

Betriebs Berater

BB

14 | 2022

Datenschutz ... Gemeinnützigkeitsrecht ... Abfindung ... Risikoberichterstattung ... Urlaub ...

4.4.2022 | 77. Jg.
Seiten 769–832

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

Die Geburtsstunde des AGBG – ein persönlicher Rückblick auf den 1. April 1977

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Daniel Ashkar, RA, **Tobias Lantwin** und **Dr. Christian Schröder**, RA

Datenschutzrecht – Was bringt das Jahr 2022? | 771

STEUERRECHT

PD **Dr. Thorsten Helm**, RA/StB/WP, und **Christian Bischoff**, RA

Erneute Reform des Gemeinnützigkeitsrechts? | 790

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und **Dr. Melanie Röpke**, Richterin

Eine echte Abfindung ist nicht wertguthabenfähig | 793

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Reiner Quick, **Kevin Gauch**, M.Sc., und **Larissa Brom**, B.Sc.

Risikoberichterstattung am deutschen Kapitalmarkt: Qualitative Analyse der HDAX-Geschäftsberichte der Geschäftsjahre 2018–2020 | 810

ARBEITSRECHT

Maximilian Lachmann, RA/FAArbR

Dauerbrenner Urlaub – Spielregeln und Handlungsspielräume für Arbeitgeber | 820

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Freie Mitarbeiter und Geschäftsführer vor den Arbeitsgerichten (Teil I) | 827

nicht zurücknehmen und erneut gewähren. Vielmehr bleibt der Arbeitnehmer hier auf dem genommenen Urlaub „sitzen“.

IV. Fazit

Die oftmals kargen Formulierungen im Bundesurlaubsgesetz sowie die kaum zu überblickende Vielfalt an Rechtsprechung machen es Arbeitgebern nicht gerade einfach, eine ihre Interessen wahrende und praktikable Handhabung zur Gestaltung des Urlaubs zu finden. Erschwert wird das Ganze zudem dadurch, dass sich die Rechtsprechung in einer solchen Geschwindigkeit weiterentwickelt und immer neue Tendenzen zu berücksichtigen sind, dass neu Geschaffenes im nächsten Moment schon wieder als überholt einzustufen ist. Nichtsdestotrotz kann und muss eine Auseinandersetzung mit den zur Verfügung stehenden Handlungsspielräumen und Möglichkeiten unerlässlich sein. Denn nur so kann der Arbeitgeber sicherstellen, dass er auch wirklich die für ihn beste Lösung gefunden hat. Dabei darf eines

nicht vergessen werden: Die beste Lösung ist nicht zwangsläufig die wirtschaftlich vorteilhafteste. Denn oftmals haben Arbeitgeber erfahrungsgemäß überhaupt nicht das Interesse, auch noch den letzten Urlaubstag zu kürzen, selbst wenn sie es rechtlich können. So ist mit etwas zeitlichem Abstand hinsichtlich der Kürzungsmöglichkeit bei Kurzarbeit Null etwa zu konstatieren, dass nur ein sehr geringer Teil der Arbeitgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Es gilt also: Vieles kann, Nichts muss!

Maximilian Lachmann ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Assoziierter Partner der Kanzlei RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Heidelberg. Er berät überwiegend mittelständische Unternehmen zu allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts.



Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Freie Mitarbeiter und Geschäftsführer vor den Arbeitsgerichten (Teil I)

Das europäische Recht gewinnt zunehmend an Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist weiter als der des deutschen Rechts. Er erfasst u.a. auch den (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH oder Praktikanten (EuGH, 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861, „Balkaya“; zum Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung s. EuGH, 10.9.2015 – C-47/14, RIW 2015, 816 m. RIW-Komm. Makowski, NZA 2016, 183, „Holterman“). Vor diesem Hintergrund gewinnt die altbekannte prozessuale Frage an Bedeutung, in welchen Fallkonstellationen die Arbeitnehmereigenschaft nachgewiesen werden muss und in welchen die bloße Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft ausreicht, um den Rechtsweg vor den Arbeitsgerichten in Anspruch nehmen zu können. Deshalb sollen im Folgenden die „sic-non-Rechtsprechung“ beleuchtet und ihre Auswirkungen in dem „neuen“ rechtlichen Umfeld dargestellt werden. Die Besonderheiten, die bei Klagen von GmbH-Geschäftsführern gelten, werden in Teil II dargestellt werden.

