

AWV aufzunehmen. Nur so kann den Transparenzanforderungen der Verordnung Rechnung getragen werden, die es Investoren und betroffenen Unternehmen ermöglichen sollen, die Erfolgchancen ihrer Transaktion und ihren Zeitaufwand abzusehen.<sup>30</sup>

Des Weiteren ist durch die umfassenden Kooperationsmechanismen eine (weitere) Verlängerung der Prüfverfahren zu erwarten.<sup>31</sup> Nutzen die Mitgliedstaaten und die Kommission ihre Möglichkeiten zu Informationsersuchen, Kommentaren und Stellungnahmen vollständig aus, so kann sich das neue EU-Kooperationsverfahren, im Falle der Mitteilung einer Prüfung durch den Mitgliedstaat, durchaus über zwei Monate hinziehen. Fordert das BMWi, als Folge von Informationsersuchen der Kommission oder Mitgliedstaaten, weitere Unterlagen von Investor oder Unternehmen an (Art. 9 Abs. 4 FDI-VO), beginnt die Vier-Monats-Frist des § 59 Abs. 1 Satz 1 AWV erst, wenn auch diese Unterlagen, als Teil der vollständigen Unterlagen gem. § 57 AWV, eingegangen sind. Die Ressorts werden sich nach Abschluss des EU-Kooperationsverfahrens eingehend mit den Stellungnahmen und Kommentaren der Mitgliedstaaten auseinandersetzen, denn diese sind gem. Art. 6 Abs. 9 Satz 1 FDI-VO in angemessener Weise zu berücksichtigen. Ggf. sind die Kommission und die Mitgliedstaaten sodann für Rückfragen zu konsultieren. Denkbar wäre auch eine Aussetzung der Fristen für die Dauer des EU-Beteiligungsverfahrens.<sup>32</sup> Auch eine abermalige Verlängerung der AWV-Fristen ist nicht ausgeschlossen.

## V. Fazit

Die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers, einheitlichere Bedingungen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union zu schaffen, sind zu begrüßen. Eine Vereinheitlichung der nationalen Investitionsprüfungsverfahren kann durchaus zu Erleichterungen für multinationale Unternehmen bei Investitionen in die EU führen. Mit Blick auf die häufige europaweite Kooperation von Unternehmen

<sup>30</sup> Vgl. Erwägungsgrund 12 S. 2 FDI-VO.

<sup>31</sup> Heinrich/Jalinous/Staudt, AG 2019 S. 145 (156).

<sup>32</sup> Vgl. Heinrich/Jalinous/Staudt, AG 2019 S. 145 (157).

gerade in sicherheitsrelevanten Zielbranchen ist eine intensivere und strukturierte Koordination der Mitgliedstaaten und der Kommission bei außereuropäischen Investitionen wünschenswert. Denn z.B. im Rüstungsbereich werden Güter und Waffensysteme von verschiedenen Mitgliedstaaten arbeitsteilig hergestellt und verwendet.

Der „große Wurf“ ist indessen ausgeblieben. Ein einheitliches, EU-weites Prüfverfahren wird mit der Verordnung gerade nicht geschaffen.<sup>33</sup> Dies ist vor allem der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für den Schutz ihrer nationalen Sicherheit (Art. 4 Abs. 2 EUV) und wesentlichen Sicherheitsinteressen gem. Art. 346 AEUV geschuldet. Mangels einer Verpflichtung zur Einführung von Kontrollmechanismen und der vergleichsweise geringen Befugnisse der Kommission im Rahmen der Verordnung wird in vielen EU-Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit ungeprüfter ausländischer Direktinvestitionen, auch unter staatlicher Kontrolle eines Drittstaates, bestehen bleiben. Das ist mit Blick auf den angestrebten „common EU approach“ gegenüber strategischen FDI wie Chinas „Neuer Seidenstraße“-Initiative misslich. Sofern in Mitgliedstaaten bereits ein Prüfmechanismus besteht, dürften die umfassenden Kooperationsmechanismen de facto zu einer weiteren Verlängerung der Prüfverfahren führen. Die AWV-Prüfverfahren gestalten sich bereits jetzt z.T. langwierig. Dies wird von internationalen Investoren zunehmend als Belastung für die Transaktionspraxis empfunden. Eine weitere Verlängerung der AWV-Fristen ist deshalb abzulehnen. Investoren und Zielunternehmen sollten mit Blick auf die niedrigeren Aufgreifschwelle, die gestiegene Prüfungsintensität und die längeren Verfahrensdauern bei M&A-Transaktionen ein noch größeres Augenmerk auf die Vorbereitung der AWV-Investitionsprüfung legen und einen entsprechenden Zeitrahmen für die Transaktion einplanen.

## Redaktioneller Hinweis:

Vgl. zu diesem Thema auch die Beiträge in der Owlit-Datenbank u.a. Heinrich/Jalinous/Staudt, AG 2019 S. 145.

<sup>33</sup> Heinrich/Jalinous/Staudt, AG 2019 S. 145 (157); vgl. auch Schuelken, EuR 2018 S. 577 (590, 592).

## Kompakt

### Verfahrensrecht

»DB1301213

## Zur Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte für Klagen von Fremdgeschäftsführern

In seinem Beschluss vom 21.01.2019 (9 AZB 23/18) befasst sich das BAG mit dem alten und zugleich ewig jungen Streit um die Rechtswegzuständigkeit für Klagen von GmbH-Geschäftsführern. Neben den Anforderungen an die hinreichende Darlegung eines Arbeitsverhältnisses als Grundlage der Organstellung und den Voraussetzungen eines Sic-non-Falles behandelt der Beschluss insbesondere die Frage, ob für Fremdgeschäftsführer der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist, weil sie als arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG anzusehen sind.

