

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 4/2017

---

#### **Auswirkungen des europäischen Arbeitnehmerbegriffs auf das deutsche Arbeitsrecht**

*Rainer Hofmann, Linda Karl, Christiane Wandscher\**

Zitiervorschlag: Hofmann/Karl/Wandscher, Auswirkungen des europäischen Arbeitnehmerbegriffs auf das deutsche Arbeitsrecht, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 4/2017, Rn.

**Zusammenfassung:** Der europäische Arbeitnehmerbegriff ist aus der arbeitsrechtlichen Praxis inzwischen nicht mehr wegzudenken. Das Ausmaß des Einflusses des Europarechts auf das nationale Arbeitsrecht ist insbesondere seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Danosa (EuGH, 11.11.2010 - C-232/09) und Balkaya (EuGH, 9.7.2015 - C-229/14) zum Arbeitnehmerstatus des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft erheblich. Dieser Beitrag beleuchtet die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff.

---

\* Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; Linda Karl ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin; Dr. Christiane Wandscher ist Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht und Partnerin der Kanzlei Wandscher & Kollegen in Oldenburg. Dieser Aufsatz stellt eine komprimierte Fassung der Einführung zum 1. Oldenburger Arbeitsrechtstag vom 03. März 2017 dar.

## 1. Historische Entwicklung

- 1 In seiner Ursprungsfassung enthielt der EWG-Vertrag im Grunde nur eine einzige arbeitsrechtlich relevante Vorschrift, den Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 119 EWGV, Art. 141 EG; jetzt Art. 157 AEUV), aus der durch die Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit seinem Urteil im Verfahren *Defrenne II*,<sup>1</sup> ein weitreichender Anspruch auf Entgeltgleichheit geworden ist.<sup>2</sup> 1986 entschied der EuGH in der Rechtssache *Lawrie-Blum*<sup>3</sup> dann erstmals für das Primärrecht, dass das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin bestehe, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringe, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalte. Als britische Staatsangehörige in Portugal geboren, hatte *Deborah Lawrie-Blum* nach dem Schulbesuch in Österreich und England die Hochschulreife in England erworben, an der Universität Freiburg im Breisgau studiert und dort die Prüfung für das Lehramt in den Fächern Russisch und Englisch bestanden. 1979 beantragte sie eine Zulassung zum Vorbereitungsdienst für das Lehramt an Gymnasien, die das Oberschulamt Stuttgart wegen ihrer ausländischen Staatsangehörigkeit ablehnte. Der EuGH entschied schließlich, dass eine Studienreferendarin, die nach Weisung unter der Aufsicht der Schulbehörde einen Vorbereitungsdienst für das Lehramt ableiste, bei dem sie Unterrichtsleistungen erbringe und eine Vergütung erhalte, unabhängig von der Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses eine Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 EWGV (heute Art. 45 AEUV) sei.<sup>4</sup> Den Kern dieser Ausführungen, „dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“, hat der EuGH

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 = Slg. 1976, 455 – *Defrenne II*; vgl. hierzu ausführlich *Seifert*, Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht. Ein Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 39, Rn. 73.

<sup>2</sup> *Sagan*, Grundfragen des Arbeitsrechts in Europa, NZA 2016, 1252.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 03.07.1986, Rs. C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 = Slg. 1986, 02121, Rn. 24 ff. - *Lawrie-Blum*.

<sup>4</sup> Erinnert sei in diesem Zusammenhang, dass *Lawrie Blum* am Anfang der Rechtsprechung steht, in welcher der EuGH begann, den Begriff der Bereichsausnahme ‚öffentliche Verwaltung‘ im (heutigen) Art. 45 Abs. 4 AEUV ‚autonom‘ auszulegen und auf solche Tätigkeiten zu begrenzen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Ausübung hoheitlicher Staatsgewalt verbunden sind und ein besonderes Bindungsverhältnis zwischen Stelleninhaber und Staat erfordern; diese Voraussetzungen sah der EuGH bekanntlich bei der Studienreferendarin *Lawrie Blum* nicht gegeben; vgl. *Seifert*, Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht. Ein Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 39, Rn. 28.

so häufig wiederholt, dass inzwischen von der „*Lawrie-Blum-Formel*“ die Rede ist.<sup>5</sup> Der EuGH hat diese Formel seither in allen Bereichen des europäischen Rechts zitiert, in denen es auf den (autonomen) Arbeitnehmerbegriff ankommt.

## **2. Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers**

- 2 Im europäischen Arbeitsrecht verbietet die Autonomie des Unionsrechts die Übertragung des nationalen Begriffsverständnisses und bewirkt, dass sich der Arbeitnehmerbegriff nur aus der Perspektive des Unionsrechts erschließen kann.<sup>6</sup> Begriffsidentität kann nur bestehen, soweit das Unionsrecht selbst auf den Begriff im Recht des Mitgliedstaates verweist.<sup>7</sup> Die nur teilweise unionsrechtliche Erfassung von arbeitsrechtlichen Regelungsbereichen mit jeweils unterschiedlichen Zielsetzungen hat die Zersplitterung in mehrere Arbeitnehmerbegriffe zur Folge. Hinsichtlich des Begriffs aus Art. 45 AEUV verfolgt der EuGH indes eine Vereinheitlichungstendenz. Der Begriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit soll immer dann zum Zuge kommen, wenn der Unionsrechtsakt selbst keinen Verweis auf nationales Recht oder keine eigenständige Begriffsbestimmung aufweist.<sup>8</sup> Faktisch ist der Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV daher der Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts.<sup>9</sup>

### **a) Kein einheitlicher europäischer Arbeitnehmerbegriff**

- 3 Der fragmentarische Charakter des europäischen Arbeitsrechts führt dazu, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nationales Recht nur dort beeinflusst, wo unionsrechtliche Vorgaben für die Regelungsmaterie existieren.<sup>10</sup> Ein einheitlicher europäischer Arbeitnehmerbegriff existiert, im Unterschied zum nationalen deutschen Arbeitsrecht, nicht. Die europäischen Arbeitnehmerbegriffe sind vielmehr kontextbezogen den jeweiligen Regelungszusammenhängen zu entnehmen. Selbst innerhalb ein und desselben Rechtsakts kann es je nach dem Zusammenhang

---

<sup>5</sup> *Junker*, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, 184, 189.

