

Arbeit, Wirtschaft, Recht

2023

ISBN 978-3-406-80416-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nehmer mittels Arbeitsvertrags vergeben als auch einem Beamten durch die Übertragung eines Statusamtes verliehen werden. Die Rechtsprechung differenziert bei einem Streit um die Vergabe eines öffentlichen Amtes bezüglich des zulässigen Rechtswegs daher richtigerweise danach, ob es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle geht, von der noch nicht klar ist, ob sie als Statusamt oder durch Arbeitsvertrag vergeben wird, oder ob die Stellenausschreibung auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Geht es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle, von der noch nicht klar ist, ob sie als Statusamt oder durch Arbeitsvertrag vergeben wird, ist im Fall einer gemischten Bewerberkonkurrenz der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn ein Beamter um Rechtsschutz nachsucht oder ein – auch nichtbeamteter – Dritter sich gegen die Auswahlentscheidung zugunsten eines Beamten wendet.²⁶ Um eine in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen fallende bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt es sich hingegen, wenn die Stellenausschreibung auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses und nicht auf die eines Beamtenverhältnisses ausgerichtet ist.²⁷

5. Der (abberufene) GmbH-Geschäftsführer

Verbreitet werden Klagen von (ehemaligen) GmbH-Geschäftsführern vor den Gerichten für Arbeitssachen erhoben, weil dies zur Durchsetzung der Klageziele oder für die Erzielung eines guten Vergleichsergebnisses als hilfreich angesehen wird.²⁸

a) Grundsatz: Kein Arbeitnehmer

Streitigkeiten zwischen Geschäftsführern einer GmbH und der Gesellschaft sind aber in aller Regel bürgerliche Rechtsstreite, für die nach § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist. Dies ist völlig unproblematisch bei solchen Geschäftsführern, die (noch) nicht seitens der Gesellschafter abberufen wurden. Denn nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten nicht als Arbeitnehmer solche Personen, die, wie der GmbH-Geschäftsführer nach § 35 GmbHG, kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person berufen sind. Die Sperrwirkung dieser Fiktion für einen Kündigungsschutzrechtsstreit sollte nach der älteren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur entfallen, wenn der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage bereits abberufen worden war.²⁹ Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht mit seinem Beschluss vom 22.10.2014 aufgegeben und lässt seitdem die Sperrwirkung der Fiktion auch dann entfallen, wenn die Abberufung noch vor der rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit erfolgt.³⁰ Daraus wurde ein Trend der Rechtsprechung abgelesen, abhängigen Organen den Weg zur Arbeitsgerichtsbarkeit eröffnen zu wollen. „Das BAG macht den Weg frei!“, wurde die Entscheidung begrüßt.³¹ Dieser Wunsch hat sich jedoch nicht erfüllt. Denn der Geschäftsführer einer GmbH ist für die Gesellschaft unabhängig von seiner Abberufung auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht aber aufgrund eines Arbeitsvertrags tätig. Der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters ändert sich auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zwangsläufig dadurch, dass er abberufen wird. Das Anstellungsverhältnis wird durch den Abberufungsakt nicht zum Arbeitsverhältnis.³² Dies gilt selbst für Fremdgeschäftsführer, die sich ständigen Weisungen seitens der

²⁶ BAG BeckRS 2021, 46929 Rn. 17; BVerwG NVwZ 2021, 1237 Rn. 19.

²⁷ BAG BeckRS 2021, 46929 Rn. 18.

²⁸ Mauer jurisPR-ArbR 8/2018 Anm. 2.

²⁹ BAG BeckRS 2014, 73465.

³⁰ BAG NZA 2015, 60.

³¹ So Lunk NJW 2015, 528.

³² BAG NZA 2019, 490 Rn. 17.