BAG, Beschluss vom 21.01.2019 – 9 AZB 23/18

**Dr. Rolf Stagat**, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist Partner bei GKD RECHTSANWÄLTE Gäng Kramer Döring Stagat PartG mbB in Freiburg/Konstanz

**Kontakt:** autor@der-betrieb.de

## I. Sachverhalt

Die Klägerin war ab 01.11.2016 als Geschäftsführerin für die beklagte GmbH tätig, die Krankenhäuser betreibt. Nach den Regelungen ihres Dienstvertrages hatte sie ihre volle Arbeitskraft den ihr übertragenen Aufgaben zu widmen, den Gesellschaftsvertrag und die dazu erlassenen Dienstanweisungen sowie die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung zu beachten, sie war der Gesellschafterversammlung auskunfts- und berichtspflichtig und hatte die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers i.S.d. arbeits- und sozialrechtlich-

chen Vorschriften wahrzunehmen. Die Geschäftsführerin unterlag außerdem einem Wettbewerbsverbot, und die Übernahme einer Nebentätigkeit bedurfte der schriftlichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung. Sie hatte jährlich 30 Tage Urlaub, ein Jahresgehalt von 175.000 € zuzüglich variabler Vergütung in Höhe von 20.000 € und war schwerbehindert. Nachdem die Geschäftsführerin den Dienstvertrag am 11.07.2017 ordentlich mit Wirkung zum 31.12.2018 gekündigt hatte, erfolgte am 31.07.2017 eine fristlose Kündigung des Dienstvertrages durch die Gesellschaft und die gleichzeitige Abberufung als Geschäftsführerin. Mit ihrer Klage wandte sich die Geschäftsführerin gegen die fristlose Kündigung und hielt den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für eröffnet, weil sie aufgrund der bis ins Detail gehenden Arbeitsanweisungen der Gesellschaft Arbeitnehmerin sei. Jedenfalls sei der Rechtsweg zum Arbeitsgericht eröffnet, weil ihre Stellung der einer arbeitnehmerähnlichen Person entspreche.

## II. Entscheidung

- Die Frage des Zugangs zu den Gerichten für Arbeitssachen und der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Für die Bestimmung des Rechtswegs ist deshalb vom allgemeinen nationalen und nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen. Dem Dienstverpflichteten wird hierdurch ein ggf. unionsrechtlich vermittelter Schutz nicht entzogen. Dieser ist unabhängig davon zu beachten, ob der Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen oder den ordentlichen Gerichten geführt wird.
- Die bloße Rechtsansicht des Klägers, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, eröffnet vorliegend den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht. Ein solcher sog. Sic-non-Fall liegt nicht vor. Dies würde erfordern, dass die Klage nur dann begründet sein könnte, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen wäre und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestünde oder wieder auflebte.
- Die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses wurden nicht schlüssig dargelegt. Der (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Von einem Arbeitsverhältnis ist nur auszugehen, wenn die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer eine – über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende – Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände hat, unter denen dieser seine Leistung zu erbringen hat, und die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen bestimmen kann.
- Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und b i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG eröffnet. Arbeitnehmerähnliche Personen gelten nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmer. Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH ist keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person. Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbstständige, die von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig und nach ihrer gesamten sozi-

alen Stellung einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind. 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.

## III. Praxishinweise

Regelmäßig versuchen GmbH-Geschäftsführer zur Vermeidung der Zahlung von Gerichtskostenvorschüssen und in Erwartung einer arbeitnehmerfreundlichen Einstellung des Gerichts Rechte nicht vor dem Landgericht, sondern dem Arbeitsgericht durchzusetzen. Die EuGH-Rechtsprechung fördert diesen Trend, indem sie Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer einstuft. Dem Versuch, GmbH-Geschäftsführern über den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff den Zugang zu den Arbeitsgerichten zu eröffnen, hat das BAG jedoch eine Absage erteilt und klargestellt, dass § 5 ArbGG keine unionsrechtliche Bestimmung zugrunde liegt und für die Bestimmung des Rechtswegs deshalb vom nationalen Arbeitnehmerbegriff auszugehen ist. Davon ausgehend müssen Geschäftsführer zur Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts darlegen, dass sie nicht nur gesellschaftsrechtlichen Weisungen unterliegen, sondern die Gesellschafter auch in die Art und Weise der Ausübung der operativen Geschäftsleitung eingreifen. Die bloße Rechtsansicht, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, genügt demgegenüber nur in sog. Sic-non-Fällen. Mit dem Argument, wenn ihr Anstellungsverhältnis auch nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei, so sei das Arbeitsgericht aber zuständig, weil ihre Stellung der einer arbeitnehmerähnlichen Person entspreche, hatte die Klägerin nur in den Vorinstanzen Erfolg. Für das BAG ist die mit dem Geschäftsführeramt verbundene Rechtsstellung als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, der Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, mit der sozialen Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers unvereinbar. Auch der Umweg über § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG führt für GmbH-Geschäftsführer also nicht zum Arbeitsgericht.

### Redaktioneller Hinweis:

Volltext-Entscheidung online unter RS1299418.