

David A. Carnal*

EuGH, Urteil vom 10.09.2015 in der Rs. C-47/14 (*Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*) und die Auswirkungen für Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer

Abstract

Die Bedeutung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts in gesellschafts- und wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten nimmt angesichts der Globalisierung der Wirtschaft stetig zu. Eine an Bedeutung gewinnende Konstellation ist diejenige der Lokalisierung von Managern einer Gesellschaft in verschiedenen Staaten. Dies ist eine Konsequenz aus dem zunehmend internationaler werdenden Markt für Directors und Officers. Der Beitrag widmet sich diesem Themenfeld.

In an increasingly globalized economy the significance of Private International Law and International Civil Procedure is on the rise. As the market for directors and officers is becoming more international, a paradigmatic constellation is that of the localisation of corporate managers in different legislations. In this paper, the ECJ's ruling in C-47/14 (*Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*) is critically examined. A prognostic opinion on Member States' and the ECJ's jurisdiction as well as various desiderata concerning the classification of directors as employees under German substantive law and Art. 8 Rome I Regulation are given.

* Der Verfasser, cand. iur., ist Chefredakteur dieser Zeitschrift und studentischer Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)). Der Beitrag entstand im Frühjahr 2016 als vierwöchige Examensstudienarbeit im Schwerpunkt-bereich Internationales Privat- und Verfahrensrecht bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller und wurde mit 15 Punkten bewertet.

I. Einführung

Als juristische Person¹ hat die GmbH an sich Rechtssubjektsqualität. Zusätzlich zu dieser wesentlich auf *Friedrich Carl von Savigny*² zurückgehenden Personifizierungsleistung bedarf sie, soll das so gedachte, sonst leblose „Rechtskleid“³ einen vernunftbegabten Träger finden, gewissermaßen einer nachgelagerten Personifizierung: Ohne die Vertretung durch natürliche Personen ist die GmbH als solche nicht handlungsfähig.

Beim Gedanken an Gesellschafter-Organpersonen nach deutschem GmbH-Recht scheint gleichwohl intuitiv und gesichert: Der Geschäftsführer *ist* diese Person im etymologischen Sinne, also eine Art Sprachrohr, und zugleich Teil der ohne sie nur „fiktiv“⁴ als äußeres Rechtskleid „subsistierenden“⁵ Person. Diese eigentümliche Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers als die eines Arbeitnehmers zu qualifizieren, läuft einem nach deutscher Dogmatik ausgebildeten Vorverständnis zuwider.

Just diese Möglichkeit tenoriert der *EuGH* in seiner am 10.09.2015 ergangenen Entscheidung in der Sache *Holterman Ferbo et al. ./l. Spies von Büllesheim*. Die Vorlage des *Hoge Raad der Nederlanden* betraf die Anwendbarkeit u.a. der Artt. 20 ff. EuGVVO⁶ in einer Innenhaftungskonstellation. Gesellschaften können demnach künftig gehalten sein, Klagen gegen ihre Geschäftsführer am Arbeitnehmergerichtsstand anhängig zu machen.

Die Untersuchung nimmt folgenden Lauf: Nach Vorstellung des Ausgangsrechtsstreits und der Vorlagefragen (II.) soll die sukzessive Entfaltung eines europäisch-autonomen Arbeitnehmerbegriffs, einschließlich der durch die vorliegende Entscheidung verliehenen Konturen, nachgezeichnet werden (III.). Es folgt ein Exkurs zur Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im

¹ Illustrativ und wohl vielfach verkannt: von lateinisch *persona* = Maske (des Schauspielers), zu *personare* = durch(er)tönen!

² Vgl. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band II, 1840, S. 2, 236.

³ Vgl. *Weller*, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: FS Uwe Blaurock, 2013, S. 497 (511).

⁴ Zu den exegetischen Bedenklichkeiten der gemeinhin *Savigny* zugeschriebenen Fiktionstheorie *Thomale*, Rechtsfähigkeit und juristische Person als Abstraktionsleistungen, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, 2015, S. 175 (185).

⁵ Nach *Quine*, On What There Is, in: Review of Metaphysics, 2 (1948/49), 21 (23).

⁶ Zum *Acquis communautaire*: Das Vorlageverfahren betraf noch die Artt. 18-21 EuGVVO a.F. (Verordnung (EG) Nr. 41/2001). In diesem Papier sollen die – im hier gegenständlichen Regelungsbereich korrespondierenden und bis auf Einführung des Art. 21 Abs. 2 EuGVVO unveränderten – Vorschriften der nunmehr geltenden Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia) global zugrunde gelegt werden.

deutschen Recht (IV.); sodann sind allfällige Auswirkungen des Judikats zu diskutieren (V.). Dabei ist ein breites Panorama – IPR und IZVR beiderseits berücksichtigend – in den Blick zu nehmen.

II. Ausgangsrechtsstreit⁷ und Vorlagefragen

Die Holdinggesellschaft Holterman Ferho Exploitatie, eine mit der deutschen GmbH vergleichbare⁸ *besloten vennootschap* (BV) niederländischen Rechts, hat drei in Deutschland ansässige Tochtergesellschaften, namentlich Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Frankfurt GmbH und Ferho Vechta GmbH.⁹ Im April 2001 ernannte die Gesellschafterversammlung von Holterman Ferho Herrn *Freiberr Spies von Bülllesheim*, einen deutschen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland, zu ihrem Direktor. *Spies von Bülllesheim* war zugleich Geschäftsführer und Prokurist der drei Tochtergesellschaften und hielt 15 % der Anteile an Holterman Ferho.¹⁰ In einem im Mai 2001 unterzeichneten, in deutscher Sprache abgefassten Vertrag hielten die Parteien die Rechte und Pflichten der Geschäftsführertätigkeit *Spies von Bülllesheims* fest.¹¹

Im Dezember 2005 und Dezember 2006 endeten die Vertragsverhältnisse zwischen Herrn *Spies* und Ferho Frankfurt respektive mit den übrigen drei Gesellschaften.¹² Da ihm sein Mitgesellschafter vorwarf, seine Aufgaben als Geschäftsführer nicht ordnungsgemäß erfüllt zu haben, reichten alle vier Gesellschaften bei der *Rechtbank Almelo* Klage auf Feststellung und Schadensersatz ein. Dabei stützten sie sich auf vertragliche¹³ und – hilfsweise – deliktische¹⁴ Grundlagen des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs.¹⁵

⁷ *Nota bene*: Der „Sachverhalt“ im Sinne von Tatsachen, die als Untersatz unter (hier) judikativ bestimmte Kriterien gezogen werden, stand in casu zum Entscheidungszeitpunkt, wie der *Gerichtshof* wiederholt festhält, noch nicht hinreichend fest bzw. er war noch nicht subsumtionsfähig. Das Verfahren soll aber generell zu dem Ende betrieben werden, die abstrakte Auslegung des Unionsrechts voranzutreiben; vgl. in diesem Sinne das Notat von *Mankowski*, RIW 2015, 821 (821).

⁸ Siehe (im Grunde *e contrario*) *Hinner*, Die Einführung der „Besloten vennootschap“ in den Niederlanden, 1976, S. 1.

⁹ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 12 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

¹⁰ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 12 bei Fn. 4 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*. 85 % der Anteile wurden von Herrn *Holterman* gehalten, vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 16 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

¹¹ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 14 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

¹² *Ebd.*, Rn. 17.

¹³ Die Kläger rekurrerten sowohl auf Art 2:9 *Burgerlijk Wetboek* (NBW), der (§ 43 Abs. 1 GmbHG vergleichbar) Pflichtenstellung und Haftungsmaßstab des Geschäftsführers

Die Auffassung der ersten Instanz, der zufolge diese weder nach Art. 7 Nr. 1 noch nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zuständig sei, bestätigte die Berufungsinstanz. Letztere ordnete den Vertrag von Mai 2001 als „individuellen Arbeitsvertrag“ i.S.v. Art. 20 Abs. 1 EuGVVO ein und hielt in der Konsequenz von Art. 22 Abs. 1 der Verordnung deutsche Gerichte für international zuständig. Während es hinsichtlich der Klage wegen nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung beim *actor sequitur forum rei*-Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 EuGVVO sein Bewenden habe, schieden der Deliktsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 2 EuGVVO) sowie der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 7 Nr. 1 EuGVVO) nach Auffassung des *Gerechtshof te Arnhem* aus. Dies gelte wegen der besonderen Regeln über die Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge (Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO) jedenfalls insoweit, als die Klage mit derjenigen aus dem Arbeitsvertrag verbunden sei.¹⁶

Sowohl die Begründung der gegen das Berufungsurteil eingelegten Kassationsbeschwerde als auch der angerufene *Hooge Raad der Nederlanden* in seinem Vorabentscheidungsersuchen (Art. 267 AEUV) kreisen um das reziproke Verhältnis zwischen den Zuständigkeitsregeln in Artt. 20-23 EuGVVO und jenen in Art. 7 Nrn. 1 lit. a und 2 EuGVVO. Im Interesse einer erschöpfenden Klärung der Zusammenhänge durch den *Gerechtshof* hat der *Hooge Raad* einen ganzen Fragenkomplex¹⁷ zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diesem steht als Leitfrage vor:

1. „Sind die Bestimmungen von Kapitel II Abschnitt 5 (Art. [20] bis [23]) der [EuGVVO] dahin auszulegen, dass sie der Anwendung von Art. [7] Nr. 1 Buchst. a oder Art. [7 Nr. 2] dieser Verordnung in einem Fall wie dem vorliegenden entgegenstehen, in dem der Beklagte von einer Gesellschaft nicht nur in seiner Eigenschaft als ihr Geschäftsführer wegen nicht ordnungsgemäßer Wahrnehmung seiner Aufgaben oder wegen unerlaubter Handlung, sondern auch unabhängig von dieser Eigenschaft wegen Vorsatzes oder bewusster Fahrlässigkeit bei der Erfüllung des zwischen ihm und der Gesellschaft geschlossenen Arbeitsvertrags in Haftung genommen wird?
[...]"

und (wie § 43 Abs. 2 GmbHG) dessen Schadensersatzpflicht positiviert, sowie auf Art. 7:661, der die Arbeitnehmerhaftung auf Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit beschränkt.

¹⁴ Nach Art. 6:162 NBW.

¹⁵ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 19 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

¹⁶ *Ebd.*, Rn. 21 ff.

¹⁷ *Ebd.*, Rn. 30.

Mit der zweiten und dritten Vorlagefrage erbat das höchste niederländische Gericht um Vorabentscheidung darüber, ob „verneinendenfalls“, wenn also die Haftung des Geschäftsführers keinen Arbeitnehmergerichtsstand begründen kann, ein Vertrags- oder Deliktsgerichtsstand nach Art. 7 Nr. 1 lit. a bzw. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO gegeben sein könnte.