Gesellschafter ausgesetzt sahen. Denn daraus allein folgt keine persönliche Abhängigkeit iSd § 611a BGB. Auch gegenüber einem Geschäftsführer als freiem Dienstnehmer steht der Gesellschaft ein unternehmerisches Weisungsrecht zu.³³ Eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lässt, kommt allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Dies würde voraussetzen, dass die Gesellschaft eine über ihr gesellschaftliches 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 Leistungen bestimmen kann.³⁴

b) Geschäftsführer: Keine arbeitnehmerähnliche Person

Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen lässt sich bei GmbH-Geschäftsführern nicht auf § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG stützen. Ein GmbH-Geschäftsführer ist keine arbeitnehmerähnliche Person iSd, da die von ihm geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind. Der Geschäftsführer verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft den Arbeitgeber und ist deshalb – anders als leitende oder nichtleitende Arbeitnehmer – eine im Arbeitgeberlager stehende Person.³⁵

c) Ausweg Sic-non-Antrag?

Teilweise wird versucht, die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen dadurch zu begründen, indem der Geschäftsführer im Falle einer Kündigung die Feststellung beantragt, das zwischen den Parteien bestehende „Arbeitsverhältnis“ sei durch die (außerordentliche Kündigung) vom ... nicht aufgelöst worden.³⁶ Zwar handelt es sich ausweislich dieses Antrags bei dem Begriff „Arbeitsverhältnis“ um ein Element des Feststellungsantrags, dessen Vorliegen vom Prüfungsprogramm des Gerichts umfasst wird. Allerdings wäre es voreilig, darin eine doppelrelevante Tatsache zu sehen.³⁷ Denn für das Verständnis eines Klageantrags ist nach allgemeinem Verständnis nicht an dem buchstäblichen Wortlaut der Antragsfassung zu haften. Vielmehr muss das Gericht den erklärten Willen erforschen, wie er sich aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage ergibt.³⁸ Das Bundesarbeitsgericht hat daher trotz dieser Antragstellung das Vorliegen einer sic-non-Fallgestaltung zu Recht mit der Begründung abgelehnt, ausweislich der Klagebegründung werde die Kündigung unabhängig davon angegriffen, ob das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis einzuordnen sei, wenn die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zur Überprüfung gestellt werde.³⁹ Ohnehin scheint eine solche Antragstellung nicht ungefährlich zu sein. Denn die klagende Partei läuft Gefahr, dass die Klage ohne Prüfung der Kündigungsgründe bereits deswegen als unbegründet abgewiesen wird, weil das Gericht ein Arbeitsverhältnis verneint.⁴⁰

³³ BAG NZA 2022, 430 Rn. 22; NZA 2019, 490 Rn. 24.

³⁴ BAG NZA 2022, 430 Rn. 22.

³⁵ BAG NZA 2022, 430 Rn. 24.

³⁶ Etwa im Fall LAG Baden-Württemberg BeckRS 2018, 18591 Rn. 7.

³⁷ Ausführlich zur Problematik Horcher NZA 2020, 1433.

³⁸ BAG NZA 2017, 1215 Rn. 11; BGH NJW-RR 1998, 1005.

³⁹ BAG NZA 2019, 490 Rn. 21.

⁴⁰ Gravenhorst jurisPR-ArbR 21/2019 Anm. 1.

6. Die Bindungswirkung der Verweisung

Der Verweisungsbeschluss ist gemäß § 17a Abs. 2 S. 3 GVG, § 48 Abs. 1 ArbGG für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, nur hinsichtlich des Rechtswegs bindend. Das Gericht, an das der Rechtsstreit von einem Gericht eines anderen Rechtswegs verwiesen wurde, kann den Rechtsstreit daher allenfalls wegen örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit innerhalb „seines“ Rechtswegs weiterverweisen.⁴¹