I. Überlegungen zur Wahl des Rechtswegs

Das Phänomen, dass vermeintlich freie Mitarbeiter Klagen vor den Arbeitsgerichten erheben und ein Arbeitsverhältnis geltend machen, ist nicht neu. Waren es bisher Frachtführer, Handelsvertreter, IT Consultants oder Honorarlehrkräfte, die sich auf Scheinselbständigkeit beriefen, hat man es heute vermehrt auch mit „Ridern“ (Auslieferungsfahrern), Crowdworkern oder anderen *platform workers*¹ zu tun,

die in ein Arbeitsverhältnis drängen. Macht ein (Schein-)Selbständiger Ansprüche aus seinem Vertragsverhältnis geltend oder wehrt sich gegen eine Kündigung, wird er häufig vor den Arbeitsgerichten klagen. Dies ist geradezu zwingend, wenn der Erfolg der Klage die Arbeitnehmereigenschaft voraussetzt (z.B. Klage gegen eine ordentliche Kündigung, die nur bei Anwendung des KSchG Erfolg haben kann). Aber auch in anderen Fällen – beispielsweise einer Klage auf die vertragliche Vergütung – ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten häufig attraktiv. Anders als bei den ordentlichen Gerichten fällt kein Kostenvorschuss an. Erledigt sich der Rechtsstreit durch Vergleich, entstehen keine Gerichtskosten. Und im Fall des Unterliegens müssen zumindest in erster Instanz der Gegenseite keine Anwaltskosten erstattet werden (§ 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG). In vielen Fällen wird sich der Kläger von den Arbeitsgerichten auch eine günstigere („arbeitnehmerfreundlichere“) rechtliche Beurteilung des Falles erhoffen als von den ordentlichen Gerichten.

Je nach Lage des Einzelfalls kann aber auch eine Klage vor den ordentlichen Gerichten Vorteile bieten: So ist hier – anders als bei Arbeitsgerichten (§ 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG) – eine Urkundenklage statthaft; dies kann etwa die schnelle Durchsetzung von Vergütungsansprüchen nach einer fristlosen Kündigung erleichtern. Bei Entschädigungsklagen aufgrund einer Diskriminierung nach § 15 AGG sieht

¹ S. hierzu den aktuellen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM (2021) 762.

§ 61b Abs. 1 ArbGG für das Arbeitsgerichtsverfahren eine besondere Klagefrist vor, die bei einer Klage vor den ordentlichen Gerichten nicht gilt. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann daher eine Klage beim Landgericht für den Kläger günstiger sein. In den meisten Fällen wird aber der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten vorzugswürdig sein.

Die Rechtswegfrage kann sich aber nicht nur im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit stellen, sondern auch zu den Verwaltungsgerichten. So können etwa Lehrbeauftragte an Hochschulen, aber auch Honorarlehrkräfte an kommunalen Musikschulen, die durch Verwaltungsakt beauftragt werden, in einem öffentlichen-rechtlichen Dienstverhältnis stehen.² Hier steht der Kläger vor der Frage, ob er anstelle des Verwaltungsrechtswegs auch den Weg zu den Arbeitsgerichten wählen kann, wenn er behauptet, es handle sich in Wahrheit um ein Arbeitsverhältnis.

II. Sic-non-Rechtsprechung

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind die Arbeitsgerichte u. a. zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und aus dessen Nachwirkungen, aus unerlaubten Handlungen, soweit diese mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen, sowie über Arbeitspapiere. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte setzt in all diesen Fällen ein Arbeitsverhältnis voraus, also die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 5 ArbGG. Ist zwischen den Parteien streitig, ob ein Arbeitsverhältnis gegeben ist, ist die sog. sic-non-Rechtsprechung zu beachten.