III. Unionsrechtlich-autonome Konturierung des Arbeitnehmerbegriffs

Im Zentrum der Schlussanträge wie der Entscheidung steht die Begrifflichkeit des Arbeitnehmers.¹⁸ Um die *Ferbo*-Entscheidung kontextual zu verorten und ihre Reichweite bestimmen zu können, ist zunächst ein Abriss bisheriger unions-judikativer Aussagen zu dem Terminus¹⁹ angezeigt. Die Betrachtung soll von der allgemeinen Definition ausgehen und sich über jene Entscheidungen vollziehen, aus welchen sich die besonderen Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft von (Kapitalgesellschafts-)Geschäftsführern ergeben.

1. Primärrechtlicher Ausgangspunkt: Rechtssache *Lawrie-Blum*

In der Rs. *Lawrie-Blum*²⁰ legte der *EuGH* unter Auslegung von Art. 45 Abs. 1 AEUV (bzw. Art. 48 EWG-Vertrag) erstmals²¹ einen primärrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses vor. Dessen wesentliches Merkmal bestehe darin, „dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung

¹⁸ Überwiegend (gerade in Kapitel II Abschnitt 5 der EuGVVO und Art. 8 Rom I-VO) begegnet der Begriff „Arbeitsvertrag“; dass dieser synallagmatisch in eine Arbeitgeber- und eine Arbeitnehmerkomponente zerfällt und dessen Vorliegen tendenziell einseitig vom Arbeitnehmerbegriff her bestimmt zu werden pflegt, erschließt sich leicht. Es folgt aus der Natur der Sache, dass das Arbeitsrecht vornehmlich um den Schutz des Arbeitnehmers kreist, mithin auch aus dessen Perspektive gedacht ist. Zwar hat sich der Verordnungsgeber für eine vom materiellen Verfahrensgegenstand her entwickelte Zuständigkeitsbegründung und gegen eine personalistische Variante entschieden (m.a.W. *contract* anstatt *status*), vgl. *Bebr*, Internationale Zuständigkeit in Individualarbeitsrechtsstreitigkeiten nach Europäischem Verfahrensrecht, in: GS Blomeyer, 2004, S. 15 (28 f.). Daraus folgt aber nicht, dass sich der Typus des Arbeitsvertrages und der Arbeitnehmerstatus nicht gegenseitig dichotomisch bedingen (so aber wohl *Knöfel*, ZfA, 2006, 397 (429 f.)); vielmehr setzt der *EuGH* die Interdependenz der Begrifflichkeiten in der vorliegenden Rs. *expressis verbis* voraus (Rn. 34). Jedenfalls für die Zwecke der EuGVVO sind die Begriffe letztlich als zwei Seiten derselben Medaille zu verstehen.

¹⁹ *Den* unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gibt es streng genommen nicht. Sekundärrechtlich finden sich vereinzelt Verweise auf die in den Mitgliedstaaten gebräuchlichen Arbeitnehmerbegriffe, etwa in Art. 2 Abs. 2 der Insolvenzschutzrichtlinie 2002/74/EG oder Art. 3 lit. a der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG. Monografisch hierzu *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011.

²⁰ *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²¹ In der Rs. C-53/81 (*Levin* ./ *Staatssecretaris van Justitie*), Rn. 9 ff., näherte sich der *EuGH* dem Arbeitnehmerbegriff nur vorläufig, ohne eine echte Definition zu prägen.

erhält.“²² Prägendes Element dieser Definition ist das Merkmal der *Weisungsabhängigkeit*.²³ In Abstraktion hiervon ist impliziter Bestandteil der Formel ein gewisses Unterordnungsverhältnis.²⁴

2. Sekundärrechtlicher Ausgangspunkt

a) *Rechtssache Danosa*

Spezifisch den Status von (Fremd-)Geschäftsführern betreffend²⁵ betonten die Luxemburger Richter in der Sache *Danosa*²⁶ abermals das Kriterium der *Weisungsbindung*. Im Falle von Organmitgliedern seien konkret zu prüfen die Bedingungen, unter denen sie bestellt wurden und unter denen sie abberufen werden können, die Art der übertragenen Aufgaben und der Umfang der Befugnisse sowie inwieweit ein Organ der Kontrolle durch andere Organe unterliegt.²⁷

In casu nahm der *Gerichtshof* die Arbeitnehmereigenschaft der Betroffenen „dem ersten Anschein nach“ an, da sie nach lettischem Gesellschaftsrecht trotz weiter Ermessensspielräume bei der Durchführung ihrer Aufgaben einem anderen, von ihr nicht kontrollierten Organ Rechenschaft schuldete und

²² *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²³ Diese Grunddefinition – mit Ausnahme des Entgeltkriteriums – korrespondiert mit der im deutschen Recht geläufigen: § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, wonach selbstständig der ist, „wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“, enthält eine (negativ formulierte) universalistische gesetzgeberische Wertung (*BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121, Ls. 1; *BAG*, NZA 1996, 1145 (1148); *BAG*, NJW 1984, 1985 (1986); *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 64 ff.; *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 174). Indizien liefert auch § 106 GewO, nach dem der Arbeitgeber „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“ kann. Gemein ist beiden – *scil.* der Auslegung von Art. 45 Abs. 1 AEUV und dem deutschen Begriff – das Merkmal der Weisungsgebundenheit als maßgebliches Kriterium zur Abgrenzung von Arbeitnehmer und Selbstständigem (St. Rspr., vgl. etwa *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 127, Rn. 16; *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 121 (*passim*); *BAG*, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 104).

²⁴ Dieser Begriff begegnet erstmals im Rahmen der Erklärung der britischen Regierung, vgl. *EuGH*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 14 – *Lawrie-Blum* ./ *Land BW*.

²⁵ Das Ausgangsverfahren betraf die Entlassung der schwangeren Fremdgeschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft in der Form einer „SIA“ (strukturell mit einer deutschen GmbH vergleichbar, vgl. *Klaunberg*, Gesellschaftsrecht in Estland, Lettland und Litauen, 2004, S. 37 ff.; *Krafka*, in: MüKo-HGB I, 3. Aufl. 2010, § 13 e, Rn. 5). Das Bedürfnis der Klärung des Arbeitnehmerbegriffs entstand im Rahmen der Auslegung der Mutterschutzrichtlinie (Art. 10 92/85/EWG), auf welche sich die Klägerin berief.

²⁶ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 – *Dita Danosa* ./ *LKB Līzings SLA*.

²⁷ *Ebd.*, Rn. 47.

jederzeit gegen ihren Willen von der Gesellschafterversammlung abberufen werden konnte^{28,29}

Während mit dem Merkmal der *jederzeitigen Abberufbarkeit* der Kriterienkatalog eine an sich überzeugende Erweiterung erfahren hat, sind die Urteilsgründe in einem entscheidenden rechtskonstruktiven Zusammenhang unstimmig: Indem der *EuGH* die Abberufung (!) vom Amt des Geschäftsführers mit der „einseitige[n] Beendigung eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses“³⁰ gleichsetzt, übergeht er den fundamentalen Unterschied³¹ zwischen Anstellung und Organbestellung. Dies ist wohl auch keine akzidentelle Ungenauigkeit, denn an anderer Stelle bezieht sich die *Kammer* auf Ausführungen des Generalanwalts, der das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Organ terminologisch mit einem (schuldrechtlichen) Arbeitsverhältnis gleichsetzt.³² Eine klare und kohärente Aussage über die Arbeitnehmereigenschaft von Fremdgeschäftsführern *allein* auf Grundlage des organschaftlichen Bestellungsverhältnisses lässt sich dem Judikat also nicht entnehmen.³³ Dabei war die zweite Vorlagefrage des lettischen *Augstākās Tiesas Senāts* eindeutig auf die Abberufung und nicht auf eine vertragliche Kündigung bezogen.³⁴

In jedem Fall aber konstatiert der *EuGH*, nationale Besonderheiten in den rechtlichen Beziehungen zwischen Geschäftsführern und der von ihnen vertretenen Gesellschaft seien für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ohne Bedeutung.³⁵ An die Stelle nationaler Dogmatik tritt damit eine Gesamtbetrachtung des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft. Auf diesem Boden kann insoweit ein Geschäftsführer einer

²⁸ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 49-51 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

²⁹ Dabei bestand zwischen der Klägerin des Ausgangsrechtsstreits und der Gesellschaft neben dem Organverhältnis kein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis (*ibd.*, Rn. 22), obwohl dies auch im lettischen Recht üblich ist (vgl. *Mobr*, ZHR 2014, 326 (341)).

³⁰ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 67 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

³¹ Freilich hat schon das vorlegende Gericht nicht scharf zwischen den beiden Rechtsverhältnissen unterschieden, wie sich aus dem in Rn. 29 wiedergegebenen Wortlaut („Beschäftigungsverhältnis“) ergibt.

³² *GA Bot*, Schlussanträge C-232/09, ECLI:EU:C:2010:486, Rn. 83 f. – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*. Dabei musste der Generalanwalt davon ausgehen, dass entweder kein schuldrechtliches Verhältnis oder allenfalls ein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien bestand, vgl. Rn. 34. Dies sehen auch *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (37).

³³ Symptomatisch hierfür ist, dass im Zuge der Rezeption des *Danosa*-Urteils Verwirrung darüber herrschte, ob der in Rede stehende Sonderkündigungsschutz für schwangere Geschäftsführerinnen sich nur auf das Anstellungs- oder auch auf das Bestellungsverhältnis erstreckt, vgl. *Preis/Sagan* (Fn. 32), 37 m.w.N.

³⁴ *EuGH*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 30 – *Dita Danosa* ./ LKB *Līzings SLA*.

³⁵ *Ibid.*, Rn. 40.

Kapitalgesellschaft *trotz* der konträren Implikationen des zugrunde liegenden Bestellungsverhältnisses unionsrechtlich als Arbeitnehmer gelten.

b) *Rechtssache Balkaya*

Danosa hatte im hiesigen Schrifttum eine engagierte Diskussion³⁶ über die Geltung unionaler Arbeitnehmergrundsätze für GmbH-Geschäftsführer ausgelöst. Die Entscheidung in der Rs. *Balkaya*³⁷ gab Aufschluss über den Arbeitnehmerstatus³⁸ eines GmbH-Fremdgeschäftsführers: Der *Gerichtshof* stellte wie zuvor in *Danosa* fest, dass die mitgliedstaatlich abweichende Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses für die unionsrechtlichen Begrifflichkeiten keine Rolle spiele.³⁹ Das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses müsse vielmehr anhand einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte und Umstände ermittelt werden.⁴⁰ Das Merkmal der Weisungsgebundenheit sei in Gestalt der jederzeitigen Abberufbarkeit des Geschäftsführers erfüllt, vgl. §§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG.⁴¹ Weiter unterliege der Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit der Weisung und Aufsicht der Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG).⁴²

Damit bestätigt der *EuGH* seinen in *Danosa* entwickelten Gesamtbetrachtungsansatz. Ob sich eine Beteiligung des Geschäftsführers an der Gesellschaft auf dessen Arbeitnehmereigenschaft auswirkt, riss der *EuGH* zwar *obiter* an, ließ die Frage aber ausdrücklich offen.⁴³ Soweit zum unionsrechtlichen *status quo ante*.