a) Ausnahme: „Krasse“ Rechtsverletzungen

Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Verweisungsbeschlusses hinsichtlich des Rechtswegs gilt im Grundsatz auch für rechtswidrige Verweisungsbeschlüsse. Auch fehlerhafte Beschlüsse, die nicht hätten ergehen dürfen, sind bezüglich des Rechtswegs einer weiteren Überprüfung entzogen.⁴² Allerdings kommt nach der nicht unbedenklichen⁴³ Auffassung des Bundesarbeitsgerichts eine Durchbrechung der gesetzlichen Bindungswirkung bei krasen Rechtsverletzungen in Betracht. In diesen Fällen wird das zuständige Gericht in entsprechender Anwendung von § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO bestimmt, wenn dies zur Wahrung einer funktionierenden Rechtspflege und der Rechtssicherheit notwendig ist.⁴⁴ Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausnahmsweise dann der Fall, wenn der Verweisungsbeschluss auf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beruht, nicht durch den gesetzlichen Richter erlassen wurde oder jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt, nicht mehr verständlich erscheint, offensichtlich unhaltbar ist und deshalb als willkürlich anzusehen ist.⁴⁵ Dies hat das Bundesarbeitsgericht in einem Fall als gegeben angesehen, in dem die Klägerin vor dem Amtsgericht von ihrem ehemaligen Arbeitnehmer die Zahlung von zwei Rechnungen über diverse Baumaterialien gefordert hatte, die dieser noch während des Bestands des Arbeitsverhältnisses für sein Eigenheim gekauft haben soll. Entscheidend war dabei für das Bundesarbeitsgericht, dass das Amtsgericht seinen Verweisungsbeschluss nur mit dem Hinweis auf §§ 13, 17a Abs. 2 GVG begründet hatte. Dies veranlasste das Bundesarbeitsgericht zu der Feststellung, dass der Verstoß gegen die Begründungspflicht des § 17a Abs. 4 S. 2 GVG zwar nicht zur Nichtigkeit dieser Entscheidung führe, die grobe Missachtung der Begründungspflicht aber regelmäßig eine „krasse“ Rechtsverletzung, darstelle, welche die Durchbrechung der gesetzlichen Bindungswirkung ausnahmsweise rechtfertige.⁴⁶ Auch bei der Verweisung der vor einem Amtsgericht erhobenen Vergütungsklage einer GmbH-Geschäftsführerin an das Arbeitsgericht hatte das Bundesarbeitsgericht eine krasse Rechtsverletzung angenommen, weil die Geschäftsführerin gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmerin gelte und sie durch den Verweisungsbeschluss ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden sei.⁴⁷ Ein Verweisungsbeschluss vor Zustellung der Klage stellt ebenfalls eine schwerwiegende Rechtsverletzung dar⁴⁸ und entfaltet keine Bindungswirkung.⁴⁹ Rechtsfolge ist, dass dasjenige Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden war, den Rechtsstreit an das nach seiner Ansicht zuständige

⁴¹ BAG AP ZPO § 36 Nr. 43; Henssler/Willemsen/Kalb/Ziemann, 10. Aufl. 2022, ArbGG § 48 Rn. 63.

⁴² BAG BeckRS 2017, 129754 Rn. 9.

⁴³ Vgl. BGH NJW 2002, 1577; kritisch auch Henssler/Willemsen/Kalb/Ziemann, 10. Aufl. 2022, ArbGG § 48 Rn. 60.

⁴⁴ BAG NJW 2015, 2523 Rn. 4; NJW 2006, 2798 Rn. 6; AP ZPO § 36 Nr. 43.

⁴⁵ BAG BeckRS 2017, 129754 Rn. 9.

⁴⁶ BAG NJW 2015, 2523 Rn. 6.

⁴⁷ BAG NJW 2006, 2798 Rn. 7.

⁴⁸ BAG NJW 2006, 1371 Rn. 17; BGH NJW 1978, 1163.

⁴⁹ BGH NJW-RR 1996, 254.

Gericht weiterverweisen darf.⁵⁰ Hingegen hatte das Bundesarbeitsgericht fein differenzierend eine krasse Rechtsverletzung in einem Fall abgelehnt, in dem ein Unternehmen von einem beauftragten Bewachungsunternehmen die Rückzahlung überzahlter Bewachungsgebühren verlangte. Dass das angerufene Landgericht die Parteien als Tarifvertragsparteien angesehen und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht verwiesen habe, sei zwar „auf den ersten Blick erkennbar unrichtig und unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt zu rechtfertigen“, vielmehr „schlicht abwegig“, jedoch nicht „offensichtlich gesetzwidrig“.⁵¹

b) Bindungswirkung für Nebenverfahren

Die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses bezieht sich auf den „Rechtsstreit“, in dem er ergangen ist.⁵² Die Bestimmung dieses Rechtsstreits war und ist eindeutig, soweit die Verweisung im Hauptsacheverfahren ergeht. Problematisch ist indes die Verweisung eines Nebenverfahrens.

