der am ...1950 geborene Kläger trat im Oktober 1986 als Diplom-Psychologe in die Dienste der Beklagten. Das Arbeitsverhältnis war zunächst befristet, zuletzt aufgrund

Dienstvertrags vom 06.08.1987 (Anlage 43 = Bl. 459) bis zum 30.09.1988. Im Anschluss schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Datum 14.10.1988.

Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 30.09.1999 wurde der Kläger mit Wirkung zum 01.10.1999 zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt. Zur Regelung der Geschäftsführertätigkeit schlossen die Parteien am 05.11.1999 einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag (Anlage 1 = Bl. 10 ff. d. A.). In dem Vertrag heißt es u.a.:

### § 1

....

Dieser Anstellungsvertrag ersetzt den früher geschlossenen Arbeitsvertrag vom 14.10.1988.

Herr W. wird mit Wirkung vom 01.10.99 als Geschäftsführer eingestellt und zum Geschäftsführer bestellt. Solange ein weiterer Geschäftsführer bzw. eine weitere Geschäftsführerin nicht bestellt ist, leitet Herr W. bis auf Weiteres alle unter dem Dach der GmbH befindlichen Unternehmensbereiche.

Herr W. erhält Bankvollmacht. Er vertritt die gGmbH gerichtlich und außergerichtlich.

### § 6

Nachfolgend aufgelistete Geschäfte des Geschäftsführers Herrn W. bedürfen der vorherigen Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung:

- a) zum Erwerb, zur Veräußerung oder zu Belastung von Grundstücken,
- b) zum Anschluss von Miet- und Pachtverträgen für die Dauer von mehr als einem Jahr oder mit einer Kündigungsfrist von mehr als sechs Monaten und mit einer monatlichen Verpflichtung von mehr als 2000,00 DM,
- c) zur Bestellung oder Abberufung von Prokuristen,
- d) zur Inanspruchnahme von Krediten von mehr als 100.000,00 DM,
- e) zu Investitionen, die im Einzelfall die Summe von 75.000,00 DM überschreiten,
- f) zur Errichtung oder Aufgabe von Zweigniederlassungen, zum Erwerb anderer Unternehmen und zur Beteiligung an solchen,
- g) zur Veräußerung des Unternehmens im ganzen, zur Veräußerung von Teilen des Betriebes sowie zum Abschluss von Umgründungs-, Verschmelzungs- und Umwandlungsverträgen,
- h) zu allen Handlungen und Rechtsgeschäften, hinsichtlich derer die Gesellschafterversammlung die vorherige Zustimmung für den Einzelfall oder generell als notwendig beschlossen hat. Geschäfte, die die Gesellschafterversammlung in einem Jahresinvestitionsplan o. ä. beschlossen hat, gelten als genehmigt vorbehaltlich eines anderen Beschlusses.

### § 7

Herr W. hat der Gesellschaft die zur Bewältigung seiner Aufgaben erforderliche Arbeitskraft auf Basis all seiner Erfahrungen und Kenntnisse zur Verfügung zu stellen. Er ist ansonsten in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei.

Entgeltliche Nebentätigkeiten des Herrn W. bedürfen der Zustimmung der Gesellschaft. Die Zustimmung zur Nebentätigkeit darf nur aus wichtigem Grund versagt werden. Entgeltlichen Nebentätigkeiten wird grundsätzlich zugestimmt, wenn diese Nebentätigkeiten zeitlich befristet sind und der Gesellschaft hieraus keine Nachteile erwachsen. Einmal jährlich soll Herr W. eine Übersicht über die von ihm erbrachten Tätigkeiten der Gesellschafterversammlung vorlegen. Herr W. haftet im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, soweit nicht die Versicherung greift.

Darüber hinaus vereinbarten die Parteien im Anstellungsvertrag u.a. als Vergütung des Klägers ein an die Vergütungsgruppe II a BAT angelehntes Gehalt sowie eine Geschäftsführerzulage in Höhe von 1.500,00 DM brutto. Für den Fall, dass der Kläger durch Krankheit oder durch andere unverschuldete Umstände an der Dienstaussübung gehindert sein sollte, war ihm die Fortzahlung der Vergütung für den Zeitraum von sechs Monaten zugesagt. Außerdem hatte die Beklagte dem Kläger „für den Fall einer mit der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit gekoppelten Vertragskündigung seitens der Gesellschaft eine Abfindung ... in Höhe von einem Monatsgehalt pro Arbeitsjahr“ versprochen. Die Beklagte stellte dem Kläger seit einigen Jahren einen Dienstwagen und erteilte ihm im Jahr 1991 eine Pensionszusage.