3. Die Entscheidung des EuGH

In der hier gegenständlichen Entscheidung in der Rechtssache *Ferbo ./.* *Spies von Büllersheim* greift der *EuGH* seine *supra* nachgezeichneten Linien zur Arbeitnehmereigenschaft auf. Fragliche „Rechtsbegriffe in autonomer, allen Mitgliedstaaten gemeinsamer Weise auszulegen“ sei auch im vorliegenden

³⁶ *Preis/Sagan* (Fn. 32), 32 ff.; *Fischer*, NJW 2011, 2329 (2331); *Reiserer*, DB 2011, 2262 (2265); mit Weitsicht bereits vor Inkrafttreten der Rom I-VO *Harbarth/Nordmeier*, IPRax 2009, 393 (399).

³⁷ *EuGH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 – *Balkaya ./.* *Kiesel GmbH*.

³⁸ Dieser stand in dem Verfahren in Rede, weil die Geltung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer für die Erreichung des in § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG (Umsetzung von Art. 1 Abs. 1 lit. a der Massentlassungsrichtlinie 98/59/EG) niedergelegten Schwellenwertes von 20 Arbeitnehmern relevant war.

³⁹ *EuGH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 35 – *Balkaya ./.* *Kiesel GmbH*.

⁴⁰ *Ebd.*, Rn. 37.

⁴¹ *Ebd.*, Rn. 40.

⁴² *Ebd.*

⁴³ *Ebd.*

Kontext methodisch (*effet utile!*) notwendig.⁴⁴ Dieses Verständnis bringen die Richter erneut auf die negative Formel, dass sich das zwischen *Spies von Büllesheim* und der betroffenen Gesellschaft vorliegende *sui generis*-Rechtsverhältnis, gleich welcher nationalen Spielart, „nicht auf der Grundlage nationalen Rechts lösen [lässt]“.⁴⁵

Sodann überträgt der *EuGH* seine im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Mutterschutzrichtlinie aufgestellten Grundsätze axiomatisch – d. h. ohne Würdigung der teleologisch disparaten Kontexte der verschiedenen, den Arbeitnehmerbegriff voraussetzenden Rechtsakte – auf Art. 20 EuGVVO.⁴⁶ Der lapidare Hinweis, die Zielsetzung der Zuständigkeitsbündelung in Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO bestehe im Schutz der schwächeren Partei (13. [a.F.] bzw. 18. [n.F.] Erwägungsgrund), gilt überraschenderweise (nur) der Fundierung des abschließenden Charakters dieser Bestimmungen.⁴⁷ Der Gedanke drängt sich geradezu auf, die eventualiter festzustellende Eigenschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers als Arbeitnehmer gerade *im Sinne der EuGVVO-Vorschriften* vor dem Hintergrund von deren Funktion als Arbeitnehmerschutzregime⁴⁸ und dem diesen innewohnenden Telos zu hinterfragen (als Ergebniskontrolle etwa im gedanklichen Schritt von Rn. 48). Stattdessen „genügt“⁴⁹ es der *Dritten Kammer* – sie *begnügt* sich also *verbatim* damit – letztlich der Deklaration halber auf den 13. [18.] Erwägungsgrund zu verweisen.

Der Prüfungsmaßstab ist denn ein Mosaik aus den definitiven Versatzstücken der zitierten Rechtsprechung. Neben die in den dargestellten gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen angewandten Bestandteile tritt aber noch das Merkmal des *in einer bestimmten Weise in den Betrieb des Unternehmens Eingegliedertseins*.⁵⁰ Dieses entnimmt der *Gerichtshof* seiner einschlägigen Rechtsprechung⁵¹ zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ, der entfernt Grundlage für Kapitel II Abschnitt 5 EuGVVO war.

⁴⁴ Es gehe, in den Worten des *Gerichtshofs*, schlicht um die Gewährleistung der „volle[n] Wirksamkeit der [EuGVVO] und insbesondere ihres Art. 18 [Art. 20 n. F.]“, vgl. C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 37 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllesheim*.

⁴⁵ Wie in *Danosa* unter entsprechender Heranziehung der Rs. *Küski* (C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 Rn. 26), vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 36 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllesheim*.

⁴⁶ Vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 42 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllesheim*.

⁴⁷ *Ebd.*, Rn. 43.

⁴⁸ *Knöfel*, ZfA, 2006, 397 (429).

⁴⁹ *Ebd.*

⁵⁰ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 39 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllesheim*.

⁵¹ *EuGH*, C-266/85, ECLI:EU:C:1987:11, Rn. 16 – *Shenavai ./ Kreischer*.

Konkret gibt der *EuGH* dem vorlegenden Gericht somit auf zu prüfen, ob Herr *Spies von Büllsheim*

„in seiner Eigenschaft als Direktor und Geschäftsführer von *Holterman Ferho Exploitatie* während einer bestimmten Zeit für diese Gesellschaft und nach deren Weisung Leistungen erbrachte, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhielt, und zu dieser Gesellschaft in einer dauerhaften Beziehung stand, durch die er in einer bestimmten Weise in ihren Betrieb eingegliedert wurde.“⁵²

Überdies sei das Vorliegen des Unterordnungsverhältnisses auf Grundlage einer individuellen Gesamtbetrachtung zu prüfen.⁵³

Dieses ohnehin eklektische Prüfungsprogramm präzisiert der *EuGH* für den neuralgischen Fall des Gesellschafter-Geschäftsführers dahingehend, dass zu prüfen sei, „inwieweit [dieser] in seiner Eigenschaft als Anteilseigner [...] in der Lage [ist], auf die Willensbildung des Verwaltungsorgans [...] Einfluss zu nehmen.“⁵⁴ Aufschlussreicher sind diesbezüglich die Schlussanträge; Generalanwalt *Cruz Villalón* unterscheidet sorgfältiger als die Richter zwischen Anhaltspunkten, die sich aus der Gesellschafterstellung des Geschäftsführers ergeben und solchen, die auf Grundlage der Satzung und des Anstellungsverhältnisses zu ermitteln sind.⁵⁵ Diesem Ansatz, den auch das Urteil komprimiert wiedergibt, ist logisch eine zweistufige Prüfung⁵⁶ inhärent: Auf einer ersten Stufe ist danach zu fragen, ob *qua* Gesellschaftsstatut⁵⁷ und/oder Anstellungsvertrag abstrakt-prinzipiell ein Unterordnungsverhältnis derart vorliegt, dass der Geschäftsführer bei der Erfüllung seiner Aufgaben der Aufsicht eines anderen, nicht seiner Kontrolle unterliegenden Gesellschaftsorgans untersteht.

Auf Stufe zwei ist zu prüfen, ob der Geschäftsführer vermöge seiner Gesellschafterstellung konkret entscheidenden Einfluss auf die Weisungserteilung auszuüben imstande ist. Plastisch gesprochen ist festzustellen, ob sich der

⁵² *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 45 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllsheim*.

⁵³ Unter Rückgriff auf seine *Balkaya*-Rechtsprechung, vgl. *ibd.*, Rn. 46.

⁵⁴ *Ebd.*, Rn. 47.

⁵⁵ Vgl. GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 32 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllsheim*.

⁵⁶ So auch die Besprechung von *Mankowski*, RIW 2015, 821 (821 f.). *Mankowski* stellt unter Rekurs auf *EuGH*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 36 – *FNV Kunsten Informatie en Media ./ Staat der Nederlanden*, als weiteres Abgrenzungskriterium auf, dass Arbeitnehmer kein unternehmerisches Risiko tragen und keine eigene unternehmerische Freiheit haben dürfen (822). Dieses ziehen weder der Generalanwalt noch die Richter heran – mit gutem Grund, denn ein Verlustrisiko kann unabhängig von der Beteiligungsquote bestehen, vgl. *Kindler*, IPRax 2016, 115 (117). Kritisch ebenfalls *Lüttringhaus*, EuZW 2015, 904 (906).

⁵⁷ Dieses umfasst neben Gesetz auch die Gesellschaftssatzung.

Geschäftsführer förmlich „seinen eigenen Anweisungen und seinem eigenen Handlungsermessen unterstellt“⁵⁸ – und sozusagen „Insichweisungen“ erteilt.

Weiter nehmen sich die Richter der übergeordneten Frage nach dem Verhältnis der besagten Gerichtsstände an. Falls der *Hoge Raad* feststellen sollte, dass *Spies von Bülllesheim* bei Erfüllung seiner Aufgaben für *Holterman Ferbo Exploitatie* keine Arbeitnehmereigenschaft zukam⁵⁹, könne die Klage wegen der ihm zur Last gelegten Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor dem Vertragsgerichtsstand gemäß Art. 7 Nr. 1 EuGVVO erhoben werden.⁶⁰ Zur Begründung heißt es, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers eine enge Verbindung schaffe, die ihrem Wesen nach gegenseitigen Verträgen vergleichbar in der Vertragsfreiheit, im Konsens⁶¹ der Parteien wurzele.⁶²

Soweit das dem Geschäftsführer vorgeworfene Verhalten nicht als Verletzung seiner vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden kann, sei allein der Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO eröffnet.⁶³ Demnach tritt der Deliktsgerichtsstand zurück, wenn sich zumindest *auch* ein Verstoß gegen vertragliche Pflichten konstruieren lässt.⁶⁴ Insgesamt besteht damit in einem Fall wie dem vorliegenden eine Stufenfolge zwischen den Gerichtsständen in Kapitel II Abschnitt 5, Art. 7 Nr. 1 und Art. 7 Nr. 2 EuGVVO.

IV. Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers nach deutschem Recht

Da Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit die Bedeutung des Urteils für deutsche Organhaftungsfälle mit Auslandsberührung ist, wird *erstens* ein genauer Blick auf die rechtskonstruktive Zwitterstellung erforderlich, die Geschäftsführer beschränkt haftender Kapitalgesellschaften im deutschen Recht einnehmen. *Zweitens* ist zu klären, ob und inwiefern sie im nationalen Kontext als Arbeitnehmer gelten können.

⁵⁸ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 31 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

⁵⁹ Vgl. *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 51 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*.

⁶⁰ *Ebd.*, Rn. 53.

⁶¹ Zum Konsens als Vertragsbegründungsvoraussetzung *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 67.

⁶² *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 53 f. – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*, unter entsprechender Heranziehung des Urteils in der Rs. C-34/82, ECLI:EU:C:1983:87, Rn. 13 – *Peters Bauunternehmung ./.* *Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*.