aa) Arten von Nebenverfahren

Praktisch wurde die Problematik zunächst im Rahmen von Prozesskostenhilfverfahren. Der Bundesgerichtshof hatte 2016 offengelassen, ob eine Verweisung des Prozesskostenhilfverfahrens vor Zustellung der Klage entsprechend § 17a Abs. 2 S. 1 GVG überhaupt statthaft war oder ob nur auf Antrag des Antragstellers eine einfache Abgabe des Prozesskostenhilfverfahrens hätte erfolgen dürfen. Der Bundesgerichtshof konnte sich damals auf die Feststellung beschränken, dass sich jedenfalls aus § 17a Abs. 4 S. 3 und 4 GVG keine Beschwerdemöglichkeit ergebe, da diese Vorschriften im Prozesskostenhilfverfahren weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung fänden. Vielmehr verbleibe es bei den im Prozesskostenhilfverfahren allgemein gegebenen Rechtsmitteln. Danach könne grundsätzlich nur der am Prozesskostenhilfverfahren beteiligte Antragsteller, der Prozesskostenhilfe begehre, Beschwerde erheben, wohingegen dem Antragsgegner im Prozesskostenhilfverfahren im Allgemeinen kein Beschwerderecht zustehe.⁵³ Im Jahr 2017 stellte der Bundesgerichtshof dann fest, dass der Begriff „Rechtsstreit“ in § 17a Abs. 2 GVG nicht nur das kontradiktorische Erkenntnisverfahren, sondern weitere, dem Erkenntnisverfahren vor-, nach- oder nebengelagerte Verfahren erfasse. Dies entspreche dem Zweck des Gesetzes, Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen. Im entschiedenen Fall hatte der Gläubiger bei einem Amtsgericht den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses aufgrund des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses eines Verwaltungsgerichts beantragt. Das Amtsgericht hatte den ordentlichen Rechtsweg für unzulässig erklärt und das Verfahren an das Verwaltungsgericht verwiesen. Die Verweisung an das Verwaltungsgericht begegnete nach Auffassung des Bundesgerichtshofs keinen Bedenken, da § 17a Abs. 2 GVG auch auf Vollstreckungsverfahren Anwendung finde.⁵⁴ Auch die in einem Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung ergangene Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit entfaltet keine Bindungswirkung für ein späteres Hauptsacheverfahren. Vielmehr ist die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs im Verfahren über die Hauptsache erneut zu prüfen.⁵⁵ Seit 2020 hält der Bundesgerichtshof ausdrücklich eine Verweisung des Rechtsstreits auch im vorgelagerten Prozesskostenhilfverfahren für zulässig und geboten, da § 17a GVG die Sach-

⁵⁰ BAG NJW 2006, 1371 Rn. 17; so auch BGH BeckRS 2011, 21282, wonach vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit regelmäßig nur eine Abgabe der Sache an ein anderes Gericht zulässig ist, wenn der Kläger darum bittet, weil es ihm zunächst freisteht, welches Gericht er anrufen will.

⁵¹ BAG NZA 1984, 97f.

⁵² BAG NZA 2022, 430 Rn. 11.

⁵³ BGH NJW 2016, 1520 Rn. 8.

⁵⁴ BGH NJW-RR 2017, 1215 Rn. 12.