<sup>6</sup> *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 611 Rn. 103a.

<sup>7</sup> Ebenda.

<sup>8</sup> EuGH, Beschluss vom 07.04.2011, Rs. C-519/09, ECLI:EU:C:2011:221 = Slg. 2011, I-02761, Rn. 22 – *May*, *Preis*, a.a.O., § 611 Rn. 103a.

<sup>9</sup> *Preis/Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26, 47.

<sup>10</sup> *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 611 Rn. 103a.

mehrere Arbeitnehmerbegriffe geben.<sup>11</sup> Nur soweit das Recht der Europäischen Union nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, ist der Arbeitnehmerbegriff unionsrechtlich autonom zu verstehen, das heißt im Wege einheitlicher europäischer Auslegung zu gewinnen.<sup>12</sup> Ausgangspunkt ist die *Lawrie-Blum-Formel*, wonach das wesentliche Merkmal darin besteht, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dabei bleiben Tätigkeiten außer Betracht, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.<sup>13</sup>

## **b) EuGH zum Arbeitnehmerstatus von GmbH-Geschäftsführern**

- 4 Insbesondere zur Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers einer GmbH hat sich der EuGH jüngst mehrfach geäußert. Dabei sind vor allem zwei Entscheidungen für die Praxis sehr relevant und daher im Folgenden näher zu betrachten.

### **aa) *Danosa***

- 5 In der Rechtssache *Danosa*<sup>14</sup> hatte der EuGH den Geschäftsführer als Arbeitnehmer qualifiziert, sofern dieser gegen Entgelt tätig wird, in die Gesellschaft eingegliedert ist und seine Tätigkeit weisungsabhängig oder zumindest unter Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft erbringt. Die alleinige Geschäftsführerin einer lettischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Frau *Dita Danosa*, wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung als Geschäftsführerin abberufen. Frau *Danosa* hielt den Abberufungsbeschluss für rechtswidrig, da sie zum Zeitpunkt der Abberufung schwanger gewesen war. Sie berief sich insbesondere auf die Richtlinie 92/85/EWG vom 19. 10. 1992.<sup>15</sup> Diese Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 10, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um die Kündigung von Arbeitnehmerinnen in der

---

<sup>11</sup> *Junker*, EuZA 2016, 184, 204 (Fn. 5); *Maul-Sartori*, in: Boecken/Düwell/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, 1. Aufl. 2016, Art. 153 AEUV Rn. 10.

<sup>12</sup> Zur differenzierten Betrachtung der einheitlichen europäischen Auslegung im Verordnungsrecht und im Richtlinienrecht siehe *Junker*, EuZA 2016, 184, 186ff. (Fn. 5).

<sup>13</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 17.07.2008, Rs. C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425 = Slg. 2008, I-05939 – *Raccanelli*. Hier ging es bekanntlich um die Rechtsfrage, ob eine Person, die von der Max-Planck-Gesellschaft ein Doktorandenstipendium erhielt, als Arbeitnehmer im Sinne des europäischen Arbeitnehmerbegriffs anzusehen war; letztlich überließ es der EUGH dem zuständigen nationalen Gericht, diese Frage unter Anwendung der allgemeinen Kriterien zu entscheiden.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 11.11.2010, Rs. C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11405 – *Danosa*.

<sup>15</sup> Richtlinie 92/85/EWG v. 19. 10. 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie zu verbieten. Nach ihrem persönlichen Anwendungsbereich erfasst die Richtlinie jede „schwängere Arbeitnehmerin“, die den Arbeitgeber nach einzelstaatlichem Recht von der Schwangerschaft unterrichtet.

- 6 Mit seiner ersten Frage wollte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt, als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG anzusehen ist. Der EuGH führte hierzu aus, dass – vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls – ein Gesellschaftsorgan dann als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie anzusehen ist, wenn es in die Gesellschaft eingegliedert ist, seine Tätigkeit unter der Aufsicht eines anderen Gesellschaftsorgans ausübt und jederzeit von seinem Amt abberufen werden kann. Daher kann bereits eine rein gesellschaftsrechtlich begründete Weisungsunterworfenheit den Arbeitnehmerstatus begründen, wenn die Position des Gesellschaftsorgans von dem Wohlwollen übergeordneter Organe abhängig ist.<sup>16</sup> Danach können somit auch Mitglieder der Unternehmensleitung Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein.

#### **bb) *Balkaya***

- 7 Diese Sichtweise hat der EuGH in seiner *Balkaya*-Entscheidung<sup>17</sup> bestätigt. In der Rechtssache *Balkaya* hatte sich der EuGH mit der Frage befasst, ob Fremdgeschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie sind.
- 8 Für den zu entscheidenden Sachverhalt war diese Frage relevant, da der Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, der eine Pflicht zur Konsultation und Anzeige bei Massenentlassungen auslöst, nur dann überschritten sein konnte, wenn man diese Vorlagefrage bejahte.
- 9 In dem der *Balkaya*-Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren nämlich in einem Betrieb einer GmbH insgesamt 19 reguläre Arbeitnehmer tätig, unter ihnen der Kläger des Ausgangsverfahrens, *Ender Balkaya*, sowie ein Geschäftsführer der GmbH, der jedoch keine eigenen Anteile an der Gesellschaft besaß und daher ein sogenannter

---

<sup>16</sup> *Oberthür*, Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, 253, 254.