1. Doppelrelevante Tatsachen

Grundsätzlich müssen die Voraussetzungen für die Rechtswegzuständigkeit feststehen, also entweder unstreitig oder bewiesen sein. Zuständigkeitsbegründende Tatsachen, die gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des materiellen Anspruchs sind, müssen jedoch nicht schon im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung bewiesen werden. Für die Frage der Zuständigkeit ist vielmehr die Richtigkeit des Klägervortrags zu unterstellen. Bei streitiger Tatsachengrundlage eröffnet die bloße Rechtsansicht der Klägerseite, es handle sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten³. Die Rechtsprechung unterscheidet drei Fallgruppen:

2. Sic-non-Fall

Setzt der geltend gemachte Anspruch die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers voraus, ist von der Beurteilung dieser Frage sowohl die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte als auch die Begründetheit der Klage abhängig. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist eine doppelrelevante Tatsache. Die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte ist gegeben, wenn der Kläger die bloße Rechtsbehauptung aufstellt, Arbeitnehmer zu sein.

3. Aut-aut-Fall

Macht der Kläger einen Anspruch geltend, der entweder auf eine arbeitsrechtliche oder auf eine bürgerlich-rechtliche Grundlage gestützt werden kann, die sich aber gegenseitig ausschließen, muss die Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen der Rechtswegprüfung geklärt werden. Der Kläger muss also die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses zumindest schlüssig vortragen.

Beispiel:

Klage auf Zahlung einer Vergütung aus einem Rechtsverhältnis, das der Kläger für ein Arbeitsverhältnis (Anspruchsgrundlage: § 611a BGB i.V.m. Arbeitsvertrag), der Beklagte dagegen für freie Mitarbeit (Anspruchsgrundlage: § 611 BGB i.V.m. Dienstvertrag) hält.

4. Et-et-Fall

Dasselbe gilt, wenn der geltend gemachte Anspruch sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine nicht arbeitsrechtliche Grundlage gestützt werden kann, die sich nicht gegenseitig ausschließen. Die Anspruchsgrundlage setzt somit kein Arbeitsverhältnis voraus. Auch hier ist die Frage der Arbeitnehmereigenschaft aufzuklären, bevor über den Rechtsweg entschieden werden kann.

Beispiel:

Klage auf Schadensersatz (§ 280 BGB) wg. unterbliebener Zielvereinbarung.

5. Beweisbedürftigkeit des Klägervortrags in et-et- und aut-aut-Fällen

Streitig ist, ob in et-et- und aut-aut-Fällen der schlüssige Vortrag des Klägers zu seiner Arbeitnehmereigenschaft ausreicht oder ob im Bestreitensfall Beweis zu erheben ist. Nach h. M. ist eine Beweisaufnahme erforderlich.⁴ Dem ist zuzustimmen. Dafür spricht bereits § 17a Abs. 2 S. 1 GVG, wonach nicht nur die Anhörung des Klägers, sondern die Anhörung beider Parteien vorgesehen ist. Dies wäre nicht erforderlich, wenn das Gericht allein auf das klägerische Vorbringen abzustellen hätte.⁵

6. Kein sic-non-Fall bei Zusammenhangsklage

Gemäß § 2 Abs. 3 ArbGG können auch nicht unter die Absätze 1 und 2 fallende Rechtsstreitigkeiten vor die Arbeitsgerichte gebracht werden, wenn der geltend gemachte Anspruch mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht, soweit nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Diese sog. Zusammenhangsklage kann aber nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen begründen, wenn ein (nicht arbeitsrechtlicher) Anspruch zusammen mit einem sic-non-Antrag geltend gemacht wird. § 2 Abs. 3 ArbGG findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem sic-non-Antrag folgen kann.⁶ Das BVerfG hat zu Recht auf die Gefahr einer Manipulation bei der Auswahl des zuständigen Gerichts durch die klagende Partei hingewiesen, wenn diese im Wege der Zusammenhangsklage mit einem sic-non-Fall weitere Streitgegenstände verbindet.⁷ So könnten im Zusammenhang mit einer Statusklage, die nur erhoben wird, um den Rechtsstreit vor die Arbeitsgerichte zu bringen, Streitgegenstände vor die Gerichte für Arbeitssachen gelangen, für die andere Gerichte sachlich zuständig sind. Das wäre mit

2 S. dazu BAG, 8.5.2018 – 9 AZR 531/17, BB 2018, 2099 Os, BeckRS 2018, 19287; LAG Baden-Württemberg, 29.7.2009 – 13 Sa 18/09, BeckRS 65776.

3 BAG, 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60.

4 BAG, 30.8.1993 – 2 AZB 6/93, BB 1993, 2240 Ls, NZA 1994, 141; BGH, 27.10.2009 – VIII ZB 42/08, NJW 2010, 873; offengelassen von BAG, 10.12.1996 – 5 AZB 20/96, NZA 1997, 674.