⁶³ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 70 f. – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Bülllesheim*. Damit wahrt der *EuGH* seinen Standpunkt in der Rs. C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, Rn. 24-27 – *Brogstetter ./.* *Fräßdorf et al.*

⁶⁴ Vgl. *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

1. Trennung zwischen Anstellung und Bestellung

Die bisherige Darstellung setzte bereits stillschweigend voraus, dass das deutsche Recht die Unterscheidung zwischen der schuldrechtlichen Anstellung des Geschäftsführers einerseits und dessen organschaftlicher Bestellung (zum Vertreter der Gesellschaft gemäß § 35 GmbHG) andererseits kennt.⁶⁵ Normativ folgt dies aus § 38 Abs. 1 GmbHG⁶⁶, wonach die Bestellung der Geschäftsführer unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen zu jeder Zeit widerruflich ist. Man kann mit der herrschenden Meinung von einem „Prinzip der Trennungstheorie“⁶⁷ sprechen, doch diese Etikettierung suggeriert eine deutsche Besonderheit, die komparativ⁶⁸ ausgelotet keine ist.

Wenngleich weder das anstellungsvertragliche Rechtsverhältnis *im Rechtsinne kausal* für den organschaftlichen Bestellungsakt noch das Umgekehrte der Fall ist, so kann sich die Verpflichtung doch nur auf die Wahrnehmung einer in Organstellung ausgeübten Tätigkeit beziehen.⁶⁹ Dem Trennungsgrundsatz widerspricht auch nicht, dass die in ihrem Schicksal selbstständigen Rechtsverhältnisse insbesondere bei Beginn und Ende der Tätigkeit Überschneidungen aufweisen.⁷⁰ Ebensovwenig folgt daraus, dass sie nicht sinnvoll aufeinander abzustimmen wären.⁷¹

2. Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses und Geltung von Arbeitnehmergrundsätzen

Die typologische Zuordnung des Anstellungsverhältnisses kann als gefestigt gelten, ist aber nicht unumstritten. Vereinzelt wurde es als Arbeitsvertrag

⁶⁵ Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 773.

⁶⁶ Vgl. *Jaeger*, in: MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, § 35 GmbHG Rn. 391.

⁶⁷ So *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 248; ähnlich *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, 8. Aufl. 2015, § 6 GmbHG Rn. 44; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, 18. Aufl. 2012, § 6 GmbHG, Anh. Rn. 2; st. Rspr., zuletzt *BGH*, NZG 2010, 827 (827 f.).

⁶⁸ Vgl. zur holländischen BV *Hinner*, Die Einführung der “Besloten vennootschap” in den Niederlanden, 1976, S. 153 ff.; zum *Gérant* der französischen SARL *Maul*, RIW 2000, 364 (364 f.) (gleichwohl ist die deutsche GmbH vielfach Vorbild für ausländische Gesellschaftsformen gewesen).

⁶⁹ U.a. deswegen wird das Rechtsverhältnis von manchen als Einheit begriffen, vgl. u.a. *Reuter*, Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, FS Zöllner I, 1998, S. 487 (496).

⁷⁰ *Altmeyen* (Fn. 67), § 6 GmbHG Rn. 44.

⁷¹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2012, § 14 III (S. 417). Exemplarisch seien Koppelungsklauseln im Anstellungsvertrag genannt, vgl. *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 249.

qualifiziert.⁷² Mit dieser Linie verschlungen, aber nichtsdestotrotz kategorial und „dogmengeschichtlich“ hiervon zu unterscheiden ist die (einst herrschende⁷³) Ansicht, die auf Grundlage der jegliche Trennungsnotwendigkeit negierenden „Einheitstheorie“ einen monistisch gedachten „Geschäftsführungsvertrag“⁷⁴ annimmt. Ihre Fürsprecher arbeiten sich weniger an der Frage ab, aus welchen Gründen das Anstellungsverhältnis als genuiner Arbeitsvertrag einzuordnen ist, sondern nehmen eine Art wertende materielle Gesamtbetrachtung vor.⁷⁵ Deren Ergebnis kann denn in der Annahme eines Arbeitsvertrages bestehen.

Indessen haben das *RG*⁷⁶ schon früh, der *BGH*⁷⁷ und – etwas restriktiver – das *BAG*⁷⁸ die Feststellung getroffen, dass die Anstellung des Geschäftsführers dienstvertraglicher Natur ist. Dies wird von der dominanten Auffassung im Schrifttum⁷⁹ geteilt. Eine Stütze findet diese Ansicht in § 37 Abs. 1 GmbHG,

⁷² Vgl. etwa *Wank/Maties*, NZA 2007, 353 (354); *Wank*, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587 ff.; *Annufß*, ZinsO 2001, 344 (345).

⁷³ Für einen historisch-chronologischen, gründlichen Abriss siehe *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987, S. 9 ff.

⁷⁴ Vgl. *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 82 bei Fn. 85.

⁷⁵ Sämtliche Begründungsversuche krankten – bei allem scholastischen Scharfsinn – daran, dass sie die Arbeitnehmereigenschaft von Organmitgliedern geradezu frei phänomenologisch ausmachen wollen. Die trennende Betrachtung ist indes *nicht* von der oft monierten Künstlichkeit; vielmehr muss man gerade beide Rechtsverhältnisse im Blick haben, um den vertragliche Komponente, also den Anstellungsvertrag, richtig zu qualifizieren. Denn selbst wenn der schuldrechtliche Vertrag alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist, wird der Anstellungsvertrag vom organschaftlichen Bestellungsverhältnis *überlagert*: Alle wesentlichen Aufgaben des Geschäftsführer sind originär gesellschaftsrechtlich vermittelt, und der Abschluss eines Anstellungsvertrages *setzt* die Organstellung *vorans*. Hingegen ein „Primat der Organstellung“ ablehnend *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, 1987, S. 103; der „Vorrangthese“ eine zu formalistische Denkweise vorwerfend *Henssler*, RdA 1992, 289 (292).

⁷⁶ *RG*, JW 01, 542.

⁷⁷ *BGHZ* 36, 142, 143; *BGH* NJW 1981, 1270; *BGH* NJW 2000, 1864 (1865). Vereinzelt wird noch auf den Geschäftsbesorgungscharakter der dienstvertraglichen Tätigkeit abgestellt, vgl. *BGH* NZG 2010, 827 (827 f.); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 20. Aufl. 2013, § 35 GmbHG, Rn. 172.

⁷⁸ *BAG*, NZA 2006, 366 (367). In Ausnahmefällen hält das *BAG* das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses für möglich, z.B. wenn dem Geschäftsführer in außergewöhnlicher, den Umfang der gesellschaftsrechtlichen Weisungen nach § 37 Abs. 1 GmbHG übersteigender Weise arbeitsbegleitende Weisungen erteilt und damit die genauen Modalitäten seiner Dienstleistung vorgegeben werden, vgl. *BAG*, NZA 1999, 987 (989).

⁷⁹ *Altmeppen* (Fn. 67), § 6 GmbHG Rn. 73; *Jaeger* (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 278; *Kleindiek* (Fn. 67), § 6 GmbHG Anh. Rn. 3; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 35 GmbHG Rn. 172; *Diller* (Fn. 74), S. 137 ff.

wonach die Bindung des Geschäftsführers an Weisungen der Gesellschaft nur die Pflichten aus dem organschaftlichen Bestellungsverhältnis betrifft. Außerdem nähmen Geschäftsführer gemäß dem Wesen ihrer Aufgaben ihrerseits funktional eine Arbeitgeberrolle ein (sie üben das Direktionsrecht des Arbeitgebers aus, nominell vermittelt über § 315 BGB).⁸⁰ Dem lässt sich zwar entgegensetzen, dass Geschäftsführern eben nur in Relation zu „einfachen“ Arbeitnehmern Arbeitgeberenschaft zukommt. Dies ist jedoch weniger ein Argument gegen den „nur“ dienstvertraglichen Charakter der *komplementär* zum Bestellungsverhältnis im Anstellungsvertrag geregelten Rahmenbedingungen, sondern geradezu eine Ebenenverwechslung, welche den Trennungsgrundsatz missachtet: Anstellungsbezogene Weisungen sind zwar denkbar, doch betreffen Weisungen in der Regel nur die Organeigenschaft und *konkretisieren* damit das Bestellungsverhältnis.

Weiter spricht gegen eine Einordnung als Arbeitnehmer, dass nur Organmitglieder nach § 35 Abs. 1 GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berufen sind und daher sie es sind, die gegenüber allen Arbeitnehmern die oberste Leitungsbefugnis ausüben. Schließlich wäre die Gesellschaft ohne diesen repräsentationsrechtlichen Umstand, wie eingangs dargestellt⁸¹, gar nicht handlungsfähig.

Auch korrespondiert diese Einordnung mit diversen gesetzlichen Bestimmungen. Zum einen stipuliert § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, dass Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen aus arbeitsprozessrechtlicher Sicht nicht als Arbeitnehmer gelten. Diese unwiderlegliche Fiktion⁸² wird zum anderen durch materiellrechtliche Wertungen flankiert. So sind Kapitalgesellschaftsgeschäftsführer als Mitglieder von Vertretungsorganen nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG vom allgemeinen Kündigungsschutz, nach § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG vom Massenentlassungsschutz ausgeklammert.⁸³

⁸⁰ G. Hueck, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 365 (375 f.); Martens, Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437 (441); Jaeger (Fn. 65), § 35 GmbHG Rn. 278.

⁸¹ *Supra* unter I.

⁸² Hohmann, ArbGG, 3. Aufl. 2014, § 5 ArbGG Rn. 4.

⁸³ Obschon diese normativen Festlegungen gern als Beleg für die fehlende Arbeitnehmereigenschaft angeführt werden (Brachert, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, 1991, S. 86; A. Hueck, DB 54, 274 (275); Molitor, AG 1957, 193 (194)), folgt der Negativstatus streng genommen nicht *aus ihnen*. Vielmehr *korrelieren* die Bestimmungen mit der unabhängig davon begründbaren (und soeben begründeten) These, dass das Proprium der spezifischen Geschäftsführertätigkeit aus dessen Bestellung als Gesellschaftsorgan fließt und dieses gesellschaftsrechtliche Verhältnis das schuldvertragliche

Freilich ist die hier stark gemachte Position eine sehr formalistische; sie zieht ihr argumentatives Kapital aus dem „rechtstechnischen Handlungssystem der juristischen Person.“⁸⁴ Entsprechend hat sich – auch auf dem Boden der Trennungstheorie – eine eher materiell inspirierte Sichtweise formiert. Zuzugeben ist dieser, dass rechtstatsächlich ein „gravierendes Niveaufälle innerhalb der Anstellungskonditionen“⁸⁵ zu beobachten ist. Leitende Angestellte auf unteren Führungsebenen eines Großunternehmens seien teils „beruflich besser abgesichert“ als Geschäftsführer mittelständischer Unternehmen ohne Beteiligungsbesitz.⁸⁶

Eine gewisse Ambivalenz in der Verkennung des Arbeitnehmerstatus solcher „subalternen“ Geschäftsführer ist einzuräumen. Nimmt man diese wirtschaftlichen und soziologischen Realitäten ernst, sollte indessen das Kind auch nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden: Mit einem Paradigmenwechsel gen Arbeitsvertragstypizität handelte man sich auch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ein, das mit einer Einschränkung der Vertragsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG einherginge. Wenn ein Geschäftsführer mit der ihn zu ihrem Organ bestellenden Gesellschaft explizit einen Arbeitsvertrag schließt, ist dies selbstverständlich möglich.