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 09.07.2015, Rs. C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 – *Balkaya*.

Fremdgeschäftsführer war.<sup>18</sup> Nachdem die GmbH insolvent geworden war, kündigte sie allen Arbeitnehmern und dem Fremdgeschäftsführer und stellte den Betrieb ein. Herr *Balkaya* - und nicht etwa der Geschäftsführer - erhob daraufhin Kündigungsschutzklage, da die GmbH die erforderliche Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG nicht durchgeführt habe.

- 10 Gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben - mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern - mehr als 5 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Spricht der Arbeitgeber, ohne zuvor eine Massenentlassungsanzeige durchgeführt zu haben, Kündigungen aus, so sind diese nach der Rechtsprechung unwirksam. Anders als in § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ausdrücklich geregelt, fallen laut dieser Entscheidung Fremdgeschäftsführer einer deutschen GmbH unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der europäischen Massenentlassungsrichtlinie.<sup>19</sup>
- 11 Nach dem EuGH spielt es nämlich keine Rolle, ob der zu Grunde liegende Geschäftsführeranstellungsvertrag nach nationalem Recht kein Arbeitsvertrag ist. Entscheidend sei allein die Arbeitnehmereigenschaft anhand objektiver Kriterien. Für Organmitglieder ist daher im Einzelnen zu prüfen, ob die Leistungserbringung nach Weisung erfolgt, welche Art von Aufgaben ihm übertragen worden sind, welchen Umfang die Befugnisse des Mitglieds haben und inwieweit der Geschäftsführer einer Kontrolle innerhalb der Gesellschaft unterliegt. Überdies sind die Umstände, unter denen der Betreffende abberufen werden kann, in die Prüfung der Arbeitnehmerstellung einzubeziehen. Im Ergebnis ist daher nach der Rechtsprechung des EuGH der Fremdgeschäftsführer grundsätzlich Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, da er jederzeit abberufen werden kann (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG), seine Tätigkeiten an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG) und er unter der Aufsicht eines anderen Organs

---

<sup>18</sup> *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, §6 Rn. 83.

<sup>19</sup> Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

steht.<sup>20</sup> Diese Rechtsprechung hat der EuGH in der Rechtssache *Holterman*<sup>21</sup> bestätigt und ausgeführt, dass es im Fall einer erheblichen Einflussmöglichkeit des Geschäftsführers auf das Verwaltungsorgan an einem für den Arbeitnehmerbegriff notwendigen Unterordnungsverhältnis fehle.<sup>22</sup>

### 3. Auswirkungen der EuGH-Entscheidungen auf das nationale Arbeitsrecht

#### a) Das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht

- 12 Das vorliegende nationale Gericht ist bei seiner abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits verpflichtet, die Vorabentscheidung des EuGH zu beachten. Dies gilt aber auch für alle anderen Gerichte in allen Mitgliedstaaten. Sie sind an das Unionsrecht in der Auslegung gebunden, die es in der Rechtsprechung des EuGH erfahren hat.<sup>23</sup> So haben die Mitgliedstaaten europäische Richtlinien so umzusetzen, wie es der Rechtsprechung des EuGH entspricht.<sup>24</sup> Im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV konkretisiert der EuGH den Inhalt der europäischen Vorgaben, welche die Organe der Mitgliedstaaten materiell-rechtlich binden.<sup>25</sup> Das BAG kann nur für denjenigen Teil des Arbeitsrechts den nationalen Arbeitnehmerbegriff heranziehen, für den keine europäischen Vorgaben existieren.<sup>26</sup> Vom Vorabentscheidungsverfahren geht darüber hinaus eine prozessrechtliche Bindung der Höchstgerichte der Mitgliedstaaten aus. Gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist das BAG verpflichtet, im Grundsatz jeden Rechtsstreit dem EuGH vorzulegen, dessen Entscheidung von einer Auslegung des europäischen Rechts abhängt. Einen Ermessensspielraum hat das BAG dabei im Wesentlichen nur im Hinblick auf die Entscheidungserheblichkeit des Unionsrechts.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> *Hohenstatt/Naber*, Organmitglieder und Massenentlassungen – Die Balkaya-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, EuZA 2016, 22, 24; *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664, 665.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 10.09.2015, Rs. C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574 - *Holterman*

<sup>22</sup> *Sittard/Köllmann*, Wenn sich der Geschäftsführer selbst entlassen muss - Auswirkungen des europäischen Arbeitnehmerbegriffs auf das deutsche Massenentlassungsrecht, jM 2016, 458, 459.

<sup>23</sup> *Sagan*, NZA 2016, 1252, 1256 (Fn. 2).

<sup>24</sup> Vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 60. Ergänzungslieferung 2016, Art. 267 Rn. 104.

<sup>25</sup> *Sagan*, NZA 2016, 1252, 1256 (Fn. 2).

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> *Sagan*, NZA 2016, 1252, 1257 (Fn. 2).