Auf einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten am 13.06.2017 wurde beschlossen, den Kläger zum Ablauf des 18.06.2017 als Geschäftsführer abzurufen und seinen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich am 19.06.2017 zu kündigen. Die Abberufung erfolgte am 18.06.2017. Mit Schreiben vom 19.06.2017 kündigte der Vorstand des Vereins „D. B. N. e.V.“ als Gesellschafterin der Beklagten den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag des Klägers außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Der Kläger wies die Kündigung mit Schreiben seiner vormaligen Prozessbevollmächtigten vom 22.06.2017 wegen fehlender Vollmachtvorlage und mangels Vertretungsmacht zurück. Mit der am 04.07.2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die fristlose, hilfsweise fristgemäße Kündigung.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen sei eröffnet, weil er Arbeitnehmer der Beklagten sei. Dafür spreche der herabwürdigende Umgang mit ihm und seine Ausgrenzung durch die Beklagte, wie er sie seit 2016 erfahren habe. Zu Vorstandssitzungen sei er nicht immer eingeladen worden. Ein von ihm angeregtes Mediationsverfahren habe nicht stattgefunden, ebenso wenig eine persönliche Korrespondenz mit ihm. Verabredete Termine seien abgesagt worden. Dadurch seien ihm Gestaltungsmöglichkeiten entzogen worden.

Zudem werde die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen allein durch seine 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 Anhörung des Betriebsrats.

Der Kläger hat zuletzt folgende Anträge angekündigt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Beklagten und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 19.06.2017 – dem Kläger am 19.06.2017 zugegangen – beendet worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Beklagten und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19.06.2017 – dem Kläger am 19.06.2017 zugegangen – beendet worden ist.
3. Hilfsweise für den Fall, dass die ordentliche Kündigung der Beklagten das Vertragsverhältnis der Parteien beendet haben sollte, die Beklagte zu verpflichten, entsprechend § 2 Ziffer 2 des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages vom 05.11.1999 eine Abfindung von einem Monatsgehalt je Arbeitsjahr, beginnend ab dem 01.10.1986 an den Kläger zu zahlen.
4. Für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 1 und 2:  
Die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Diplom-Psychologen mit einer Bruttomonatsvergütung in Höhe von 7.380,04 € bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen.
5. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangen sollte, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis besteht,

- a. festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers bei der Beklagten durch die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 19.06.2017, dem Kläger zugegangen am 19.06.2017, nicht mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.
- b. festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers bei der Beklagten auch durch die hilfsweise erfolgte ordentliche Kündigung vom 19.06.2017, dem Kläger zugegangen am 19.06.2017, nicht zum 31.01.2018 aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31.01.2018 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen gerügt und beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht K. zu verweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger stehe als Geschäftsführer in einem freien Dienstverhältnis.

Das Arbeitsgericht hat sich mit Beschlüssen vom 11.10.2017 (Bl. 421, 461 d. A.) und 27.06.2018 (Bl. 519 d. A.) „für sachlich unzuständig“ erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht K. verwiesen. Mit Nichtabhilfebeschlüssen vom 26.10.2018 durch die Vorsitzende allein und vom 06.02.2019 (in der Fassung vom 07.05.2019) durch die Kammer hat das Arbeitsgericht der sofortigen Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss vom 27.06.2018 nicht abgeholfen und die Sache dem Landesarbeitsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

**II.** Die nach § 17 Abs. 4 Satz 3 GVG statthafte und gemäß § 78 ArbGG, §§ 567 ff. ZPO zulässige sofortige Beschwerde des Klägers ist unbegründet.

1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war nur noch die sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Verweisungsbeschluss vom 27.06.2018.

Das Arbeitsgericht hat sich mit zwei im Wesentlichen gleichlautenden Beschlüssen vom 11.10.2017 und 27.06.2018 „für sachlich unzuständig“ erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht K. verwiesen. Obwohl der Kläger gegen den Beschluss vom 11.10.2017, der ihm erst am 15.03.2018 mit Gründen zugestellt worden ist, bereits am 08.03.2018 sofortige Beschwerde eingelegt hatte, hat das Arbeitsgericht vor Erlass des weiteren Verweisungsbeschlusses vom 27.06.2018 nicht über die Abhilfe entschieden. Allerdings war nach der zweiten Entscheidung über den Rechtsweg