In der vorliegenden Untersuchung soll es aber nicht um kasuistische Atypik bzw. den Sollenszustand im deutschen Recht gehen, sondern es sollen die – als dogmatisch richtig und systemgerecht erachteten und/oder im Praktischen für wahrscheinlich gehaltenen – Auswirkungen des Urteils auf Grundlage der bisherigen nationalen Rechtsprechung erörtert werden. Daher wollen wir davon ausgehen, dass *erstens* die Zuordnung des Anstellungsverhältnisses zum Häufigkeitstyp⁸⁷ Dienstvertrag im Wege der Gesamtbetrachtung überwiegend

überlagert. Die Zweckrichtung etwa des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, im „Arbeitgeberlager“ (Reinecke, ZIP 1997, 1525 (1528)) angesiedelte „Hausstreitigkeiten“ (BAG, NJW 2003, 3290 (3291)) zu vermeiden, reicht für sich genommen nicht, um die Nichtarbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers zu begründen. Ein weiteres Beispiel: Im Falle des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die dort bezeichneten Personengruppen regelmäßig als Arbeitgeber in Erscheinung treten, vgl. Hergenröder, in: MüKo-BGB IV, 6. Aufl. 2012, § 14 KSchG Rn. 1. Mehr als ein typisierendes Pauschalverdict folgt aber aus dem Paragraphen nicht – hingegen ist die Arbeitgeberrolle im Rahmen der Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses nur ein Gesichtspunkt unter mehreren.

⁸⁴ Martens (Fn. 80), S. 441.

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Dieser erhellende Begriff entspringt der Jurisprudenz *Oechslers* (vgl. Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 140, 303 ff. *et passim*).

zutritt und *zweitens* Organmitgliedschaft und Arbeitnehmereigenschaft regelmäßig inkompatibel sind.

Trotzdem sei bemerkt, dass nach Ansicht des *Verfassers* nichts gegen eine konkrete gerichtliche Einzelfallbetrachtung⁸⁸ spricht; es ist schlicht nicht ersichtlich, warum ein deontologisches Einzelfall(gerechtigkeits)interesse in diesen Konstellationen mit teleologischer Folgenorientierung kollidieren müsste.

Es ist festzuhalten: Die Trennung zwischen *Anstellung* und *Bestellung* ist Signifikat der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers. Ein Widerruf der Bestellung schlägt nicht auf das schuldvertragliche Anstellungsverhältnis durch. Das Anstellungsverhältnis ist nach herrschender Meinung ein dienstvertragliches. In erster Linie aus dem (formalen) Primat des Bestellungsverhältnisses folgt, dass GmbH-Geschäftsführer im deutschen Recht – ungeachtet des Inhalts des (nicht als Arbeitsvertrag gewollten) Anstellungsvertrages – *keine* Arbeitnehmer sind. Im Falle von Regelungslücken können arbeitsrechtliche Bestimmungen analog konsultiert werden.⁸⁹

Diesem steht diametral gegenüber die *Gesamtbetrachtung* des *EuGH*, wonach das Trennungsdogma als interne Eigenheit für die nach autonom entwickelten Kriterien erfolgende Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft irrelevant ist. Konsequenz dieser neueren Rechtsprechung ist, dass auch die konkrete Ausgestaltung des Bestellungsverhältnisses für die Subsumtion unter den autonomen Arbeitnehmerbegriff maßgeblich sein kann.

V. Auswirkungen der Entscheidung

1. Prinzipielle Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts für die Erstfrage des Weisungsrechts

Ob zwischen einem Geschäftsführer und einer Gesellschaft ein Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 20 EuGVVO vorliegt, ist nach der Rechtsprechung in *Danosa* und *Spies von Büllersheim* nur mittels Analyse der Weisungsgebundenheit und der Abberufungsmöglichkeiten im jeweiligen Einzelfall festzustellen. Die Frage nach dem Vorliegen eines solchen präjudiziellen Rechtsverhältnisses, die sich

⁸⁸ Eine solche Lösung wäre für den Umstand empfänglich, dass pauschale Schlüsse vom Faktischen auf die Rechtslage auf diesem Gebiet sehr problematisch sind, wie die Auswertung von *Diller* (Fn. 74; S. 131 f.) ergibt. Denn zahlreiche Schilderungen der wirtschaftlichen und autoritativen Stellung von Geschäftsführern sind nur darin signifikant, dass sie sich aufgrund der großen Bandbreite unterschiedlich großer Gesellschaften (v.a. in der Form der GmbH) eklatant widersprechen, vgl. ebd.

⁸⁹ Siehe z.B. BGHZ 91, 217. Wann eine Regelungslücke vorliegt, ist im Einzelnen hoch umstritten, vgl. *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 16 f.

gemeinhin im Tatbestand einer Kollisionsnorm stellt, ist nach geläufiger Terminologie eine *Erstfrage* (auch *kollisionsrechtliche Vorfrage* oder *Vorfrage i.w.S.*).⁹⁰ Ihr Auftreten im Rahmen einer Norm des Europäischen Zivilprozessrechts ist zwar selten⁹¹, doch stellt sie sich faktisch und ist dies rechtslogisch ohne Weiteres möglich⁹².

Den sachrechtlichen Schlüssel für die Bildung des Untersatzes⁹³ liefert, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, tendenziell allein das Bestellungsverhältnis. Basal gesprochen erfolgt also kein Rückgriff auf das *prima vista* relevant erscheinende Arbeitsvertragsstatut, sondern auf das Gesellschaftsstatut. Dies ist methodisch kontraintuitiv, folgt aber – ausnahmsweise – aus der Natur der Sache: „Transmissionsriemen“ für diese Ausstrahlung des gesellschaftsrechtlich konstituierten Bestellungsverhältnisses auf das Vertragsrecht ist die Tatsache, dass die Suche nach einer prospektiven, Weisungen erteilenden Arbeitgeberentität notwendig in die Sphäre der Gesellschafterversammlung führt.⁹⁴ Umgekehrt wird, wenn ein Organ *qua* Gesellschaftsstatut keinen Weisungen unterliegt, kein anderes Organ existieren, das Weisungen erteilen könnte.⁹⁵

Es könnte freilich in Ermangelung eines europäisch einheitlichen Internationalen Gesellschaftsrechts vor den Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten unterschiedliches Recht als Gesellschaftsstatut herangezogen werden. Für eine selbständige Erstfragenanknüpfung, d. h. *lege fori*, spricht in Bereichen des (noch) nicht harmonisierten Rechts wie dem Internationalen Gesellschaftsrecht,

⁹⁰ Der Begriff ist eine Prägung von *Jochem*, FamRZ 1964, 392 (392 ff.); vgl. ferner *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, § 32 (S. 221 ff.); *v. Bar/Mankowski*, IPR I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 186; *v. Hein*, in: MüKo-BGB X, 6. Aufl. 2015, Einleitung IPR Rn. 161. Sehr kritisch *Kegel/Schurig*, 9. Aufl. 2004, IPR, § 9 II 1 (S. 381); *Sturm/Sturm*, in: Staudinger BGB, 2012, Einleitung IPR Rn. 290.

⁹¹ Schlicht deshalb, weil andere europäisch-autonom geprägte Systembegriffe für den Rechtsanwender vergleichsweise einfach zu handhaben sind („Vertrag“, „unerlaubte Handlung“, „Eigentum“ etc.).

⁹² *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, Ed. 37, Stand: 01.11.2015, EGBGB Rn. 64; *Mankowski*, RIW 2015, 821 (822).

⁹³ IPR-methodisch zulässig wäre die Aussage, dass hier im Rahmen der Untersatzbildung eine Qualifikationsverweisung erfolgt, vgl. *Mankowski*, in: Rauscher I, 4. Aufl. 2015, Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29. Dieser auf *Jayme* (ZfRV 1976, 93 ff.) zurückgehende Begriff sollte hier aber – so zutreffend die Beobachtung ist – sorgsam benutzt werden, bezieht er sich doch gewöhnlich auf eine im Tatbestand einer Kollisionsnorm positiv niedergelegte Bestimmung, dass ein Begriff nach einer anderen Rechtsordnung zu qualifizieren ist (wie etwa in Art. 4 Abs. 2 RL 96/71/EG). Damit meint dieses Instrument eine Ausnahme von der funktional-teleologischen Qualifikation, wie sie auch (in problematischen Fällen) bei Vorfragen erfolgen kann.

⁹⁴ Vgl. *Mankowski*, RIW 2004, 167 (169 f.).

⁹⁵ *Mankowski* (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29.

dass der Unionsgesetzgeber eine Nähebeziehung zur *lex fori* gerade durch die Zuständigkeit hervorgehoben hat.⁹⁶ Zudem sind die Zuständigkeitsregelungen eines älteren Datums als das Europäische Kollisionsrecht.⁹⁷ Andererseits lässt sich eben eine solche Nähe – und dies wiederum unter Verweis auf den Gesetzgeber, nun in seiner Fakultät als gemeinsames Kollisionsrecht erlassender – zur *lex causae* postulieren.⁹⁸ Die Frage der Form der Anknüpfung dürfte aber müßig sein, wenn die *lex fori* ein (funktionelles) Äquivalent zur Trennungstheorie kennt.⁹⁹

Und nochmals: Das Gesellschaftsrecht *überlagert* hier, bildhaft gesprochen, das Arbeitsrecht.¹⁰⁰ Wären die Merkmale der Weisungsmodalitäten und Abberufbarkeit nicht prägende Bestandteile der europäisch-autonomen Arbeitnehmerdefinition, stellte sich im Rahmen von Art. 20 EuGVVO keine Erstfrage. Dass an dieser Stelle ein Ausgriff auf nur entfernt „benachbartes“ gesellschaftsrechtliches Terrain vonnöten ist, ist dem seltenen Umstand einer solch hybriden Definition geschuldet. Denkt man daher das Gesellschaftsstatut an die Stelle des Arbeitsvertragsstatuts, wird die Nähe der Erstfrage zum auf die Hauptfrage anzuwendenden Recht deutlich.

Die besseren Gründe sprechen somit auch für eine Vorfragenanknüpfung *lege causae*. In den denkbar häufigsten Fällen von Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer wird die Auslandsberührung in dem Umstand eines externen Wohnsitzes des Leitungsorgans liegen, sodass bei Tätigkeit in Deutschland deutsches Gesellschaftsrecht zu befragen wäre. In Konstellationen, in denen eine als Holding operierende GmbH ihren Geschäftsführer vor einem ausländischen Gericht verklagt bzw. verklagen müsste, erscheint es ohnehin sachnäher, die Weisungsbindung „nach oben“ an den Unternehmensträger heranzuziehen. Darüber, wie die Gerichte tatsächlich vorgehen würden, lässt sich aber letztlich nur spekulieren.