## **b) Der nationale Arbeitnehmerbegriff**

- 13 Die nationalen Regelungen setzen den Begriff des Arbeitnehmers voraus, ohne ihn genau zu definieren. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.<sup>28</sup> Organmitglieder juristischer Personen zählen im deutschen Arbeitsrecht nicht zu den Arbeitnehmern. Bei ihnen fehlt es nicht nur an der persönlichen Abhängigkeit, sie repräsentieren vielmehr die juristische Person unmittelbar als Arbeitgeber. Dies gilt für den Vorstand einer Aktiengesellschaft sowie für den GmbH-Geschäftsführer als auch für den Fremdgeschäftsführer oder für den Minderheitengesellschafter-Geschäftsführer. In der Regel verneint das BAG die Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern.<sup>29</sup> Allenfalls in „extremen Ausnahmefällen“<sup>30</sup> vertritt das BAG in ständiger Rechtsprechung, dass der Geschäftsführer einer GmbH Arbeitnehmer sein könne. Ein Arbeitsverhältnis liege vor, wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteile und auf diese Weise – wie im Fall des § 106 GewO – die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimme.<sup>31</sup>

## **c) Der GmbH-Geschäftsführer als abhängig Beschäftigter nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts**

- 14 Im Sozialrecht besteht eine eigene Definition eines Beschäftigten im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist die Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts<sup>32</sup> setzt eine solche versicherungspflichtige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Diese Weisungsgebundenheit kann vor allem bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> vgl. u.a. BAG, Urteil vom 31.07.2014 - Az.: 2 AZR 422/13 sowie BAG, Urteil vom 17.04.2013 - Az.: 10 AZR 272/12.

<sup>29</sup> *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 82 ff.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 24. 11. 2005 - Az.: 2 AZR 614/04, zitiert nach juris, Rn. 18.

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 26. 5. 1999 - Az.: 5 AZR 664/98 = NZA 1999, 987, 989; BAG, Beschluss vom 20. 8. 2003 - Az.: 5 AZB 79/02 = NZA 2003, 1108, 1109.

<sup>32</sup> Vgl. etwa BSG, Urteil vom 20.03.2013 - Az.: B 12 R 13/10 R = NJOZ 2014, 352, 353; *Rolfs* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 7 SGB IV Rn. 7.

<sup>33</sup> BSG, Urteil vom 14.12.1999 - Az.: B 2 U 38/98 R = NZA-RR 2000, 434, 435.

Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.<sup>34</sup> Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und ist davon abhängig, welche Merkmale überwiegen.<sup>35</sup>

- 15 Ausgehend von diesen Grundsätzen hat sich das BSG in insgesamt drei Entscheidungen aus November 2015 von seiner bisherigen Kopf und Seele-Rechtsprechung abgewandt und ist in die Nähe der EuGH-Rechtsprechung gerückt. Das BSG hat nämlich festgestellt, dass der Beurteilung der Tätigkeit als abhängige Beschäftigung nicht entgegensteht, dass ein Geschäftsführer als Firmengründer „Kopf und Seele“ einer Familien-GmbH ist. Es kommt insofern bei den Gesellschaften entscheidend darauf an, ob der betroffene Geschäftsführer die im Gesellschaftsrecht verwurzelte Rechtsmacht besitzt, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Eine bloße „Schönwetter-Selbstständigkeit“<sup>36</sup> und eine faktische Einflussnahme reichen für eine selbstständige Beschäftigung nicht aus. Ohne entsprechende Verankerung im Gesellschaftervertrag besitzt der Geschäftsführer nicht die Möglichkeit, ihm unliebsame Weisungen abzuwenden. Das BSG hat insoweit im Falle eines Minderheitengesellschafters, der in der Gesellschaft angestellt und nicht zugleich Geschäftsführer ist, entschieden, dass dieser keine Rechtsmacht besitzt, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Geschäftsführer aufzuheben oder abzuspochen. Das Weisungsrecht gegenüber Angestellten der GmbH ist Sache der laufenden Geschäftsführung, insbesondere ein lediglich schriftliches, schuldrechtlich vereinbartes Vetorecht zu Gunsten eines Geschäftsführers reicht nicht aus.<sup>37</sup> Entscheidend für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung ist nach der Rechtsprechung des BSG, ob die rechtliche Möglichkeit besteht, als beherrschender oder zumindest mit einer Sperrminorität ausgestatteter Gesellschaftergeschäftsführer nicht genehme

---

<sup>34</sup> *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 7 SGB IV Rn. 8.

<sup>35</sup> vgl. u.a. BSG, Urteil vom 29.08.2012 - Az.: B 12 KR 25/10 R, Rn. 15 ff.

<sup>36</sup> BSG, Urteil vom 29.8.2012 – Az.: B 12 KR 25/10 R = DStR 2013, 770, 775 Rn. 32.

<sup>37</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 11.11.2015 - Az.: B 12 KR 2/14 R sowie BSG, Urteil vom 11.11.2015 - Az.: B 12 KR 13/14 R.

Weisungen jederzeit abzuwenden.<sup>38</sup> Das BSG hat zwar in keiner der drei genannten Entscheidungen vom 11. November 2015 Bezug auf europäische Rechtsprechung genommen, seine Entscheidungen legen indes nahe, dass auch die Tendenz des BSG dahin geht, den Fremdgeschäftsführer grundsätzlich als abhängig Beschäftigten zu qualifizieren, vergleichbar mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Balkaya*.

#### **d) Konkrete Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf das nationale Arbeitsrecht**

- 16 Die Auslegungshoheit des EuGH beschränkt sich allein auf das Unionsrecht selbst, so dass auch nur in dessen Anwendungsbereich der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist - und auch nur dann, wenn das Unionsrecht nicht auf den innerstaatlichen Arbeitnehmerbegriff verweist.<sup>39</sup> In den Rechtssachen *Danosa* und *Balkaya* hat der EuGH den Arbeitnehmerbegriff spezifisch für die Anwendung der Mutterschutzrichtlinie<sup>40</sup> und die Anwendung der Massenentlassungsrichtlinie<sup>41</sup> definiert. Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, der Begriff des Arbeitnehmers könne je nach Regelungsgehalt und Schutzzweck einer Richtlinie inhaltlich variieren.<sup>42</sup> Für das deutsche Mutterschutzrecht oder das Massenentlassungsrecht bedeuten die oben angeführten Entscheidungen des EuGH das Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung. Für letzteres werden die wichtigsten Folgen nachstehend dargelegt. Anschließend wird noch kurz auf weitere, möglicherweise betroffene Rechtsgebiete eingegangen.