⁵⁵ BAG NZA 1998, 668 (669); OLG Dresden NZA-RR 2012, 210 (211).

entscheidung derjenigen Gerichtsbarkeit zuweisen wolle, die angesichts ihrer Spezialisierung über eine entsprechende Erfahrung und Kompetenz verfüge. Das Interesse an einer Nutzbarmachung dieser Kompetenz bestehe auch bereits im Prozesskostenhilfverfahren, um die Erfolgsaussichten für das beabsichtigte Verfahren möglichst zuverlässig beurteilen zu können. Weder dem Antragsteller noch dem Antragsgegner eines Prozesskostenhilfverfahrens wäre damit gedient, wenn die Prüfung der Erfolgsaussichten mit Fehlerquellen behaftet sei, die aus der mangelnden Sachnähe des angerufenen, rechtswegfremden Gerichts herrührten.⁵⁶ Dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2022 angeschlossen. Der Begriff „Rechtsstreit“ in § 17a Abs. 2 GVG erfasst damit nach allgemeiner Auffassung nicht nur das kontradiktorische Erkenntnisverfahren, sondern kann weitere, dem Erkenntnisverfahren vor-, nach- oder nebengelagerte Verfahren erfassen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut, der in § 17a Abs. 2 S. 2 GVG neben dem „Kläger“ den „Antragsteller“ aufführt, und entspricht dem Ziel der Regelung, Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, indem ohne langwierige Zuständigkeitsstreitigkeiten Klarheit über den zulässigen Rechtsweg erlangt werden kann.⁵⁷

bb) Bindung für das Hauptverfahren

Damit ist jedoch nicht geklärt, ob die Verweisung in einem Nebenverfahren auch Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren entfaltet. Zur alten Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 17 bis § 17b GVG hatte das Bundesarbeitsgericht – anders als der Bundesgerichtshof⁵⁸ – die Bindungswirkung von Verweisungsbeschlüssen, die vorab, also vor Zustellung der Klage, im Prozesskostenhilfverfahren ergangen waren, auf das nachfolgende Klageverfahren erstreckt. Die Folge war, dass das Arbeitsgericht den Rechtsstreit nach Erhebung der Klage nicht zurückverweisen durfte.⁵⁹ Von dieser Rechtsprechung wich das ArbG Köln ab. Der Kläger, ein Tanzlehrer, hatte Bezahlung für den von ihm in der Tanzschule des Beklagten erteilten Tanzunterricht und Erstattung von Aufwendungen verlangt und vor dem Amtsgericht Köln die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Auf einen seitens des Amtsgerichts angeregten Antrag des Klägers verwies das Amtsgericht die Sache an das Arbeitsgericht Köln. Das Arbeitsgericht bewilligte die Prozesskostenhilfe und verwies den Rechtsstreit nach Klageerhebung mit der Begründung zurück an das Amtsgericht, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestanden habe und dass sich die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses im Prozesskostenhilfverfahren nicht auf das Hauptsacheverfahren erstrecke. Das Amtsgericht Köln sah darin eine unzulässige Rückverweisung und legte die Sache dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vor. Der Bundesgerichtshof wollte der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht folgen und legte dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe die Frage zur Entscheidung vor, ob eine im Prozesskostenhilfverfahren wegen sachlicher Unzuständigkeit ausgesprochene Verweisung auch für das nachfolgende Klageverfahren bindet.⁶⁰ Da die entsprechenden Senate des Bundesarbeitsgerichts an ihrer abweichenden Ansicht nicht mehr fest hielten, bestimmte der Bundesgerichtshof als zuständiges Gericht das Amtsgericht Köln. Seitdem vertritt auch das Bundesarbeitsgericht die Auffassung, dass sich die Bindungswirkung eines im Prozesskostenhilfverfahren ergangenen Verweisungsbeschlusses auch unter der Geltung des § 17a GVG nicht auf das Hauptsacheverfahren erstreckt, weil der Gegner des Antragstellers ansonsten in

⁵⁶ BGH NJOZ 2021, 406 Rn. 22; in einem obiter dictum hatte der BGH bereits 2017 ausgeführt, dass das Vereinfachungs- und Beschleunigungsbedürfnis auch bei Prozesskostenhilfverfahren bestehe, BGH NJW-RR 2017, 1215 Rn. 12.

⁵⁷ BAG NZA 2022, 430 Rn. 11.

⁵⁸ Etwa BGH BeckRS 1987, 31072425.

⁵⁹ BAG AP ZPO 1977 § 281 Nr. 1; NJW 1960, 310.