5 Germelmann/Matthes/Prütting-Schlewing, ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 2, Rn. 167 f.; Schwab/Weth-Walker, ArbGG, 6. Aufl. 2021, § 2, Rn. 241, 242.

6 BAG, 11.6.2003 – 5 AZB 43/02, BB 2003, 1906, NZA 2003, 1163.

7 BVerfG, 31.8.1999 – 1 BvR 1389/97, NZA 1999, 1234.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht vereinbar, wonach der erkennende Richter normativ bestimmt sein muss.

III. Häufige Fallkonstellationen

Wendet man diese Grundsätze auf in der Praxis besonders häufige Anträge an, ergibt sich Folgendes:

1. Statusklage

Der Antrag auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses (Statusklage) ist ein sic-non-Fall. Der Antrag kann nur dann begründet sein, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Für die Frage des zulässigen Rechtswegs ist dies deshalb zu unterstellen, die bloße Rechtsbehauptung eines Arbeitsverhältnisses genügt. Die Arbeitsgerichte sind daher zuständig; die Arbeitnehmereigenschaft ist im Rahmen der Begründetheit der Klage zu klären. Liegt kein Arbeitsverhältnis vor, hat das Arbeitsgericht die Klage als unbegründet abzuweisen.

2. Bestandsschutzanträge

a) Ordentliche Kündigung und Befristung

Auch der Kündigungsschutzantrag (§ 4 KSchG), der auf die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung gerichtet ist, ist ein sic-non-Fall; er kann nur Erfolg haben, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dies ist insbesondere in Fällen naheliegend, in denen die Unwirksamkeit der Kündigung auf § 1 KSchG (mangelnde soziale Rechtfertigung) oder andere arbeitsrechtliche Bestimmungen wie z.B. § 623 BGB, § 102 BetrVG oder § 168 SGB IX gestützt wird, die auf ein freies Dienstverhältnis keine Anwendung finden. Eine doppelrelevante Tatsache liegt aber unabhängig davon schon deshalb vor, weil der Kündigungsschutzantrag gemäß § 4 KSchG nach seinem Streitgegenstand ein Arbeitsverhältnis voraussetzt. So hat das BAG in der viel beachteten „Crowdworker“-Entscheidung⁸ ausgeführt, dass in einem Kündigungsschutzverfahren stets inzident zu prüfen sei, ob das Rechtsverhältnis der Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist (sog. „erweiterter punktueller Streitgegenstand“). Gegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG sei das Begehren festzustellen, dass „das Arbeitsverhältnis“ durch die konkrete, mit der Klage angegriffene Kündigung zu dem darin vorgesehenen Termin nicht aufgelöst worden ist. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgegebenen Urteils stehe deshalb regelmäßig zugleich fest, dass jedenfalls bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, das nicht zuvor durch andere Ereignisse aufgelöst wurde. Bestehe kein Arbeitsverhältnis, könne ein der Klage stattgebendes Urteil nicht ergehen; vielmehr sei die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen.

Da der Klageantrag nach § 4 KSchG somit zwingend ein Arbeitsverhältnis voraussetzt, ist dessen Bestehen immer eine doppelrelevante Tatsache. In gleicher Weise setzt auch die Entfristungsklage nach §§ 14, 17 TzBfG ein Arbeitsverhältnis voraus. Ein sic-non-Fall ist damit unabhängig davon gegeben, auf welche Unwirksamkeitsgründe sich der Kläger beruft.

Beispiel:

Ein (vermeintlich) freier Mitarbeiter erhebt Kündigungsschutzklage und behauptet, es habe in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis vorgelegen. – Die Arbeitsgerichte sind schon aufgrund der Rechtsbehauptung eines Arbeitsverhältnisses zuständig,

die Arbeitnehmereigenschaft ist im Rahmen der Begründetheit der Klage zu klären: Handelt es sich um ein selbständiges Dienstverhältnis, wird der Kündigungsschutzantrag als unbegründet abzuweisen sein.