---

<sup>38</sup> BSG, Urteil vom 11.11.2015 - Az.: B 12 KR 10/14 R, Rn. 24.

<sup>39</sup> *Lunk/Hildebrand*, GmbH-Geschäftsführer und Massenentlassungen Konsequenzen der *Balkaya*-Entscheidung des EuGH für Geschäftsführer, Arbeitnehmer und Gesellschafter, NZA 2016, 129, 130; *Oberthür*, NZA 2011, 253, 257 (Fn. 16).

<sup>40</sup> Richtlinie 92/85/EWG.

<sup>41</sup> Richtlinie 98/59/EG.

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 07.06.2005, Rs. C-543/03, ECLI:EU:C:2005:364 = Slg. 2005, I-05049, Rn. 27 – *Dodl und Oberhollenzer*; EuGH, Urteil vom 16.07.2009, Rs. C-208/07, ECLI:EU:C:2009:455 = Slg. 2009, I-06095, Rn. 68 - *Chamier-Glisczinski*; *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 130 (Fn.39).

## aa) Massenentlassungsrecht

- 17 Die *Balkaya*-Entscheidung legt nahe, dass jedenfalls Fremdgeschäftsführer sowie Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer bei der Anwendung der für Massenentlassungen relevanten Schwellenwerte zu berücksichtigen sein werden.<sup>43</sup>

### (1) Schwellenwerte, § 17 Abs. 1 KSchG

- 18 Die *Balkaya*-Entscheidung des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie bedeutet zukünftig bei Massenentlassungen, dass die Fremdgeschäftsführer in der Regel als Arbeitnehmer auch im Rahmen des § 17 KSchG zu qualifizieren und mit anzugeben sind.<sup>44</sup>
- 19 Gleiches dürfte jedenfalls auch für minderheitsbeteiligte Gesellschafter ohne Sperrminorität gelten. Denn solange es an einem beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft aufgrund einer mehrheitlichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung fehlt, ist der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden (vgl. § 37 GmbHG) und kann – vorbehaltlich besonderer Vorschriften in der Satzung – zu jeder Zeit von seinem Amt abberufen werden.<sup>45</sup> Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer hingegen dürften von der Entscheidung nicht betroffen sein: Aufgrund der mehrheitlichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sind sie faktisch weder einer anderen Person oder einem anderen Organ gegenüber weisungsgebunden, noch können sie gegen ihren Willen abberufen werden.<sup>46</sup>
- 20 Auch bei Vorständen wird jedenfalls zu überlegen sein, ob diese nicht vorsorglich im Rahmen von § 17 KSchG Berücksichtigung finden sollten.<sup>47</sup> Die überwiegende Auffassung in der Literatur<sup>48</sup> sieht dies indes anders. Danach hat die *Balkaya*-Entscheidung auf Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft keine Auswirkung. Vorstandsmitglieder dürften selbst nach dem weiten unionsrechtlichen Verständnis

---

<sup>43</sup> *Hohenstatt/Naber*, Organmitglieder und Massenentlassungen – Die *Balkaya*-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, EuZA 2016, 22, 29f.

<sup>44</sup> *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 26f. (Fn. 43).

<sup>45</sup> *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 27 (Fn. 43).

<sup>46</sup> Ebenda.

<sup>47</sup> *Fischer*, Die Fremdgeschäftsführerin und andere Organvertreter auf dem Weg zur Arbeitnehmereigenschaft, NJW 2011, 2329, 2331.

<sup>48</sup> Etwa *Forst*, EuZW 2015, 664, 667 (Fn. 20); *Lunk*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917; *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 27 (Fn. 43).

des Begriffs nicht als Arbeitnehmer anzusehen sein. Sie werden nämlich lediglich vom Aufsichtsrat überwacht und unterliegen nicht dessen Weisungen (vgl. §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 1 AktG). Auch spreche gegen eine Arbeitnehmerstellung von Vorstandsmitgliedern, dass eine Abberufung von Vorständen nur aus wichtigem Grund möglich (§ 84 Abs. 3 AktG) sei. Dies scheint überzeugend.

- 21 Weiterhin ist ungeklärt, ob unionsrechtlich auch solche Geschäftsführer unter den Arbeitnehmerbegriff fallen, die aufgrund einer Satzungsregelung gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG nur aus wichtigem Grund abberufen werden können. Nach dem Maßstab der *Balkaya*-Entscheidung dürften Einschränkungen des jederzeitigen Rechts zur Abberufung allein noch nicht dazu führen, dass Fremdgeschäftsführer nicht als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne zu qualifizieren sind.<sup>49</sup> Dies dürfte aber jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn sowohl das Weisungs- als auch das Recht zur Abberufung beschränkt werden.<sup>50</sup> Entscheidend ist nämlich das Maß an Weisungsgebundenheit, das in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Zwar sind Geschäftsführer, die gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG nur aus wichtigem Grund abberufen werden können, hinsichtlich ihrer rechtlichen Stellung mit Vorständen und anderen Organmitgliedern, die in paritätisch mitbestimmten Gesellschaften tätig sind (vgl. § 31 MitbestG i.V.m. § 84 Abs. 3 AktG), vergleichbar.<sup>51</sup> Ihren Arbeitnehmerstatus im unionsrechtlichen Sinne wird man aber nur infrage stellen können, wenn zusätzlich das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung eingeschränkt ist, zum Beispiel indem dem Geschäftsführer eine „vorstandsähnliche“ Unabhängigkeit eingeräumt wird und die Fälle, in denen eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats/Beirats erforderlich ist, in einem abschließenden Katalog geregelt werden.<sup>52</sup> In Anbetracht der erheblichen Gestaltungsfreiheit in diesem Bereich wird es vermutlich künftig Zweifelsfälle geben, in denen eine klare Abgrenzung nicht möglich ist. Aus Gründen der Risikominimierung wird man den Geschäftsführer bei Massentlassungen im Zweifel als Arbeitnehmer betrachten müssen.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Lunk, NZA 2015, 917, 918 (Fn.48); a.A.: Preis/Sagan, ZGR 2013, 26, 44 (Fn. 9).