⁹⁶ Gössl, ZfRV 2011, 65 (69).

⁹⁷ Das EVÜ wurde am 19.06.1980 erlassen, das EuGVÜ am 27.09.1968.

⁹⁸ Gössl (Fn. 96), 69; ablehnend Schurig, Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems, in: FS Kegel, 1987, S. 549 (576 f.).

⁹⁹ In den Niederlanden und Frankreich, den beiden wichtigsten europäischen Handelspartnern Deutschlands, ist dies beispielsweise der Fall.

¹⁰⁰ Vgl. Mankowski (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 29.

2. Wenn Geschäftsführer Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO

a) Internationale Zuständigkeit bei Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen ihren Geschäftsführer

Bei Haftungsklagen ist gemäß dem Trennungsdanken zu unterscheiden zwischen der Haftung aus dem Anstellungsvertrag und der Organhaftung. Bei letzterer ist entlang den einzelnen Haftungstatbeständen zu differenzieren.

(aa) Organhaftung

(1) Schmälerung der Insolvenzmasse, § 64 Satz 1 GmbHG

Sieht man den Hauptzweck der insolvenzrechtlichen Masseschmälerung nach § 64 Satz 1 GmbHG mit der wohl herrschenden Meinung in der Wahrung des europaweit anerkannten *par conditio creditorum*-Grundsatzes (Gläubigergleichbehandlung), ist die Vorschrift insolvenzrechtlich zu qualifizieren.¹⁰¹ Wegen des prozessualen Interesses der Gläubiger und des Insolvenzverwalters unterliegen die diesbezüglichen Verfahren der *vis attractiva concursus* analog Art. 3 Abs. 1 EuInsVO.¹⁰² Entstand allerdings vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein als gesellschaftsrechtlich qualifizierter Haftungsanspruch unabhängig von der Insolvenz, bleibt das Gesellschaftsstatut maßgeblich.¹⁰³ Mit dieser Konstellation dürfte vor allem die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG angesprochen sein.

(2) Allgemeine Geschäftsführerhaftung, § 43 Abs. 2 GmbHG

Möchte eine deutsche GmbH ihren Geschäftsführer aus dem Generaltatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG in Haftung nehmen, war nach bisheriger praktischer Übung eine internationale Zuständigkeit gemäß Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO am Sitz der Gesellschaft gegeben.¹⁰⁴ Nach *Spies von Büllersheim* wird dieser Gerichtsstand zugunsten der Zuständigkeitskonzentration in den Artt. 20-23 EuGVVO weichen, wenn und soweit der Geschäftsführer Arbeitnehmer im unionalen Sinne ist. Dies ist bei Geschäftsführern einer deutschen GmbH der Fall, wenn den Gesellschaftern oder anderen Unternehmensorganen gegenüber dem Geschäftsführer Weisungsrechte zustehen. Das Merkmal der jederzeitigen Abberufbarkeit ist beim GmbH-Geschäftsleiter, wie das Urteil in *Balkaya* gezeigt hat, kraft §§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG stets erfüllt. Fremd-

¹⁰¹ Vgl. *Hübner*, IPRax 2015, 297 ff.; *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336 (338, 340); zuletzt *Weller/Harms*, IPRax 2016, 119 (121).

¹⁰² Wohl h.M., vgl. *Kindler*, in: MüKo-BGB XI, 6. Aufl. 2015, Art. 4 EuInsVO Rn. 87.

¹⁰³ *Weller*, MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, Einleitung IntGesR, Rn. 403.

¹⁰⁴ Vgl. *LG Bonn*, BeckRS 2011, 21269.

geschäftsführer (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GmbHG) sind damit auf Begriffsebene der EuGVVO Arbeitnehmer.

Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GmbHG) mit Minderheitsbeteiligung gelten für die Zwecke der internationalen Zuständigkeitsbegründung als Arbeitnehmer, wenn sie keinen maßgeblichen Einfluss auf die Weisungserteilung nehmen können.¹⁰⁵ Prüfungslogisch erfolgt diese Untersuchung nach Feststellung des abstrakten Unterordnungsverhältnisses auf der zweiten Stufe des obig beschriebenen Schemas¹⁰⁶. Neben Umständen satzungrechtlichen und rein tatsächlichen Ursprungs bietet es sich im Sinne einer rechtsakts- und rechtsgebietsübergreifenden Systemkohärenz an, die in Umsetzung der Bilanzrichtlinie¹⁰⁷ kodifizierten Beherrschungsindizien in § 290 Abs. 2 HGB entsprechend heranzuziehen.¹⁰⁸ Nach dem Gedanken des § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB hätte demnach ein Gesellschafter beherrschenden Einfluss aufgrund seiner Stimmrechtsmehrheit in der Gesellschaft. Dies gilt *a maiore ad minus* genauso bei Gesellschaftern-Geschäftsführern, die über eine für die – auch nur potentielle – Ausübung einer satzungsmäßig zugelassenen Sperrminorität ausreichende Beteiligung verfügen. Ebenso könnte das Recht eines Gesellschafter-Geschäftsführers, „die Mehrheit der Mitglieder des die Finanz- und Geschäftspolitik bestimmenden Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen“ (§ 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB) zum Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft führen.

(bb) Haftung aus dem Anstellungsvertrag

Wenn der Anstellungsvertrag die kraft Bestellung zustande kommende Organfunktion *präzisiert*, so leuchtet ein, dass organschaftliche Pflichten zu vertraglichen werden. Sofern die Pflichtenprogramme aus der Organstellung und dem Vertrag kongruent sind, verpflichtet sich der Geschäftsführer auch schuldrechtlich zur Wahrnehmung seiner Organpflichten.¹⁰⁹ In diesem Fall der kontraktualen Spiegelung von Organpflichten nimmt die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG jene aus dem Anstellungsvertrag als speziellere in sich auf.¹¹⁰

¹⁰⁵ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge C-47/14, ECLI:EU:C:2015:309, Rn. 31 – *Holterman Ferbo et al. / Spies von Büllsheim*.

¹⁰⁶ Siehe *supra* unter **III. 3**.

¹⁰⁷ RL 2013/34/EU.

¹⁰⁸ So auch *Kindler* (Fn. 56), 117.

¹⁰⁹ Vgl. *Haas/Ziemons*, in: Michalski II, 2. Aufl. 2010, § 43 GmbHG Rn. 5.

¹¹⁰ St. Rspr., vgl. *BGH*, NJW-RR 1989, 1255 (1256); zuletzt *BGH*, NJW-RR 2008, 484; *Altmeyden* (Fn. 67), § 43 GmbHG Rn. 2; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG II, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 8; *Kleindiek* (Fn. 67), § 43 GmbHG Rn. 6; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, 2. Aufl. 2014, § 43 GmbHG Rn. 3; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 4; *Baums* (Fn. 73), S. 212; Vertreter einer Mindermeinung streiten für eine Idealkonkurrenz beider An-

Damit scheidet eine originäre Haftung aus dem Anstellungsvertrag aus, sei es auch, dass der Anstellungsvertrag in Erweiterung von § 43 Abs. 1 GmbHG einen Verschuldensmaßstab positiviert.

Der Geschäftsführer kann folglich daneben über § 280 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig nur sein, wenn die Vertragspflichten keine sachliche Nähe zur Organstellung aufweisen.¹¹¹ Dies wird angenommen, wenn der Anstellungsvertrag Schutzwirkung für Dritte entfaltet oder gegenüber einem Dritten besteht.¹¹² Weiter kann den Gesellschafter-Geschäftsführer eine von § 43 Abs. 2 GmbHG unabhängige Haftung wegen Verletzung seiner mitgliederschaflichen Treuepflicht treffen.¹¹³ Auch deliktischen Ansprüchen aus §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz (z.B. § 15a InsO) können sich Geschäftsführer ausgesetzt sehen.¹¹⁴

Diese Fälle der Haftung *aus dem Anstellungsvertrag* nehmen dem Beklagten aber nichts von seiner prospektiven Arbeitnehmereigenschaft im europäisch-autonomen Sinne. Nach gesetzlichen wie nach anstellungsvertraglichen Haftungsgrundlagen kann er in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer betroffen sein. Diese Verwerfung der rechtlich binären Organkonstituiertheit ist gerade die Aussage der Gesamtbetrachtung des *EuGH*. Damit wirkt sich der Haftungsgrund nicht auf die internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO aus.

b) Auswirkungen auf Art. 8 Rom I-VO und die arbeitsrechtliche Stellung von Organmitgliedern

Die Übertragung der eigentümlichen Konturen des unionsrechtlich-autonomen Arbeitnehmerbegriffs auf die EuGVVO legt nahe, dass der *EuGH* im Rahmen des Art. 8 Rom I-VO einen – in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Spezifika – identischen Begriff zugrunde legen könnte.¹¹⁵ Leitmotivisch folgt dies aus Erwägungsgrund 7 Rom I-VO, wonach der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen der Verordnung mit der EuGVVO und der Rom II-VO im Einklang stehen sollten.

sprüche (z.B. *Fleck*, ZIP 1991, 1269 (1270); *U. Hübner*, Managerhaftung, 1992, S. 37 f.), erstrecken jedoch die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG auf die Vertragshaftung, sodass die Unterscheidung rechtspraktisch ins Leere läuft, vgl. *Fleischer*, in *MüKo-GmbHG II*, 2. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 8.

¹¹¹ *Fleischer*, ebd.

¹¹² *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 4.

¹¹³ *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe II*, 2. Aufl. 2014, § 43 GmbHG Rn. 5; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 62.

¹¹⁴ *Paefgen*, ebd.; *Zöllner/Noack* (Fn. 77), § 43 GmbHG Rn. 62a.

¹¹⁵ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 906; *ders.*, *RabelsZ* (77) 2013, 31 (50).

Daraus, dass der Rechtsanwender für vordergründig semantische, eine innere Systematik suggerierende Überschneidungen in den Sekundärrechtsakten des europäischen Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts empfänglich sein soll¹¹⁶, folgt jedoch nicht automatisch, dass den Rechtsbegriffen rechtsaktübergreifend um jeden Preis gleichlaufende Konturen zu verleihen sind. Im Folgenden ist umfassend zu diskutieren, ob und inwieweit genuin arbeitsrechtliche Streitgegenstände durch die Entscheidung eine andere Handhabung verdienen. Angesprochen ist hiermit die umgekehrte Konstellation zu *Spies von Büllersheim*, in der ein Geschäftsführer „seiner“ GmbH verklagt.

aa) Verdrängung des Gesellschaftsstatuts durch das Arbeitsvertragsstatut

Soweit eine subjektive Anknüpfung mangels Rechtswahl (nach Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Rom I-VO) ausscheidet, „unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“, Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO. Verfährt man nun bei konsequenter Übertragung der Erkenntnisse des *EuGH* zu Art. 20 EuGVVO, stellt sich zunächst die Erstfrage nach dem Vorliegen eines solchen Vertrages. Sie führt im Rahmen der materiellen Kollisionsnorm des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO, in ihrem „natürlichen Umfeld“, zu demselben Anknüpfungspunkt: Die für die relevanten Kriterien der Weisungsgebundenheit und der jederzeitigen Abberufbarkeit aufschlussreichen Umstände wären in Gemäßheit der Gesamtbetrachtung zu erforschen, also nicht nur anhand des Anstellungsvertrages, sondern maßgeblich nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Organe samt der satzungsrechtlichen Ausdifferenzierung des Bestellungsverhältnisses. Kurzum, es wäre das Gesellschaftsstatut zu konsultieren.