b) Außerordentliche Kündigung

Demgegenüber soll nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG die Klage gegen eine außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB) sowohl bei einem Arbeitsverhältnis als auch bei einem freien Dienstverhältnis Erfolg haben können. Es handle sich daher grundsätzlich um einen aut-aut-Fall.⁹ Anders sei dies jedoch, wenn der Kläger mit seinem Antrag den Fortbestand *eines Arbeitsverhältnisses* festgestellt wissen wolle, denn dann setze die Begründetheit des Antrags die Feststellung voraus, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis – und nicht etwa um ein freies Dienstverhältnis – gehandelt habe. Daher liege ein sic-non-Fall vor.¹⁰ Welches Ziel der Kläger mit dem Antrag verfolge, sei eine Frage der Auslegung. Beantrage der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung seines „Arbeitsverhältnisses“, seien die Gerichte gehalten, ihrer Frage- und Aufklärungsverpflichtung gemäß § 139 ZPO nachzukommen. Es sei zu ermitteln, ob der Kläger mit dem Wort „Arbeitsverhältnis“ in seinem Klageantrag die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses begehrt, er die außerordentliche Kündigung also nur für den Fall angreifen wolle, dass er Arbeitnehmer ist, oder ob er sich in jedem Fall – unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft – gegen die außerordentliche Kündigung zur Wehr setzen wolle.¹¹ Im ersten Fall liege ein sic-non-Fall vor, im zweiten Fall wäre das Bestehen des Arbeitsverhältnisses ggf. durch Beweisaufnahme zu klären.

c) Allgemeiner Feststellungsantrag

Die allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG), die im Kündigungsschutzprozess häufig als sog. „Schleppnetzantrag“ erhoben wird, ist ein sic-non-Fall, wenn explizit das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden soll. Daher sind auch hier die Arbeitsgerichte zuständig, die Arbeitnehmereigenschaft ist somit im Rahmen der Begründetheit der Klage zu klären. Wird der Bestand eines Vertragsverhältnisses unabhängig von dessen Einordnung als Arbeitsverhältnis geltend gemacht, muss der Arbeitnehmerstatus bereits für die Entscheidung über den Rechtsweg geklärt werden.

d) Eigener Standpunkt: Haupt- und Hilfsantrag erforderlich

Die unterschiedliche Behandlung von Anträgen, die gegen die ordentlichen und außerordentlichen Kündigungen gerichtet sind, überzeugt nicht. Richtig ist, dass durch Auslegung zu ermitteln ist, ob die Kündigung nur für den Fall angegriffen wird, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt (dann: sic-non-Fall) oder ob deren Unwirksamkeit unabhängig von der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses geltend gemacht wird. Auf der Grundlage des erweiterten punktuellen Streitgegenstands des Kündigungsschutzantrags nach § 4 S. 1 KSchG steht es jedoch nicht zur Disposition des Klägers, ob er damit den Bestand eines Arbeitsverhältnisses geltend machen will oder nicht. Beruft er sich auf ein Arbeitsverhältnis, muss er eine Kündigung fristge-

⁸ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, BB 2021, 1152 m. BB-Komm. Ley, NZA 2021, 552; s. dazu Häferer/Koops, NJW 2021, 1787; Söller, NZA 2021, 997.

⁹ BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, BB 2019, 1683 m. BB-Komm. Haase, NJW 2019, 1627.

¹⁰ BAG, 17.1.2001 – 5 AZB 18/00, BB 2001, 1309, NZA 2001, 341; BAG, 19.12.2000 – 5 AZB 16/00, BB 2001, 476 Ls, NZA 2001, 285.

¹¹ Natter/Gross-Rieker, ArbGG, 2. Aufl. 2013, § 2, Rn. 77; vgl. auch BAG, 19.12.2000 – 5 AZB 16/00, BB 2001, 476 Ls, NZA 2001, 285.