kein Raum mehr für eine Abhilfeentscheidung bezüglich des ersten Verweisungsbeschlusses, zumal Gegenstand des zweiten Verweisungsbeschlusses neben den ursprünglichen Klaganträgen auch die Klagerweiterung vom 19.04.2018 war. Im Rahmen des Verweisungsbeschlusses vom 27.06.2018 hatte sich das Arbeitsgericht mit einigen in der Beschwerde vorgebrachten Einwendungen befasst und u.a. formuliert „Damit sieht das Gericht auch nach wiederholter Prüfung ...“. Das macht deutlich, dass das Arbeitsgericht die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs nochmals vollständig und unter Einbeziehung der weiteren Ausführungen der Parteien geprüft hat. Danach war nur noch über die sofortige Beschwerde gegen den umfassenderen Beschluss vom 27.06.2018 zu entscheiden. Hierzu liegen Nichtabhilfeentscheidungen des Arbeitsgerichts vor, wobei die erste (Beschluss vom 26.10.2018 = Bl. 609 d. A.) fälschlicherweise ohne Beteiligung der ehrenamtlichen Richter erging (zum Erfordernis der Entscheidung durch die Kammer: Schwab/Weth/Walker, ArbGG 3. Aufl., § 48 Rn. 68a). Eine weitere Nichtabhilfeentscheidung erging am 06.02.2019 durch die Kammer (Bl. 640 f. d. A.), wobei sich die vollständige Begründung erst in einem Beschluss vom 07.05.2019 findet (Bl. 661 d. A.).

2. 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 a und b ArbGG.

a) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist im vorliegenden Fall nicht schon nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen. Der Kläger wurde von der Beklagten bereits am 18.06.2017 mit sofortiger Wirkung von seinem Amt als Geschäftsführer abberufen. Nach der Abberufung als Geschäftsführer greift die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht mehr ein (BAG 08.09.2015 – 9 AZB 21/15 – Rn. 17).

b) Die Gerichte für Arbeitssachen sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a und 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.

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. Auszugehen ist vom allgemeinen nationalen und nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Die Beschwerdekammer schließt sich im Ergebnis und der Begründung dem 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Beschluss vom 21.01.2019 (9 AZB 23/18) an.

bb) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht schon deshalb nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG eröffnet, weil der Kläger als Geschäftsführer abberufen worden ist. 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 15.11.2013 – 10 AZB 28/13 – Rn. 16) 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 a und b ArbGG handelt. Das kann hier nicht festgestellt werden.

(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 eröffnet, weil der Kläger nicht Arbeitnehmer der Beklagten ist. Der Kläger war von Oktober 1986 bis September 1999 als Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt auf Grundlage des unbefristeten Arbeitsvertrags vom 14.10.1988. Dieses Arbeitsverhältnis ist aber mit Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags zum 30.09.1999 beendet worden (§ 1 des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags vom 05.11.1999). Sinn und Zweck dieser Regelung war die Aufhebung des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses. Angesichts seines Klagebegehrens vermag die bloße Behauptung des Klägers, das Vertragsverhältnis der Parteien sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a und b ArbGG nicht zu begründen. Es handelt sich bei der Klage nicht um einen sog. Sic-non-Fall.

(a) 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 08.09.2015 – 9 AZB 21/15 – Rn. 18). 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 wiederauflebte. In diesem Fall eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen (BAG 21.01.2019 – 9 AZB 23/18 – Rn. 20; BAG 03.12.2014 – 10 AZB 98/14 – Rn. 17).

(b) Wie der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Beschluss vom 21.01.2019 (9 AZB 23/18) deutlich gemacht hat, sind die Arbeitsgerichte nicht schon dann zuständig, wenn die klagende Partei wie im entschiedenen Fall die Feststellung begehrt, dass „das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden ist“ und schlicht behauptet, das Vertragsverhältnis sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Es reicht nicht aus, wenn die beantragten Feststellungen („Arbeitsverhältnis“) voraussetzen, dass im Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat (so wohl noch BAG 17.01.2001 – 5 AZB 18/00 – Rn. 15 f.). Es bedarf vielmehr einer Auslegung des Klagebegehrens, ob die klagende Partei die Kündigung unabhängig davon angreifen will, ob das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis einzuordnen ist (BAG 21.01.2019 – 9 AZB 23/18 – Rn. 19, 21). Ergibt die Auslegung, dass die Wirksamkeit der Kündigung vom Gericht unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten überprüft werden soll, hängt der Klageerfolg nicht von der Arbeitnehmerstellung ab. Die Statusfeststellung hat keine gesonderte Bedeutung. Dann aber liegt kein Sic-non-Fall vor, denn die Klage kann auch begründet sein, wenn das Rechtsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis eingeordnet werden kann. So liegt es hier.