⁶⁰ BGH NJW-RR 1992, 59.

keiner Instanz ausreichend Gelegenheit, seinen Standpunkt zur Zuständigkeitsfrage so umfassend zu vertreten und geprüft zu sehen, wie dies im Streitverfahren möglich ist.⁶¹

cc) Isolierte Prozesskostenhilfeentscheidung

Ist der Rechtsstreit in erster Instanz bereits in der Hauptsache anhängig und hat die Partei gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe Beschwerde eingelegt, ist das Beschwerdegericht nicht dazu befugt, das Prozesskostenhilfverfahren isoliert an das Gericht eines anderen Rechtswegs zu verweisen, während der Rechtsstreit selbst noch in erster Instanz des ursprünglich beschrifteten Rechtswegs anhängig ist. Vielmehr darf es nur die isolierte Entscheidung über die Prozesskostenhilfe aufheben. Die Verweisung an das Gericht des zulässigen Rechtswegs ist dem erstinstanzlichen Gericht im Hauptsacheverfahren vorbehalten.⁶²

III. Die sofortige Beschwerde

Gemäß § 17a Abs. 4 S. 2 GVG ist gegen den erstinstanzlichen Beschluss zur Rechtswegzuständigkeit die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der jeweils anzuwendenden Verfahrensordnung gegeben. Damit gelten nach § 78 ArbGG zugleich die für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte maßgebenden Vorschriften der ZPO entsprechend.

1. Abhilfeverfahren

Dies bedeutet, dass das Arbeitsgericht der Beschwerde nach § 572 Abs. 1 ZPO abhelfen kann oder sie unverzüglich dem Beschwerdegericht vorlegen muss. Die Durchführung des Abhilfeverfahrens ist grundsätzlich für alle Fälle der sofortigen Beschwerde vorgesehen. Eine Zurückverweisung ist gemäß § 78 ArbGG, § 572 Abs. 3 ZPO grundsätzlich auch an das Arbeitsgericht möglich. Dies gilt jedoch nicht im Beschwerdeverfahren nach § 17a Abs. 4 GVG. Hier hindert das Fehlen einer (ordnungsgemäßen) Abhilfeentscheidung das Beschwerdegericht nicht an einer Sachentscheidung. Denn der Sinn des Abhilfeverfahrens nach § 78 Abs. 1 ArbGG, § 572 Abs. 1 S. 1 ZPO besteht darin, dem Arbeitsgericht aus Gründen der Prozessökonomie Gelegenheit zur Selbstkorrektur zu geben. Die ordnungsgemäße Durchführung des Abhilfeverfahrens ist hingegen nicht Verfahrensvoraussetzung für das Beschwerdeverfahren oder für die Beschwerdeentscheidung selbst.⁶³ Einer solchen Zurückverweisung steht der das arbeitsgerichtliche Verfahren prägende Beschleunigungsgrundsatz entgegen. Dieser Grundsatz hat in § 68 ArbGG, wonach die Zurückverweisung einer Rechtssache im Berufungsverfahren an das Arbeitsgericht wegen eines Mangels im Verfahren ausgeschlossen ist, eine spezielle Ausgestaltung erfahren. Der in § 68 ArbGG zum Ausdruck kommende Grundgedanke schließt im vorgeschalteten Rechtswegbestimmungsverfahren nach § 17a GVG – in verfassungsrechtlich auch unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Richters unbedenklicher Weise⁶⁴ – eine Zurückverweisung aus der Beschwerdeinstanz an das Arbeitsgericht aus. Dieses Verfahren darf nicht durch Zurückverweisungen von zweiter zu erster Instanz verzögert werden.⁶⁵

⁶¹ BAG NZA 1993, 285 (287).

⁶² BGH NJOZ 2021, 406 Rn. 16.

⁶³ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2016, 114184 Rn. 20; LAG Baden-Württemberg BeckRS 2016, 65267 Rn. 23; LAG Hamm BeckRS 2011, 139646 Rn. 21.

⁶⁴ VGH NRW BeckRS 2021, 10189 Rn. 11; BeckRS 2020, 9792 Rn. 21.