recht mit dem Antrag gemäß § 4 S. 1 KSchG angreifen. Diese besondere negative Feststellungsklage setzt voraus, dass die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG droht.¹² Dies ist nur bei einem Arbeitsverhältnis der Fall. Will der Kläger hingegen den Fortbestand des Vertragsverhältnisses auch für den Fall geltend machen, dass es sich um freie Mitarbeit handelt, ist nicht der besondere Klageantrag nach § 4 KSchG zu stellen, sondern ein allgemeiner Feststellungsantrag (§ 256 Abs. 1 ZPO). Dies gilt in gleicher Weise für die ordentliche wie für die außerordentliche Kündigung (s. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Will der Kläger die Unwirksamkeit einer Kündigung unabhängig von der Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend machen, wird er deshalb den Kündigungsschutzantrag nach § 4 S. 1 KSchG als *Hauptantrag* und einen allgemeinen Feststellungsantrag, gerichtet auf den Fortbestand des „Vertragsverhältnisses“, als *Hilfsantrag* stellen müssen.¹³ Ergibt sich aus dem Klagevorbringen, dass das Begehren der Klägerseite in dieser Weise zu verstehen ist, wird der Antrag ggf. in dieser Weise auszulegen sein. Die Gerichte sind gehalten, die Klägerseite darauf hinzuweisen und auf die sachgemäße Antragstellung hinzuweisen. Der Hauptantrag fällt dann als *sic-non-Fall* in die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte, für den allgemeinen Feststellungsantrag als Hilfsantrag ist der Arbeitnehmerstatus aufzuklären und der Rechtsstreit – falls kein Arbeitsverhältnis vorliegt – an die ordentlichen Gerichte zu verweisen.

3. Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung

Wird mit der Kündigungsschutzklage ein Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits erhoben, handelt es sich dabei regelmäßig um einen sog. uneigentlichen Hilfsantrag. Er wird nur für den Fall gestellt, dass der Hauptantrag (hier gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung) Erfolg hat. Der uneigentliche Hilfsantrag teilt das „Schicksal“ des Hauptantrags,¹⁴ so dass auch hier in der Regel ein *sic-non-Fall* vorliegt.

4. Vergütungsklage

Die Klage auf Zahlung einer Vergütung wird in der Regel als *aut-aut-Fall* einzuordnen sein. Die Abgrenzung zum *aut-aut-Fall* hat keine praktischen Auswirkungen und kann deshalb dahinstehen. Die vertraglich vereinbarte Vergütung kann der Kläger im Regelfall unabhängig davon beanspruchen, ob das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis anzusehen ist. Anders ist die Situation aber dann, wenn der Kläger eine rein arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage geltend macht, z.B. Entgeltfortzahlung aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gemäß § 3 EFZG verlangt: Hier liegt ein *sic-non-Fall* vor.

5. Mögliche prozessuale Folgen für Bestandsstreigkeiten

Bei einer vor dem Arbeitsgericht erhobenen Klage gegen eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung wird demnach zunächst zu klären sein, ob der Kläger die Kündigungen nur bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses angreifen will (s. o. unter 2.). Für die Anträge nach § 4 KSchG ist das Arbeitsgericht zuständig und muss im Rahmen der Begründetheit aufklären, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Wird dies verneint, muss der gegen die außerordentliche Kündigung gerichtete Kündigungsschutzantrag (§ 4 KSchG) als unbegründet abgewiesen werden, ebenso der Antrag auf Feststellung der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung und ein eventuell gestellter Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung. Geht die Klägerseite – was dem Regelfall ent-

sprechen wird und nach hier vertretener Auffassung entsprechende Hilfsanträge erfordert – auch für den Fall eines freien Dienstverhältnisses gegen die Kündigungen vor, wird der weitere Rechtsstreit um die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung an die ordentlichen Gerichte zu verweisen sein. Eine Aussetzung des weiteren Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht um die ordentliche Kündigung und den Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung gemäß § 148 ZPO ist nicht angezeigt.¹⁵ Denn die weiteren (arbeitsrechtlichen) Anträge sind nicht davon abhängig, wie das zuständige Landgericht über die außerordentliche Kündigung des freien Dienstverhältnisses entscheiden wird. Sowohl der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung als auch der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung sind abweisungsreif, wenn ein Arbeitsverhältnis nach der Überzeugung des Arbeitsgerichts nicht vorliegt.

IV. Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff und *sic-non-Fall*

Fraglich ist, ob ein *sic-non-Fall* auch dann vorliegt, wenn der Kläger sich für sein Klagebegehren auf eine Anspruchsgrundlage beruft, die zwar ein Arbeitsverhältnis voraussetzt, der aber der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt.

Beispiel 1:

Ein Praktikant verlangt eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG mit der Begründung, nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff sei er Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG und der Richtlinie 2000/78/EG.