<sup>50</sup> Lunk, NZA 2015, 917, 918 (Fn. 48).

<sup>51</sup> Hohenstatt/Naber, EuZA 2016, 22, 28 (Fn. 43).

<sup>52</sup> Lunk, NZA 2015, 917, 918 (Fn. 48); Hohenstatt/Naber, EuZA 2016, 22, 28 (Fn. 43).

<sup>53</sup> Hohenstatt/Naber, EuZA 2016, 22, 28 (Fn. 43).

## **(2) Konsultationsverfahren, § 17 Abs. 2 KSchG**

- 22 Primär betrifft die *Balkaya*-Entscheidung die Frage, welche Personen in die Berechnung der für eine Massenentlassung relevanten Schwellenwerte einzubeziehen sind. Aber vor allem im Rahmen des Konsultationsverfahrens gemäß § 17 Abs. 2 KSchG birgt das EuGH-Urteil praktische Probleme.
- 23 Nach § 17 Abs. 2 KSchG hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmervertretung über beabsichtigte Entlassungen von Arbeitnehmern zu unterrichten und zweckdienliche Auskünfte zu erteilen. Bei unterbliebener Konsultation sind nach der Rechtsprechung des BAG im Zusammenhang mit der Massenentlassung ausgesprochene einzelne Kündigungen unwirksam.<sup>54</sup> Nachdem der EuGH klargestellt hat, dass Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie gelten, müssten entsprechende Vertragsbeendigungen in das Konsultationsverfahren einbezogen werden, um die Wirksamkeit der Kündigungen sicherzustellen. Denn der Betriebsrat ist im Rahmen von § 17 Abs. 2 KSchG umfassend hinsichtlich der Massenentlassung zu konsultieren. Gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 5 KSchG umfasst dies auch Informationen in Bezug auf die zu entlassenden „Arbeitnehmer“ – zu denen nunmehr auch Fremdgeschäftsführer zählen sollen.
- 24 In diesem Kontext ist allerdings ein Problemkreis für die Praxis zu konstatieren: Denn die Verpflichtung zur Übermittlung von Informationen bezüglich einer etwaigen Entlassung von Geschäftsführern an den Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens stellt sich als systemwidrig dar. Die Geschäftsführung würde als das „Gegenüber“ des Betriebsrats genötigt, den Betriebsrat über ihre eigene Entlassung zu unterrichten. Überdies ist es nicht auszuschließen, dass Fremdgeschäftsführer gar nicht in der Lage sind, dem Betriebsrat entsprechende Informationen zu übermitteln. Ob, wann und in welchem Umfang das gesellschaftsrechtlich zuständige Gremium auch Veränderungen in der Geschäftsführung vornehmen möchte, ist der Geschäftsführung häufig nicht bekannt. Auch hat sie keinen Einfluss auf die Entscheidung oder ihren Zeitpunkt.<sup>55</sup> Es empfiehlt sich jedenfalls, den Betriebsrat vorsorglich über mögliche Veränderungen im Bereich

---

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 13.12.2012 – Az.: 6 AZR 5/12, NZA 2013, 864.

<sup>55</sup> *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22, 30 f. (Fn. 43).

der Geschäftsführung zu unterrichten und Informationen gegebenenfalls nachzureichen.<sup>56</sup>

### **(3) Anzeige von Massenentlassungen nach § 17 Abs. 3 KSchG**

25 Auch die Pflicht zur Anzeige von Massenentlassungen bei der Agentur für Arbeit gemäß § 17 Abs. 3 KSchG stellt sich mit Blick auf die *Balkaya*-Entscheidung problematisch dar. Informationen über die Entlassung von Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern sind im Rahmen des Anzeigeverfahrens zu berücksichtigen, um eine vollständige und korrekte Anzeige sicherzustellen. In der Konsequenz der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 17, 18 KSchG ist die Kündigungserklärung unwirksam, wenn eine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 3 KSchG vor der Erklärung der Kündigung nicht erstattet worden ist. Berufet sich der Arbeitnehmer auf die Rechtswidrigkeit der Entlassung wegen unterbliebener Anzeige, muss der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis erneut kündigen und die Anzeigepflicht des § 17 KSchG gegebenenfalls vor der Erklärung der Kündigung beachten.<sup>57</sup> Nach § 17 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 3 KSchG gelten die zur Vertretung juristischer Personen berufenen Organe (Geschäftsführer, Vorstände) und Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer. § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG verstößt somit ebenso wie § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG gegen die europarechtlichen Vorgaben der Massenentlassungsrichtlinie (98/59/EG).