⁶⁵ BAG NZI 2014, 1013 Rn. 11; AP ArbGG 1979 § 68 Nr. 6.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts

Über die Rechtswegbeschwerde entscheidet beim Landesarbeitsgericht nach § 78 S. 3 ArbGG der Vorsitzende allein. Diese im Vergleich zur Vorinstanz unterschiedliche Besetzung ist eine kaum auflösbare Ungereimtheit, die eine Angleichung erfordert. Da die Entscheidungen über den Rechtsweg auch in erster Instanz regelmäßig ohne mündliche Verhandlung ergehen, bietet es sich ungeachtet der hohen Bedeutung der Vorabentscheidung an, auch in dieser Instanz allein den Vorsitzenden über den Rechtsweg entscheiden zu lassen. Hatte das Arbeitsgericht den Rechtsweg für zulässig erklärt, hat das Landesarbeitsgericht entweder die sofortige Beschwerde zurückzuweisen oder den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen. Sind mehrere Gerichte zuständig und hat der Kläger unter ihnen keine Auswahl getroffen, ist der Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 S. 2 GVG an das vom Gericht bestimmte Gericht zu verweisen. Hatte das Arbeitsgericht den Rechtsweg fehlerhaft verneint, reicht es aus, den Verweisungsbeschluss aufzuheben. Zudem sollte zumindest deklaratorisch die Zulässigkeit des Rechtswegs festgestellt werden.

3. Kosten

Über die Kosten des Rechtsmittels im Vorabverfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs gemäß § 17a Abs. 4 GVG ist nach allgemeinen Grundsätzen zu befinden. Eine Kostenentscheidung ist bei einem erfolgreichen Rechtsmittel jedoch nicht veranlasst, wenn keine Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs gerügt hatte und das Arbeitsgericht gemäß § 17a Abs. 3 S. 1 GVG von Amts wegen eine Vorabentscheidung getroffen hatte.⁶⁶ In einem solchen Fall bilden die durch die Beschwerde entstandenen Kosten einen Teil der Gesamtkosten des Rechtsstreits, welche die in der Hauptsache unterliegende Partei unabhängig von dem Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu tragen hat⁶⁷. Einer gerichtlichen Streitwertfestsetzung bedarf es für die Erhebung der Gerichtskosten nicht, da gemäß KV 8614 GKG iVm § 1 Abs. 2 Nr. 4 GKG im Beschwerdeverfahren nur eine streitwertunabhängige Festgebühr iHv 55 EUR anfällt, wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder verworfen wird. Jedoch steht dem Rechtsanwalt nach VV 3502 RVG eine Verfahrensgebühr von 1,0 zu. Er kann daher gemäß § 33 Abs. 1 RVG beim Gericht den Wert des Gegenstands seiner anwaltlichen Tätigkeit festsetzen lassen. Umstritten ist, wie hoch dieser Wert anzusetzen ist. Der Bundesgerichtshof und die wohl hM halten einen Bruchteil von etwa 1/3 bis 1/5 des Hauptsachewerts für angemessen, weil die Unzulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs nicht mehr zur Klageabweisung durch ein Prozessurteil führen könne.⁶⁸ Daher sei es sachlich nicht gerechtfertigt, das Interesse des Rechtsmittelführers an der Entscheidung des Rechtsstreits in dem seiner Meinung nach eröffneten Rechtsweg mit dem Interesse an der Hauptsacheentscheidung gleichzusetzen⁶⁹. Überzeugender ist es jedoch, auch für die Rechtswegentscheidung den Hauptsachewert anzusetzen. Dass es sich im Vorabentscheidungsverfahren lediglich um einen Zwischenstreit handelt, gibt keine Veranlassung, vom Hauptsachewert pauschale Abschläge vorzunehmen. Diesem Umstand tragen bereits die Gebührenregelungen unmittelbar Rechnung, die sowohl für die Inanspruchnahme des Gerichts als auch für die Tätigkeit des Rechtsanwalts geringere Gebühren vorsehen.⁷⁰

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 3.7.1997 – IX ZB 116/96 (Ziff IV.) = BGH NJW 1998, 231; LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2018, 28247 Rn. 16.