Beispiel 2:

Ein GmbH-Geschäftsführer verlangt eine Urlaubsabgeltung gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG mit der Begründung, er sei Arbeitnehmer im Sinne von Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und damit auch im Sinne des BUrlG.

Das LAG Rheinland-Pfalz hat dies im Fall der Klage einer abgelehnten Bewerberin auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG angenommen.¹⁶ Dagegen vertritt das Hessische LAG zu Recht die Auffassung, dass ein *sic-non-Fall* nicht vorliegt.¹⁷ Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, der z. B. dem AGG oder auch der Richtlinie 2003/88/EG zugrunde liegt, und derjenige der §§ 2, 5 ArbGG sind nicht deckungsgleich. Die Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne des ArbGG vorliegt, ist damit nicht zugleich maßgebend für die Begründetheit der Klage. Die Klage kann auch dann erfolgreich sein, wenn der Kläger lediglich Arbeitnehmer im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist, nicht aber im Sinne des nationalen Arbeitnehmerbegriffs. Es handelt sich daher um keine doppelrelevante Tatsache.

Diese Sichtweise liegt auch auf der Linie der Rechtsprechung des BAG: Danach weist die Frage des Rechtswegs keinen Bezug zu europarechtlichen Normen auf, die vom unionsrechtlichen Arbeitnehmer-

¹² BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, BB 2021, 1152 m. BB-Komm. *Ley*, NZA 2021, 552, Rn. 18.

¹³ So wurden in der „Crowdworker“-Entscheidung die Anträge formuliert, s. BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, BB 2021, 1152 m. BB-Komm. *Ley*, NZA 2021, 552, 554.

¹⁴ BAG, 17.6.1999 – 5 AZB 23/98, BB 2000, 98, NZA 1999, 1175; BAG, 17.1.2001 – 5 AZB 18/00, BB 2001, 1309, NZA 2001, 341.

¹⁵ So aber *Natter/Gross-Rieker*, ArbGG, § 2, Rn. 77.

¹⁶ LAG Rheinland-Pfalz, 23.1.2012 – 9 Ta 17/12, NZA-RR 2012, 272.

¹⁷ Hessisches LAG, 24.7.2017 – 14 Ta 480/16; ebenso die Vorinstanz ArbG Frankfurt a. M., 16.6.2016 – 1 Ca 7377/15, beide n. v. – Aus Gründen der wissenschaftlichen Integrität soll nicht verschwiegen werden, dass der Verfasser in dem Verfahren auf Klägerseite beteiligt war und dort noch die Gegenmeinung vertreten hatte, daran aber nach erneuter Überprüfung nicht festhält.

begriff ausgehen würden. § 5 ArbGG liegt keine unionsrechtliche Bestimmung zugrunde.¹⁸ Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist daher für die Rechtswegentscheidung nicht von Bedeutung. Maßgebend ist allein der nationale Arbeitnehmerbegriff. Erfüllt der Kläger dessen Voraussetzungen nicht, sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Sofern auf der Grundlage dieser Rechtsprechung der Rechtsstreit an die ordentlichen Gerichte verwiesen wird, haben diese bei der Prüfung der Begründetheit der Klage den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu beachten und dementsprechend ggf. arbeitsrechtliche Vorschriften anzuwenden. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Arbeitsgerichte zuvor für unzuständig erklärt haben.

V. Arbeitnehmerähnliche Personen

Nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen können vor den Arbeitsgerichten klagen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG). So sind beispielsweise für einen freien Mitarbeiter, der im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig ist und aus diesem Vertragsverhältnis sein wesentliches Arbeitseinkommen bezieht, die Arbeitsgerichte zuständig, sofern (trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit) eine einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist. Ist streitig, ob es sich um eine arbeitnehmerähnliche Person handelt, gelten auch hier die Grundsätze der Rechtsprechung zu sic-non-Fällen. Daher genügt bereits die Rechtsbehauptung des Klägers, arbeitnehmerähnlich zu sein, wenn dies auch Voraussetzung des geltend gemachten Anspruchs ist. Dies kann z. B. bei der Klage eines freien Mitarbeiters oder *platform workers* auf Urlaubsabgeltung der Fall sein, da § 7 Abs. 4 BUrlG auch für arbeitnehmerähnliche Personen gilt (s. § 2 S. 2 BUrlG).