Der Kläger greift sowohl die fristlose als auch die hilfsweise fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 19.06.2017 unabhängig davon an, ob das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhält-

nis einzuordnen ist. Das ergibt sich aus seiner Klagebegründung, die bei der Auslegung des Klageantrags zu berücksichtigen ist (vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen BAG 02.08.2018 – 6 AZR 188/17 – Rn. 17). Der Kläger stellt die Wirksamkeit der Kündigung vom 19.06.2017 unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zur Überprüfung. So rügt er bezogen auf die außerordentliche Kündigung das Fehlen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB und dass die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB versäumt hat. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung rügt er die unterbliebene Betriebsratsanhörung und die fehlende soziale Rechtfertigung. Bezüglich beider Kündigungen beruft der Kläger sich auf die Unwirksamkeit nach § 174 BGB und § 180 BGB. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger auf die Überprüfung auch nur einer der beiden Kündigungen verzichten will, wenn es sich um einen freien Dienstvertrag handeln sollte. Dazu müsste das Klagbegehren des Klägers so ausgelegt werden können, dass er nur für den Fall des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses eine Überprüfung der Kündigungen begehrt. Davon kann hier keine Rede sein. Das verdeutlichen die im Beschwerdeverfahren angekündigten Hilfsanträge. Denn gerade für den Fall, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis besteht, begehrt der Kläger die Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis durch die Kündigungen vom 19.06.2017 nicht aufgelöst worden ist, und zwar weder fristlos noch zum 31.01.2018. Der Erfolg der Klage ist damit nicht von seiner Arbeitnehmerstellung abhängig. Der Kläger könnte im vorliegenden Rechtsstreit auch dann obsiegen, wenn die Kündigung eines Dienstverhältnisses in Rede stünde und es deshalb keiner vorherigen Anhörung des Betriebsrats bedurft hätte. Auch bei Bestehen eines freien Dienstverhältnisses wäre die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung an § 626 BGB zu messen und bezüglich beider Kündigungen wären die sowohl für Arbeits- als auch für Dienstverhältnisse geltenden §§ 174, 180 BGB zu prüfen.

(c) Die nur für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen zu 1. und 2. angekündigten Klageanträge zu 3. und 5. können unabhängig davon Erfolg haben, ob sich der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten befunden hat oder ob zwischen den Parteien ein freies Dienstverhältnis bestand. Es handelt sich nicht um Sic-non-Fälle. Der als Antrag zu 4. gestellte Weiterbeschäftigungsantrag kann dagegen nur Erfolg

haben, wenn es sich bei dem Rechtsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt. Dieser Antrag ist aber als unechter Hilfsantrag nur für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 1. und 2. angekündigt. Bei genauer Betrachtung handelt es sich auch bei dem Antrag zu 2. um einen uneigentlichen Hilfsantrag, denn er ist nur für den Fall gestellt, dass der Antrag zu 1. Erfolg hat (vgl. ErfK/Kiel, § 4 KSchG, Rn 23). Solange der Hauptantrag (hier der Antrag zu 1.) bzw. die Hauptanträge rechtshängig sind, muss die Rechtswegfrage einheitlich beantwortet werden, da sich das hilfsweise geltend gemachte Begehren nicht abtrennen lässt. Solange die Hauptanträge rechtshängig sind, bestimmt sich die Zuständigkeit für die gesamte Klage deshalb allein nach diesen (vgl. BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14 - Rn. 19; Düwell/Lipke/Krasshöfer 4. Aufl. § 2 Rn. 26; Musielak/Foerste ZPO 12. Aufl. § 281 Rn. 7). Kommt es zur Entscheidung über die Hilfsanträge, ist insoweit vorab über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden. Ein vorhergehender Beschluss über die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Hauptanträge entfaltet keine Bindungswirkung (BAG 03.12.2014 - 10 AZB 98/14 - Rn. 19).

(2) Die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt.

(a) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von einem Dienstverhältnis durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Nach § 611a 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 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 (BGBl. 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 17.10.2017 – 9 AZR 792/16 – Rn. 12).

(b) Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluss vom 21.01.2019 (9 AZB 23/18) betont, dass der Geschäftsführer einer GmbH für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig wird. Sein Dienstvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramts gerichtet (vgl. BAG 14.11.2005 – 2 AZR 614/14 – Rn. 18). 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 21.01.2019 – 9 AZB 23/18 – Rn. 24; BAG 24.11.2005 – 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 seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann (BAG 21.01.2019 – 9 AZB 23/19 Rn. 24).