### **bb) Allgemeines Gleichbehandlungsrecht**

26 Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung beschränken sich nicht auf die Massenentlassungsrichtlinie.<sup>58</sup> Der vom EuGH in der *Balkaya*- und der *Danosa*-Entscheidung definierte Arbeitnehmerbegriff, ist wohl auch dem Begriff des Arbeitnehmers im AGG zugrunde zu legen, da das AGG mit der Arbeitnehmer-Gleichbehandlungs-Richtlinie (RL 2006/54/EG) einen europäischen Gesetzgebungsakt umsetzt. Damit sind entgegen § 6 Abs. 3 AGG Organmitglieder gegebenenfalls auch hinsichtlich der Ausübungsbedingungen geschützt. Vom Geltungsbereich des § 6 AGG an sich ausgenommen sind Selbständige und Organmitglieder (§ 6 Abs. 3 AGG), da sie weder Beschäftigte sind, noch als solche

---

<sup>56</sup> Forst, EuZW 2015, 664, 666 (Fn. 20); Hohenstatt/Naber, EuZA 2016, 22, 31 (Fn. 43).

<sup>57</sup> Eckhoff, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 50 Rn. 97.

<sup>58</sup> Preis/Sagan, ZGR 2013, 26, 57 (Fn. 9).

gelten. Für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg gilt das AGG aber auch für diese Gruppe. Durch Abs.3 werden sie partiell in den Diskriminierungsschutz einbezogen. Für solche Geschäftsführer, die bereits nach nationalem (deutschem) Recht Arbeitnehmer ihrer Gesellschaften sind, bleibt es ohnehin bei Abs. 1 Nr. 1. Soweit weisungsabhängige vertretungsberechtigte Organmitglieder einer juristischen Person nach dem weiten Arbeitnehmer-Begriff des Unionsrechts als abhängig Beschäftigte eingeordnet werden, müssen sie auch im nationalen Recht hinsichtlich ihrer Arbeits- und besonders ihrer Entlassungsbedingungen vor Benachteiligungen geschützt werden. Denn die Arbeitnehmer-Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2006/54/EG) verweist für den Arbeitnehmerbegriff nicht auf das nationale Recht zurück. Damit ist der unionsrechtliche Begriff aus dem Freizügigkeitsrecht zugrunde zu legen.<sup>59</sup> Eine Einschränkung des Diskriminierungsschutzes auf Zugang zur Erwerbstätigkeit und Aufstieg ist dann mit dem Unionsrecht nicht vereinbar.<sup>60</sup> Auf Geschäftsführer, die die *Danosa*-Kriterien erfüllen, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vollumfänglich anzuwenden.<sup>61</sup>

### **cc) Zuständigkeit der Arbeitsgerichte**

- 27 Nach einer jüngeren Entscheidung des BAG bleibt es im Rahmen des § 5 ArbGG weiterhin bei dem nationalen Arbeitnehmerbegriff.<sup>62</sup> Die Arbeitsgerichte werden auch künftig nicht für alle Klagen von Geschäftsführern zuständig sein.<sup>63</sup> Das Verständnis des EuGH zum „unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff“ könnte sich jedoch auf die *Sic-Non*-Fälle auswirken. Da in *Sic-Non*-Fällen dieselbe Tatsache, die über die Begründetheit des Anspruchs entscheidet, auch für die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts maßgeblich ist, erfolgt keine vollumfängliche Zuständigkeitsprüfung; vielmehr wird die Klärung in die Begründetheitsprüfung verlagert. Maßgeblich ist der Vortrag der klagenden Partei.<sup>64</sup> Die erleichterte Darlegungslast zur Begründung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten in den *Sic-Non*-Fällen rechtfertigt sich daraus,

---

<sup>59</sup> *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 6 AGG Rn. 5; EuGH, Beschluss vom 07.04.2011, Rs. C-519/09, ECLI:EU:C:2011:221 = Slg. 2011, I-02761, Rn. 22 – *May*.

<sup>60</sup> Ebenda.

<sup>61</sup> *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 57 (Fn. 9).

<sup>62</sup> BAG, Beschluss vom 08.09.2015 – Az.: 9 AZB 21/15, NZA 2015, 1342, 1343 Rn. 13.

<sup>63</sup> *Vielmeier*, Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Klagen von Fremdgeschäftsführern gegen die Gesellschaft, NZA 2016, 1241ff.

<sup>64</sup> *Klasen*, *Sic-Non*-Fälle und materieller Arbeitnehmerstatus, BB 2013, 1849, 1850.

dass sowohl der Rechtswegzuständigkeit nach § 5 ArbGG als auch dem materiell-rechtlichen Anspruch derselbe Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt. Nur in diesen Fällen soll „im Zweifel“ der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Fremdgeschäftsführer Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne, zumindest solange dieser lediglich einen nicht erheblichen Einfluss auf die Gesellschafterversammlung hat. In allen arbeitsrechtlichen Normen, die auf eine Richtlinie zurückgehen, wird man mithin künftig im Wege der richtlinienkonformen Auslegung den Arbeitnehmerbegriff anders auslegen als in Normen, die nicht auf Unionsrecht zurückgehen,<sup>65</sup> also insbesondere auch beim Arbeitnehmerbegriff des § 5 ArbGG, der nicht auf Unionsrecht zurückgeht. In diesen Fällen ist die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers aber nicht mehr doppelrelevant, weil dem materiellen Recht und dem ArbGG jeweils unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe zugrunde liegen. Wenn dem materiellen Recht künftig ein anderer – unionsrechtlich determinierter – Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt, als dem weiterhin rein national zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff des § 5 ArbGG, wird der Geschäftsführer für eine Klage vor den Arbeitsgerichten regelmäßig schlüssig darlegen müssen, dass er Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des BAG war.<sup>66</sup> Ist nicht der gleiche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich, so besteht kein Anlass dafür, eine Rechtswegzuständigkeit zu den Arbeitsgerichten im Zweifel anzunehmen. Vielmehr handelt es sich künftig nicht mehr um einen Sic-Non-Fall.<sup>67</sup>