Bei positivem Befund läge ein Arbeitsvertrag – auch – i.S.d. Art. 8 Rom I-VO vor. Versteht man diesen holistisch so, dass für die Zwecke einer einheitlichen europäisch-autonomen Arbeitnehmerdefinition die Rechtsstellung des Geschäftsführers gleichsam in diesem unionsrechtlich überformten Arbeitsvertragsbegriff aufgeht (Gesamtbetrachtung), könnte das Bestellungsverhältnis dem *qua* Art. 8 Rom I-VO berufenen Arbeitsvertragsstatut und *nur diesem* zuzuschlagen sein. Art. 8 Rom I-VO könnte, mit anderen Worten, auch im Bestellungsverhältnis Geltung beanspruchen.

¹¹⁶ *Mankowski* (Fn. 93), Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 9: „Hilfe kann ein Blick auf Art. 8 Rom I-VO versprechen“.

bb) Mehrfachqualifikation als gesellschafts- und arbeitsrechtlich

Die vorgenannte Handhabung stellte allerdings eine „scharfe“ Lösung dar, denn das Bestellungsverhältnis unterfiele nicht mehr dem Gesellschaftsstatut, eventuell gar ausländischem Arbeitsrecht.¹¹⁷ Es erscheint nicht sachgerecht, dem Bestellungsverhältnis seine internrechtlich eindeutig gesellschaftsrechtliche Natur abzuspochen, nachdem man es im Rahmen der Erstfrage als korporationsrechtliches untersucht hat.

Das bei der kollisionsrechtlichen Qualifikation zu beachtende Gebot der Teleologie (Grundsatz der *funktionellen Qualifikation*¹¹⁸) kann auch eine heteronome Zweckrichtung des zu qualifizierenden Instituts bzw. Rechtssatzes erkennen lassen. Um diesem Umstand, dass einem Rechtsinstitut je nach situativem Kontext mehr als nur eine Funktion zukommen kann, Rechnung zu tragen, wird gelegentlich der Kunstgriff der *Mehrfachqualifikation*¹¹⁹ bemüht.¹²⁰ Methodisch ist eine solche jedoch nur in äußersten Ausnahmen ein probates Mittel, denn der „gordische Knoten“¹²¹ eines jeden Qualifikationskonfliktes will grundsätzlich durchbrochen werden.¹²² Insofern sollte ein Ausweichen vor der Qualifikationsentscheidung argumentativ belastbar abgesichert sein.¹²³

Eine Qualifikation des Bestellungsverhältnisses als gesellschafts- und arbeitsrechtlich wäre eventuell mit der damit einhergehenden konsequenten Verfolgung des Gesamtbetrachtungsansatzes des *EuGH* zu rechtfertigen. Als Arbeitnehmer gölten so auch Geschäftsführer einer deutschen GmbH, ohne dass Art. 8 Rom I-VO das Bestellungsverhältnis aus dem Anwendungsbereich des deutschen Gesellschaftsstatuts verdrängte. Dies würde die Anwendung von arbeitnehmerschützenden nationalen Vorschriften, die in Umsetzung von

¹¹⁷ Die Frage nach den sachrechtlichen Konsequenzen in solchen Konstellationen, v.a. ob ein über Richtlinienmaß hinausgehender Schutz greifen würde und ob sonstiges Arbeitsrecht des Forumstaates anwendbar wäre, ist der Rechtsvergleichung zu überlassen.

¹¹⁸ Vgl. etwa *Kropboller* (Fn. 90), § 17 I (S. 126 ff.); *Weller* (Fn. 103), Rn. 395; *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 1080.

¹¹⁹ Der Terminus stammt aus der Feder von *Wengler*, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in: FS Wolff, 1952, S. 337 (362).

¹²⁰ Vgl. *Kindler*, Die „Aschenputtel“-Limited und andere Fälle der Mehrfachqualifikation im Schnittfeld des internationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrechts, in: FS Jayme I, 2004, S. 209 ff.; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 247 ff., 274 f.

¹²¹ *Sturm/Sturm* (Fn. 90), Rn. 248.

¹²² v. *Bar/Mankowski* (Fn. 90), § 7 Rn. 178, die eine solche Lösung nur als „ultima ratio“ in Betracht ziehen.

¹²³ In diesem Sinne *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 288b.

Richtlinien geschaffen wurden¹²⁴, im ansonsten „unangestasteten“ Organverhältnis ermöglichen.

Als Prüfstein für die Vorzüge einer solchen Lösung kann der Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens in der Rechtsache *Danosa*, auf der Mutterschutzrichtlinie¹²⁵ basierendes Recht, dienen. Z.B. kennt das deutsche Recht *de lege lata* „weder Rechtsvorschriften noch Gepflogenheiten [...], die die Abberufung schwangerer Geschäftsführerinnen regeln.“¹²⁶ Geht man trotz der gravierenden Inkonsistenzen¹²⁷ in der Urteilsbegründung mit der Tenorierung in *Danosa* davon aus, dass die *Abberufung* einer i.S.d. Richtlinie schwangeren Arbeitnehmerin mit Art. 10 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 unvereinbar ist, stünde eine Qualifikation des Bestellungsverhältnisses als *auch arbeitsrechtlich* der Abberufung (nicht: der Kündigung!) der GmbH-Geschäftsführerin entgegen.

Klagt etwa ein in Frankreich ansässiger Geschäftsführer einer deutschen GmbH gegen seine Kündigung und Abberufung, würde das Bestellungsverhältnis um den arbeitsrechtlichen Schutz ergänzt, unterläge aber sonst deutschem Gesellschaftsrecht. Bei einer Rechtswahl bezüglich des Anstellungsvertrages käme das Arbeitsrecht der gewählten Rechtsordnung zum Zuge und „färbte“ auf das Bestellungsverhältnis ab. Sofern man die so geartete „Interferenz“ des Arbeitsrechtsstatuts auf richtlinienbasiertes Recht begrenzt, zeitigte die Anwendung ausländischen Rechts jedenfalls im harmonisierten Mindestumfang identische Rechtsfolgen.

cc) Bedenken

Diese beiden Skizzierungen möglicher Praxisfolgen, die die monistische Vorstellung des *EuGH* vom (Gesellschafts-)Geschäftsführer als potentiellm Arbeitnehmer respektieren und akzentuieren, sind vor allem im Hinblick auf die Bereichsausnahme der „inneren Verfassung“ in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO zu überdenken.

Nach dieser sind „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Darunter fällt, wie die Ausschlussnorm ausdrücklich präzisiert, u. a. die „innere Verfassung“ von Gesellschaften. Eindeutig betroffen sind davon „Vorschriften über die Bestellung, Abberufung und Rechtsstellung der Gesellschaftsorgane“¹²⁸. In

¹²⁴ *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rz. 112.

¹²⁵ RL 92/85/EWG.

¹²⁶ *Preis/Sagan* (Fn. 32), 38.

¹²⁷ *Ut supra*, unter III. 2. a.

¹²⁸ *Martiny*, in: MüKo-BGB X, 6. Aufl. 2015, Art. 1 Rom I-VO Rn. 67.

Konsequenz dessen unterfällt das Bestellungsverhältnis eigentlich nicht Art. 8 Rom I-VO.

Neben Aspekten, die aus teleologischen Gründen möglicherweise für eine Übertragung der Gesamtbetrachtung auf Art. 8 Rom I-VO streiten, ist man angesichts des klaren und unproblematischen Wortlauts in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO auf das Spannungsverhältnis verwiesen, in welchem die Ausschlussbestimmung im vorliegenden Kontext zu Erwägungsgrund 7 steht. Anders als die Gesetzgebungsmaterialien, die dem deutschen Juristen (meist in der Form von BT-Drucksachen) geläufig sind, sind die nach Art. 296 Abs. 2 AEUV verpflichtenden Begründungserwägungen mit dem Unionsrechtsakt in einer Urkunde vereint¹²⁹ und wesentlicher Bestandteil eines Rechtsaktes¹³⁰. Sie haben „Teil an der Autorität und Dignität des publizierten Normtextes“¹³¹ und nehmen eine prominente Stellung innerhalb der Auslegungs*canones* ein. Trotz des geradezu selbstverständlichen Rekurrerens des *Gerichtshofes* auf Begründungserwägungen kommt ihnen aber allenfalls eine Art mittelbar rechtssetzende Wirkung zu.

Die begründungserwägungskonforme Auslegung ist jedoch zugleich Schlüssel zum Telos des Rechtsaktes und – im Vergleich zum deutschen Recht in einer zugänglicheren Weise – *subjektiv-teleologisch*¹³² abgesichert. Eine derartige, normativ von den Erwägungsgründen zehrende Auslegungskultur macht eine Überwindung ihres jeweiligen Wortlauts folglich besonders rechtfertigungsbedürftig.

Gegen eine einheitliche Auslegung jedenfalls im Sinne des unter aa) Diskutierten spricht, dass Erwägungsgrund 7 Rom I-VO „nur“ eine Sollens-„vorschrift“ formuliert („sollten [...] im Einklang stehen“). Wiewohl der Gedanke des Verordnungsgebers, die im Europäischen Kollisionsrecht verwandten Systembegriffe kohärent zu verwenden, deutlich aus der 7. Begründungserwägung hervorgeht, spricht die eher milde Wortwahl¹³³

¹²⁹ *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim I, 57. EL, Stand: August 2015, Art. 296 AEUV Rn. 35.

¹³⁰ Vgl. *EuGH*, C-131/86, ECLI:EU:C:1988:86, Rn. 37 – *Vereinigtes Königreich ./.* *Kommission*.

¹³¹ *Königgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 50.

¹³² Teilweise auch *historisch-teleologisch* genannt; für die wohl prägnanteste Darstellung in der Methodenlehre siehe *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 124 f.