⁶⁷ BGH NJW-RR 2006, 1289.

⁶⁸ BGH NJW 1998, 909 (910); Zöller/Lückemann, 34. Aufl. 2022, GVG § 17a Rn. 20.

⁶⁹ BGH NJW 1998, 909 (910).

⁷⁰ LAG Köln MDR 1993, 915.

IV. Die Rechtsbeschwerde

Nach § 17a Abs. 4 S. 4 GVG ist die Rechtsbeschwerde statthaft; sie bedarf jedoch der Zulassung durch das Beschwerdegericht, ohne dass die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde bestünde. Gemäß § 78 S. 2 ArbGG iVm § 72 Abs. 2 ArbGG ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat oder der Beschluss von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des Bundesarbeitsgerichts oder, solange die Rechtsfrage durch das Bundesarbeitsgericht nicht geklärt worden ist, einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht. Dies gilt auch im auf zwei Instanzen beschränkten Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, bei denen Revision und Rechtsbeschwerde nach § 72 Abs. 4 ArbGG, § 92 Abs. 1 S. 3 ArbGG ausgeschlossen sind. Das Bundesarbeitsgericht sieht die Frage, ob und gegebenenfalls welche Rechtsbehelfe den Parteien eines Rechtswegbestimmungsverfahrens zustehen, als in § 17a Abs. 4 S. 3 – 6 GVG abschließend geregelt an. § 17a Abs. 4 S. 4 GVG bestimmt, dass den Parteien die Beschwerde gegen einen Beschluss des oberen Landesgerichts an den obersten Gerichtshof des Bundes nur zusteht, wenn die Beschwerde in dem Beschluss zugelassen worden ist. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde hängt somit allein von der Zulassung durch das Landesarbeitsgericht ab, die unter den Voraussetzungen des § 17a Abs. 4 S. 5 GVG vom Landesarbeitsgericht auszusprechen ist und das Bundesarbeitsgericht nach § 17a Abs. 4 S. 6 GVG bindet.⁷¹ Demgegenüber wird in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung⁷² und von Teilen der Literatur eine Anfechtbarkeit von Rechtswegbeschlüssen im Eilverfahren im Grundsatz mit dem durchaus beachtlichen Argument verneint, dass die mit der Rechtsbeschwerde verbundene Verfahrensdauer einem effektiven Rechtsschutz in dem auf Schnelligkeit angelegten Verfahren entgegenstehen stehen kann und die Rechtswegentscheidung im Eilverfahren keine Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren hat.⁷³ Wenig konsequent erscheint es demgegenüber, ausnahmsweise eine Beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung als zulässig anzusehen, wenn das Eilverfahren, wie bei einem Konkurrentenstreitverfahren um die Vergabe eines öffentlichen Amtes, die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt.⁷⁴

V. Schlussbetrachtung

Der Entscheidung über den Rechtsweg hat der Gesetzgeber mit der Einführung des Vorabentscheidungsverfahrens eine besondere Bedeutung beigemessen. Dies gilt insbesondere für den Arbeitsgerichtsprozess. Hängt die Entscheidung über den Rechtsweg von der Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft einer Partei ab, erfolgt durch die Vorabentscheidung regelmäßig zugleich eine wichtige Weichenstellung für das Hauptsacheverfahren. In einer sich wandelnden Arbeitswelt mit zunehmend atypischen Beschäftigungsverhältnissen wird die Bedeutung der Vorabentscheidung daher voraussichtlich weiter zunehmen.

⁷¹ BAG BeckRS 2021, 46929 Rn. 9.

⁷² So BVerwG NVwZ 2006, 1291; offengelassen von BVerwG NVwZ 2021, 1237 Rn. 6.

⁷³ Schwab/Weth/Walker, ArbGG, 6. Aufl. 2022, ArbGG § 48 Rn. 78.

⁷⁴ Schwab/Weth/Walker, ArbGG, 6. Aufl. 2022, ArbGG § 48 Rn. 78.