#### **dd) Urlaubsrecht**

- 28 Denkbar ist ferner, dass dem Geschäftsführer zukünftig ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach dem Bundesurlaubsgesetz zusteht.
- 29 Die Arbeitszeitrichtlinie<sup>68</sup> enthält in Art. 7 RL 2003/88/EG den Anspruch der Arbeitnehmer auf bezahlten Jahresurlaub im Umfang von vier Wochen. Hiervon sieht die Richtlinie keine Ausnahmemöglichkeit vor, sodass das mitgliedstaatliche Recht diesen Anspruch auch denjenigen Geschäftsführern einräumen muss, die Arbeitnehmer i.S.d. Unionsrechts sind. Diese sind zugleich Arbeitnehmer i.S.d. § 1

---

<sup>65</sup> *Vielmeier*, NZA 2016, 1241, 1244 (Fn. 63).

<sup>66</sup> Ebenda.

<sup>67</sup> *Vielmeier*, NZA 2016, 1241, 1244f.

<sup>68</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

BurlG.<sup>69</sup> Beachtlich ist in diesem Kontext auch, dass insbesondere die – europarechtlich vorgezeichnete – Rechtsprechung des BAG<sup>70</sup> zum Verfall und zur Abgeltung von Urlaubsansprüchen nach § 7 Abs. 3 und 4 BUrIG Anwendung findet.<sup>71</sup>

#### 4. Ausblick

- 30 Auf der Ebene nationalen Rechts herrscht zwischen BGH und BAG Uneinigkeit über die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers. Unklarheit besteht bezüglich der Frage, unter welchen Voraussetzungen welche arbeitsrechtlichen Vorschriften – unmittelbar oder analog – auf ihn anzuwenden sind.<sup>72</sup> Die diffuse nationale Rechtslage wird vom Europarecht zusätzlich verkompliziert, das nach *Danosa* und *Balkaya* jedenfalls die Anwendung des besonderen Kündigungsschutzes auf „abhängige“ Geschäftsführer verlangt.<sup>73</sup> Ob die sich abzeichnende Entwicklung des europäischen Rechts und dessen Kriterien für die Einordnung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer sich auch im deutschen Arbeitsrecht durchsetzen werden, bleibt abzuwarten. Eine Pflicht zu einem gänzlichen Paradigmenwechsel fordert das Unionsrecht jedenfalls nicht, weil der noch überwiegende Teil europäischer Richtlinien zum Arbeitsrecht auf den Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten verweist.<sup>74</sup>
- 31 Die für die arbeitsrechtliche Praxis wohl derzeit spannendste Frage ist, ob die Konkretisierung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs, wie sie in der *Balkaya*-Entscheidung vorgenommen wurde, für das gesamte Kündigungsschutzgesetz gilt. Die Schlussfolgerung, dass Geschäftsführer sich in Folge von *Danosa* und *Balkaya* in Zukunft auch auf andere arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen aus weiteren EU-Richtlinien berufen, ist nicht von der Hand zu weisen. Denn indem der EuGH nunmehr wiederholt von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff spricht, liegt es nahe,

---

<sup>69</sup> *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 57 (Fn. 9); *Lunk/Roddenbusch*, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht, GmbHR 2012, 188, 193.

<sup>70</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 24.3.2009 – Az.: 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538; BAG, Urteil vom 4.5.2010 – Az.: 9 AZR 183/09, NZA 2010, 1011; BAG, Urteil vom 9.8.2011 – Az.: 9 AZR 425/10, NZA 2012, 29.

<sup>71</sup> *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 57 (Fn. 9); *Forst*, Unterliegen Geschäftsführer dem Bundesurlaubsgesetz (BUrIG)?, GmbHR 2012, 821, 826f.; *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664, 667.

<sup>72</sup> *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 74 (Fn. 9).

<sup>73</sup> Ebenda.

<sup>74</sup> *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 611 Rn. 103a; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 74f.

dass er diesen auch hinsichtlich anderer Richtlinien einheitlich versteht.<sup>75</sup> Gleichwohl gilt nach wie vor, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nationales Recht nur dort beeinflusst, wo unionsrechtliche Vorgaben für die jeweilige Regelungsmaterie existieren. Demgemäß gilt der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff im Rahmen des § 17 KSchG nur deshalb, weil hierzu die Richtlinie (98/59/EG) zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen existiert. Sollte es künftig auch zu § 1 KSchG einen europäischen Gesetzgebungsakt geben und sollte der EuGH zu diesem Gesetzgebungsakt den Arbeitnehmerbegriff wie in Sachen *Danosa* und *Balkaya* definieren, würde man sicherlich den Geschäftsführer auch unter den Schutz des § 1 KSchG stellen müssen.

- 32 Noch jedenfalls hält der EuGH wohl an seinem Ansatz fest, dass es keinen allgemeinen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gebe, sondern einen jeweils "rechtsakt-spezifischen". Das ist zwar aus Gründen der Rechtsklarheit misslich, entspricht aber andererseits dem Gebot der Rücksichtnahme auf die mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis in Materien, die (noch) nicht unionsrechtlich erfasst sind.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 84.

<sup>76</sup> Nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV kodifizierten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit haben die Organe der Europäischen Union bei der Ausübung ihrer Kompetenzen die Wirkungen auf die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten zu beachten. Vgl. zum Regelungsgehalt des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit: von *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 60. Ergänzungslieferung 2016, Art. 4 EUV Rn. 52; *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 142.