¹³³ Es hätte in der deutschen Fassung auch heißen können, dass der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen mit den genannten Verordnungen in Einklang zu bringen *seien*; auch in den englischen (*should be* statt *shall be/are to be*) und französischen Fassungen (*devraient être cohérents*) ist ein entsprechendes semantisches Gefälle auszumachen.

a fortiori gegen eine Überwindung der Bereichsausnahme. Überdies hat sich ein konkreter Wille des Ordnungsgebers nur in Bezug auf die nicht nach Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO ausgenommenen Gegenstände überhaupt materialisieren können; insoweit obwaltet kein luzider Gesetzgeberwille. Eine programmatisch unzweifelhaft bestehende Regelungsabsicht, zu der sich im verfügbaren Teil kein Korrelat findet, kann in der – wie auch immer geordneten – Rangfolge der *canones* nicht an erster Stelle stehen.¹³⁴

In der Summe spricht dies für eine Trennung zwischen Anstellungs- und Bestellungsverhältnis auch auf kollisionsrechtlicher Ebene. Einer Mehrfachqualifikation des Bestellungsverhältnisses steht der Umstand der Ausschlussnorm des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO nicht explizit entgegen. Eine heteronome Qualifikation¹³⁵ stellt sich vielmehr als Mittel dar, die sonst gebotene Trennung der Rechtsverhältnisse und damit die Ausnahme des Gesellschaftsstatuts aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO auf Rechtsfolgenebene zu modifizieren.

3. Wenn Geschäftsführer kein Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO

Die Aussagen des *EuGH* zur Zuständigkeit nach Art. 7 Nrn. 1 und 2 EuGVVO sind für Haftungsklagen einer deutschen GmbH relevant, wenn deren (ehemaliger) Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer i.S.v. Art. 20 EuGVVO einzustufen ist.

Die charakteristische Verpflichtung eines Geschäftsführers ordnet der *EuGH* als „Erbringung von Dienstleistungen“ ein, sodass der Erfüllungsort nach Art. 7 Nr. 1 lit. b zweiter Gedankenstrich EuGVVO zu lokalisieren sei.¹³⁶ Hierbei sei auf Bestimmungen des Anstellungsvertrags abzustellen¹³⁷, sowie hilfsweise auf die Satzung oder „alle anderen Dokumente“, aus denen hervorgeht, an welchem Ort der Geschäftsführer seine Dienstleistungen hauptsächlich erbracht hat¹³⁸.

¹³⁴ Vgl. *Riesenbuber*, Die Auslegung, in: ders., Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 38; nach ihm soll man eine solche Regelungsabsicht ohne parallele statutarische Entsprechung nicht berücksichtigen können.

¹³⁵ Nicht im Sinne des Duktus von *v. Bar/Mankowski* (Fn. 90), § 7 Rn. 142 f., sondern im Sinne einer zur Mehrfachqualifikation berechtigenden heteronomen Zweckrichtung.

¹³⁶ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 58 – *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllsheim*.

¹³⁷ *Ebd.*, Rn. 60.

¹³⁸ *Ebd.*, Rn. 62.

Überdies bestätigt der *Gerichtshof* für die Geschäftsführerhaftung seine im *Brogstetter*-Urteil etablierte Linie einer regelrechten „*vis attractiva contractus*“¹³⁹. Konkurrieren vertragliche mit deliktischen Ansprüchen, ist eine auf außervertragliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klage im Gerichtsstand des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO nur zulässig, „wenn sie nicht an das vertragliche Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer anknüpft.“¹⁴⁰

Infolge dieses Exklusivitätsverhältnisses zwischen Vertrag und Delikt ist es denkbar, dass im Deliktgerichtsstand in Anspruch genommene Beklagte unter Verweis auf die vertragliche Natur der Streitigkeit die Zuständigkeit des Gerichts rügen werden.¹⁴¹ Sollte der *EuGH* die einen Deliktgerichtsstand begründenden Pflichten im Rahmen der EuGVVO weiter derart restriktiv demarkieren, kann dies eminente Rechtsschutzinteressen des Klägers beeinträchtigen: In Übergang des Zwecks streitgegenstandsbezogener Gerichtsstände wird dem Kläger der sach- und beweisnähere Tatortsgerichtsstand abgeschnitten.¹⁴² Steht etwa eine deliktische Handlung in Rede, die im Ausland belegenes Gesellschaftsvermögen betrifft, scheint es kaum begründbar, auf den Gerichtsstand des inländischen Erfüllungsortes zu insistieren.¹⁴³ Eine sinnvolle Differenzierungslinie zwischen vertraglichen und nur deliktischen Pflichten i.S.d. EuGVVO könnte anzulehnen sein an eine Eigenständigkeit der außervertraglichen Haftungsgrundlage, die sich nicht mit den Pflichten des Anstellungsvertrages decken dürfte.¹⁴⁴ Es bleibt abzuwarten, ob und wie der *EuGH* seinem sehr weiten, sich im Substrat des Konsensprinzips erschöpfenden Vertragsbegriff im Hinblick auf Anspruchskonkurrenzen schärfere Konturen verleihen wird.

In Innenhaftungsfällen einer deutschen GmbH in der Konstellation, dass der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, wird der Erfüllungsort meist in der Bundesrepublik liegen. Knüpft der geltend gemachte Anspruch im Sinne der *Brogstetter*-Formel nicht an das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft an, profitiert die klagende Gesellschaft nach

¹³⁹ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

¹⁴⁰ *EuGH*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 70 – *Holterman Ferbo et al. ./ Spies von Büllesheim.*; vgl. *EuGH*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, Rn. 20 – *Brogstetter ./ Fräufdorf et al.*

¹⁴¹ *Lüttringhaus* (Fn. 56), 907.

¹⁴² Kritisch *Pfeiffer*, IPRax 2016, 111 (114).

¹⁴³ Dies umschreibt den Fall, dass der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in wiederum einem anderen Mitgliedstaat hat, denn sonst stünde dem Kläger der allgemeine Beklagtengerichtsstand gemäß Art. 4 Abs. 1 EuGVVO offen.

¹⁴⁴ In diesem Sinne *M. Weller*, LMK 2014, 359127 (unter 3.).

dem Ubiquitätsprinzip von einer wahlweisen Deliktzuständigkeit¹⁴⁵ am Handlungs- oder Erfolgsort. Diese *loca* werden regelmäßig am Sitz der Gesellschaft liegen. Im Interesse der Vermeidung separater Verfahren sollten mangels einer Annexkompetenz im Zuständigkeitsrecht der EuGVVO¹⁴⁶ konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche gemeinsam am Wohnsitz des Beklagten anhängig gemacht werden.¹⁴⁷

VI. Zusammenfassung zentraler Thesen

1. Mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Holterman Ferbo et al. ./.* *Spies von Büllersheim* verleiht der *EuGH* zunehmend einem unionsrechtlich-autonomen Arbeitnehmerbegriff Kontur. In Fortführung der in *Dita Danosa ./.* *LKB Līzings SLA* für Fremdgeschäftsführer präzisierten Arbeitnehmerdefinition erscheinen nun auch Gesellschafter-Geschäftsführer im Gesichtskreis der sekundärrechtlich mitunter als Arbeitnehmer geltenden Personen.
2. GmbH-Geschäftsführer sind bei Erbringung einer vergüteten Leistung Arbeitnehmer im Sinne der Artt. 20 ff. EuGVVO n.F., wenn sie den Weisungen der Gesellschafter unterliegen. Ausdruck des erforderlichen Unterordnungsverhältnisses ist ihre jederzeitige Abberufbarkeit (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG). Bei Gesellschafter-Geschäftsführern kommt es darauf an, ob sie in der Lage sind, maßgeblichen Einfluss auf die Weisungserteilung zu nehmen. Verfügen sie über eine Stimmrechtsmehrheit oder Sperrminorität, ist qualitativ eine die Arbeitnehmereigenschaft ausschließende „Insichweisung“ anzunehmen. Auch Bestellungs- und Abberufungsbefugnisse i.S.d. § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB können der Abgrenzung dienlich sein.
3. Die Stellung des Geschäftsführers innerhalb der GmbH ist nach dem Judikat explizit (auch) auf Grundlage des Bestellungsverhältnisses zu ermitteln. Die in diesem Zusammenhang angestellte monistische Gesamtbetrachtung des *Gerichtshofs* steht im Widerspruch zur etablierten Trennung zwischen *Anstellungs-* und *Bestellungsverhältnis* im deutschen Recht. In ihrer Eigenschaft als Einzelfallbetrachtung ist die Linie des *EuGH* zu begrüßen, stellt nämlich diese Herangehensweise aufgrund der zahlreichen

¹⁴⁵ Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 335.

¹⁴⁶ Grundlegend hierzu *EuGH*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Rn. 19 – *Kalfelis ./.* *Schröder et al.*

¹⁴⁷ Vgl. *Jungemeyer*, jurisPR-IWR 4/2015 Anm. 1.

Nuancen der Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsleiters nach hier vertretener Ansicht ein Desiderat auch für die deutsche interne Praxis dar.

4. Haftungsklagen einer deutschen GmbH gegen einen im Ausland ansässigen Geschäftsführer, der im Sinne der Verordnung als Arbeitnehmer einzustufen ist, sind in dessen Wohnsitzmitgliedstaat anhängig zu machen. Hiervon abweichende Zuständigkeitsvereinbarungen sind nach Art. 23 Nr. 1 EuGVVO unwirksam. Wollen Gesellschaften Auslandsprozesse nicht führen, bleibt – außer bei insolvenzrechtlichen Streitigkeiten – nur der Weg über die Geltendmachung konnexer Gegenansprüche, Art. 22 Abs. 2 EuGVVO. Verlegt der Geschäftsführer sein Domizil in einen Staat außerhalb der Union, ist eine Klageerhebung am Gesellschaftssitz (vorbehaltlich völkerrechtlicher Vereinbarungen mit dem Drittstaat) gemäß § 29 ZPO möglich.
5. Der Arbeitnehmerbegriff beansprucht auch im Arbeitskollisionsrecht (Art. 8 Rom I-VO) Geltung. Dies hat Folgen für die umgekehrte Konstellation von Klagen des Geschäftsführers gegen dessen Abberufung. Um richtlinienbasierten Arbeitnehmerschutz im Organverhältnis sicherzustellen, kommt angesichts der Bereichsausnahme des Gesellschaftsrechts in Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO als kollisionsrechtliches Mittel eine Mehrfachqualifikation des Bestellungsverhältnisses in Betracht. Dies ist rechtskonstruktiv probat und teleologisch naheliegend, allerdings lässt sich eine entsprechende Handhabung in der Praxis nicht prognostizieren. Vergleichbare Auswirkungen auf das in Haftungsfällen anzuwendende Recht hat das Urteil nicht.
6. Wenn die Artt. 20-23 EuGVVO n.F. nicht vorgreiflich sind, kann eine deutsche GmbH ihren Geschäftsführer am Deliktsgerichtsstand nur verklagen, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht an ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis anknüpft. Es besteht eine Attraktivzuständigkeit des Art. 7 Nr. 1 EuGVVO im Sinne des in *Brogstetter ./.* *Fräßdorf et al.* Entschieden. Dies zeitigt Rechtsschutzbeeinträchtigungen insofern, als dem Kläger der sach- und beweisnähere Tatortsgerichtsstand abgeschnitten werden kann. Denkbar ist ferner, dass Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts am Erfüllungsort (Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO) zu rügen geneigt sein werden. Mangels Annexkompetenz empfiehlt es sich, konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche gemeinsam am Wohnsitz des Beklagten anhängig zu machen.