(c) Dass die Voraussetzungen eines solchen Ausnahmefalls im Streitfall erfüllt sind, lässt sich nicht feststellen. Weder der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag noch die vom Kläger behauptete tatsächliche Vertragsdurchführung lässt den Schluss zu, der Kläger sei intern Weisungen der Beklagten unterlegen, die es rechtfertigten, das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis anzusehen.

(aa) Die Regelungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags weisen das Vertragsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis aus, sondern sprechen vielmehr gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. In § 1 heißt es, dass der Anstellungsvertrag den früher geschlossenen Arbeitsvertrag ersetzt. Die Parteien waren sich also bewusst, eine Abkehr vom bisher bestehenden Arbeitsverhältnis zu vollziehen. Das Arbeitsverhältnis hatte zuletzt auf der Grundlage des (unbefristeten) Arbeitsvertrags vom 14.10.1988 bestanden. Dieses Arbeitsverhältnis wurde einvernehmlich aufgehoben, da seine Grundlage durch den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ersetzt worden ist.

Die Bestimmungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags begründen auch kein Weisungsrecht der Beklagten, das über ein gesellschaftsrechtliches hinausgeht. Die Bestimmung von Zeit und Ort der Dienstleistung bleibt dem Geschäftsführer vorbehalten. Im Anstellungsvertrag finden sich keine Vorgaben. In § 7 Abs. 1 ist nur geregelt, dass der Kläger der Gesellschaft die zur Bewältigung seiner Aufgaben erforderliche Arbeitskraft auf der Basis all seiner Erfahrungen und Kenntnisse zur Verfügung zu stellen hat und ansonsten in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei ist. Die damit verbundene Verpflichtung, die Dienstleistung persönlich zu erbringen, ist kein Indiz für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sondern Folge der Organstellung als Geschäftsführer. Auch die in § 6 vorgesehene Zustimmungsbedürftigkeit bestimmter Geschäfte, spricht nicht gegen die Selbständigkeit des Klägers. Die Beschränkungen halten sich im Wesentlichen im Rahmen der Satzung der Beklagten (dort § 11 Abs. 4). Daneben verbleiben dem Kläger, dem Bankvollmacht eingeräumt worden ist, erhebliche Handlungsmöglichkeiten. Gemäß § 7 Abs. 2 bedürfen entgeltliche Nebentätigkeiten zwar der Zustimmung der Gesellschaft. Das ist aber kein Nebentätigkeitsverbot, das als Indiz gegen die Selbständigkeit des Klägers sprechen könnte. Denn die Zustimmung darf nach dem Anstellungsvertrag nur aus wichtigem Grund versagt werden. Entgeltlichen Nebentätigkeiten wird sogar grundsätzlich zugestimmt, wenn sie zeitlich befristet sind und der Gesellschaft hieraus keine Nachteile erwachsen.

(bb) Die Vertragsdurchführung spricht nicht dafür, dass die Parteien abweichend von den Bestimmungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags ein Arbeitsverhältnis begründen wollten. Zu Vorgaben zur Gestaltung des Arbeitsalltags, insbesondere zur Arbeitszeit, zum Arbeitsort und zur Erledigung des Arbeitsinhalts, trägt der Kläger

nichts vor. Der von ihm behauptete entwürdigende Umgang mit ihm und seine (angebliche) Ausgrenzung durch die Beklagte beeinflussen seinen Status nicht. Ein selbständiger Geschäftsführer wird nicht dadurch zum Arbeitnehmer, weil er zu Sitzungen nicht eingeladen oder ein von ihm angeregtes Mediationsverfahren nicht durchgeführt wird. Die Verweigerung einer persönlichen Korrespondenz und die Absage von Terminen beeinflusst den Status genauso wenig.

3. Im Ergebnis handelt es sich somit um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für die nach § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist. Das Arbeitsgericht hat sich in seinem Beschluss vom 27.06.2018 für sachlich unzuständig erklärt, was nicht im Einklang mit § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG steht und verkennt, dass es um die Rechtswegzuständigkeit geht. Deshalb war der Tenor zu korrigieren und auszusprechen, dass der beschrittene Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten unzulässig ist und der Rechtsstreit an das zuständige Landgericht K. zu verweisen ist. Der Kläger ist der von der Beklagten beantragten Verweisung an das nach § 17 Abs. 1 ZPO örtlich zuständige Landgericht K. nicht entgegengetreten.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens bleibt gemäß § 17b Abs. 2 GVG der Endentscheidung des Landgerichts vorbehalten.

5. Gegen diesen Beschluss findet nach § 78 ArbGG iVm. § 574 Abs. 1 ZPO kein Rechtsmittel statt. Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, besteht nicht, da die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen. Die Beschwerdekammer folgt der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.