VI. Die Rechtswegrüge

1. Wer kann rügen?

Gemäß § 17a Abs. 3 S. 2 GVG kann jede „Partei“ die Rechtswegzuständigkeit des angerufenen Gerichts rügen. In der Regel wird es der Beklagte sein, der den Rechtsweg rügt. Auch der Kläger ist aber berechtigt, den von ihm selbst beschrittenen Rechtsweg zu rügen.¹⁹ Hat aber von Anfang an die Möglichkeit bestanden, sowohl das ordentliche Gericht als auch das Arbeitsgericht anzurufen, gilt dies nicht. Dies ist v. a. für

die Zusammenhangsklage (§ 2 Abs. 3 ArbGG) von Bedeutung. Der klagenden Partei bleibt es hier überlassen, ob sie ihren Anspruch vor den ordentlichen Gerichten oder den Gerichten für Arbeitssachen verfolgt. Eine einmal getroffene Wahl ist aber bindend und kann – wie beim Wahlrecht nach § 35 ZPO – nicht widerrufen werden. Hat der Kläger mit der Erhebung der Klage sein Wahlrecht einmal ausgeübt, ist für eine Rüge des Rechtswegs kein Raum mehr.²⁰

2. Verfahren

Ist der vom Kläger beschrittene Rechtsweg unzulässig, spricht das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs (§ 17a Abs. 2 S. 1 GVG). Hält das Gericht den Rechtsweg hingegen für zulässig, *kann* es darüber vorab entscheiden (§ 17a Abs. 3 S. 1 GVG), kann dies aber auch inzident im Rahmen des Urteils feststellen. Hat eine Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs gerügt, *muss* das Gericht vorab durch Beschluss entscheiden (§ 17a Abs. 3 S. 2 GVG). Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen (§ 17a Abs. 4 S. 1 GVG), das Arbeitsgericht entscheidet in Kammerbesetzung. Gegen den Beschluss ist die sofortige Beschwerde gegeben (§ 17 Abs. 4 S. 3 GVG), die weitere Beschwerde nur, wenn sie zugelassen wird (§ 17a Abs. 4 S. 4 und 5 GVG).

Hat ein Gericht den Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt, sind andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden (§ 17a Abs. 1 GVG). Auch ein Gericht, das ein über Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache zu befinden hat, prüft die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht mehr (§ 17 Abs. 5 GVG, §§ 65 und 73 Abs. 2 ArbGG).

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR, ist Partner bei Pohl & Bauer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Mannheim. Außerdem ist er als Of Counsel für Gowling WLG (UK) LLP, Stuttgart tätig. Er ist Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.



¹⁸ BAG, 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, BB 2019, 1683 m. BB-Komm. Haase, NJW 2019, 1627.

¹⁹ So die Konstellation im Beschluss des OLG Stuttgart, 24.8.2020 – 2 W 25/20, n. v.

²⁰ BAG, 5.9.2018 – 9 AS 3/18, BB 2018, 2995 Ls, NZA 2019, 202.

BAG: Auslegung TV-L (Wege- und Rüstzeiten eines Wachpolizisten)

BAG, Urteil vom 31.3.2021 – 5 AZR 148/20
ECLI:DE:BAG:2021:310321.U.5AZR148.20.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2022-831-1**
unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHER LEITSATZ

Das Zurücklegen des Weges von der Wohnung zur Arbeitsstelle und zurück stellt in der Regel keine zu vergütende Arbeitszeit dar. Vergütungspflichtig sind dagegen die Umwegezeiten, die ein angestellter Wachpolizist, der auf Weisung des Arbeitgebers den Dienst mit streifenfertiger Dienstwaffe anzutreten hat, zum Aufsuchen eines dienstli-

chen Waffenschließfachs außerhalb seines Dienstortes aufwendet. Dabei handelt es sich um eine vergütungspflichtige Zusammenhangstätigkeit.

BGB §§ 611 Abs. 1, 611a Abs. 2; ZPO § 287; TV-L § 6 Abs. 3 S. 3

BB-Kommentar

Keine Arbeitszeit bei freiwilligem Umziehen und Aufrüsten im privaten Haushalt

PROBLEM

Die Frage des Beginns der vergütungspflichtigen Arbeitszeit kann als echter Dauerbrenner der arbeitsrechtlichen Praxis bezeichnet werden. Vor der Aufnahme der eigentlichen arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit