

Dynamisches Recht. **Herausforderungen im Arbeitsrecht,** **Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht**

2019

ISBN 978-3-406-74461-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition.
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage
C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

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

europäischen Arbeitnehmerbegriffen umzugehen und sie – soweit möglich – aufzulösen.

Ein differenziertes Verständnis der Arbeitnehmerbegriffe nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen im Sinn eines abgestuften Arbeitsrechts ist der deutschen Diskussion in der Literatur übrigens nicht fremd. *Richardi*³⁶ und *Hromadka*³⁷ haben früh entsprechende Ansätze verfolgt. Sie wurden von *Forst*³⁸ in jüngerer Vergangenheit aufgegriffen und weiterentwickelt.

Auch das Kreismodell des 1996 im Auftrag der Europäischen Kommission von einer Gruppe von Sachverständigen erarbeiteten *Supiot*-Berichts „Transformation of labour and labour law in Europe“³⁹ und das Vier-Ringe-Modell nach *Mückenberger*⁴⁰ kommen zu abgestuften Vorschlägen hinsichtlich des Schutzniveaus.

V. Untersuchungsgegenstände

Beispielhaft deutlich machen möchte ich die Weite der unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffe an der Arbeitszeitrichtlinie. Danach möchte ich die Inkonsistenzen, die zwischen der unionsrechtlichen und der deutschen Rechtsanwendung auftreten können, an der Massenentlassungsrichtlinie herausarbeiten und Thesen für Plattformbeschäftigte formulieren.

VI. Beispiele

1. Arbeitszeitrichtlinie und Art. 31 Abs. 2 GRC

a) Autonomer Arbeitnehmerbegriff

Die Arbeitszeitrichtlinie definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht selbst. Der EuGH bezieht sich in manchen Entscheidungen vielmehr auf den Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV, also den Arbeitnehmerbegriff der primärrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁴¹ In anderen Entscheidungen wird Art. 45 AEUV nicht ausdrücklich zitiert, der Sache nach aber angewandt.⁴²

Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinn von Art. 45 AEUV ist ein autonomer Begriff, der nicht eng auszulegen ist.⁴³ Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG ver-

³⁶ *Richardi* ZfA 1974, 3 (23f.); *Richardi* NZA 2010, 1101 (1103).

³⁷ *Hromadka* NZA 1997, 569 (570ff., 577ff.).

³⁸ *Forst* RdA 2014, 157 (164).

³⁹ *Supiot*-Bericht S. 26 der deutschen Fassung.

⁴⁰ *Mückenberger* S. 16.

⁴¹ EuGH 7.4.2011 – C-519/09, BeckRS 2013, 87054 Rn. 21 – May; ebenso *Junker* Arbeitszeitmodelle der Zukunft 15. ZAAR-Kongress München 4.5.2018 S. 99, 105.

⁴² EuGH 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010 Rn. 40ff. – *Sindicatul Familia Constanta* u. a.; 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 23ff. – *Fenoll*.

⁴³ Für den Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV in seinem originären Sinn, der sich lediglich auf grenzüberschreitende Sachverhalte bezieht, zB EuGH 13.3.2019 – C-437/17, BeckRS 2019, 3168 Rn. 35f. – *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach*; 18.7.2017 –

weist insbesondere nicht auf Art. 3 Buchst. a der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG. Sie nimmt auch nicht Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff, wie er sich aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten ergibt.⁴⁴

Dem ist zu entnehmen, dass der Arbeitnehmerbegriff für die Zwecke der Anwendung der Arbeitszeitrichtlinie nicht nach Maßgabe der nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgelegt werden kann, sondern eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung hat. Er ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen.⁴⁵

b) Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie

Das weite Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs folgt für die Arbeitszeitrichtlinie aus ihrem Schutzzweck und dem der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie.

Nach Art. 1 Abs. 3 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und Art. 2 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG gelten diese Richtlinien für alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu verbessern und bestimmte Aspekte der Gestaltung ihrer Arbeitszeit zu regeln. Es geht um eine „harte“ Kompetenz der Europäischen Union, den nichttechnischen Arbeitsschutz im Bereich der Arbeitszeit, der Ruhezeiten, der Höchstarbeitszeit, des Mindesturlaubs usw. Die Arbeitszeitrichtlinie soll die Arbeitszeitgestaltung in der Europäischen Union durch Mindeststandards harmonisieren.

Gelöst vom Arbeitnehmerbegriff regelt die Arbeitszeitrichtlinie im Arbeitszeitrecht im engeren deutschen Sinn unmittelbar keine Fragen der Vergütungshöhe. Das ist aufgrund der Kompetenzbegrenzung in Art. 153 Abs. 5 AEUV geboten. Art. 153 Abs. 2 S. 1 Buchst. a iVm Abs. 1 Buchst. a und b AEUV verleiht Rat und Parlament nur eine Kompetenz für Regelungen zur Verbesserung des Arbeitsschutzes.⁴⁶ Anderes gilt für die Frage des bezahlten Mindestjahresurlaubs.⁴⁷

C-566/15, NJW 2017, 2603 Rn. 27 ff., 31 ff. – Erzberger; Mitteilung der Europäischen Kommission C/2017/2601 zu III A 1; Schlachter/Heinig/Bayreuther § 11 Rn. 6; EuArbRK/Steinmeyer, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 45 Rn. 10 ff.

⁴⁴ EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 24 – Fenoll.

⁴⁵ EuGH 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010 Rn. 42 – Sindicatul Familia Constanța u. a.; 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 28 – Matzak; 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 27 – Fenoll; 14.10.2010 – C-428/09, BeckRS 2010, 91197 Rn. 27 f. – Union syndicale Solidaires Isère; zum autonomen Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV auch Bauer/Arnold ZIP 2012, 597 (599); Benecke EuZA 2018, 3 ff.; Hohenstatt/Naber ZIP 2012, 1989 (1990); Morgenbrodt ZESAR 2017, 17 (18 f.); Preis/Sagan ZGR 2013, 26 (33 ff., 36 ff.); Schubert ZESAR 2013, 5 (9 ff.); zu Fragen der Arbeit außerhalb des deutschen Arbeitszeitgesetzes Däubler FS Klebe S. 89 ff.

⁴⁶ EuGH 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 48 ff. – Matzak; 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113 Rn. 25 – Hälvi u. a.; 10.9.2015 – C-266/14, NZA 2015, 1177 Rn. 48 mwN – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras; 1.12.2005 – C-14/04, NZA 2006, 89 Rn. 38 – Dellas; BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233 Rn. 11; BVerwG 21.10.2016 – 2 B 50.15, BeckRS 2016, 55457 Rn. 12; zust. Bayreuther NZA 2018, 348 (350 f.); Krimphove ArbRAktuell 2018, 137 (139).

⁴⁷ EuGH 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 24 – Matzak; EuArbRK/Gallner, 3. Aufl. 2020, RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 2 mwN.

Als Arbeitnehmer ist für die Zwecke der Anwendung der Arbeitszeitrichtlinie jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, bleiben außer Betracht.

Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses im Sinn der Arbeitszeitrichtlinie besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung Vergütung erhält.⁴⁸

Entscheidend ist, dass ein Unterordnungsverhältnis besteht. Das ist in jedem Einzelfall anhand aller Umstände, die die Beziehungen der Beteiligten kennzeichnen, zu prüfen.⁴⁹ Ein großer Ermessensspielraum, eine „Vertrauensstellung“ oder eine Stellung im allgemeinen Interesse stehen einem Unterordnungsverhältnis nicht entgegen.⁵⁰ Die Europäische Kommission analysiert die Rechtsprechung des EuGH zum arbeitszeitrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in der Weise, dass der Betreffende arbeiten, dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen und seine Tätigkeit ausüben oder seine Aufgaben wahrnehmen muss.⁵¹

Das hat der EuGH etwa in den Sachen *Sindicatul Familia Constanța*, *Fenoll*, *May* und *Union syndicale Solidaires Isère* herausgearbeitet.⁵² Außerhalb des Arbeitszeitrechts führt der Gerichtshof auf der Grundlage der Regelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 AEUV dieselben Parameter an. Ich beziehe mich beispielhaft auf die Sachen *Haralambidis* und *Petersen*.⁵³

Diese Weite des Arbeitnehmerbegriffs ist im Arbeitszeitrecht wegen des klaren Harmonisierungszwecks von Art. 31 Abs. 2 GRC und der Arbeitszeitrichtlinie folgerichtig.

c) Einzelne Arbeitnehmergruppen

Unter den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie können, wie schon erwähnt, zB beamtete Kommunalbedienstete, beamtete Feuerwehrleute oder Feuerwehrleute der freiwilligen Feuerwehr fallen.⁵⁴ Das hat der EuGH im Ur-

⁴⁸ Zum Arbeitnehmerbegriff des Art. 31 Abs. 2 GRC und des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 18ff. – Fenoll.

⁴⁹ EuGH 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010 Rn. 42 – *Sindicatul Familia Constanța* u. a.

⁵⁰ EuGH 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010 Rn. 46 – *Sindicatul Familia Constanța* u. a. mit Bezug auf die außerhalb des Arbeitszeitrechts angesiedelten Entscheidungen EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 41 – Balkaya; 10.9.2014 – C-270/13, EuZW 2014, 946 Rn. 39ff. – *Haralambidis*; Mitteilung der Europäischen Kommission C/2017/2601 zu III A I.

⁵¹ Mitteilung der Europäischen Kommission C/2017/2601 zu IV A 1.

⁵² EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 27 – Fenoll; 7.4.2011 – C-519/09, BeckRS 2013, 87054 Rn. 21 – May; 14.10.2010 – C-428/09, BeckRS 2010, 91197 Rn. 28 – *Union syndicale Solidaires Isère*, jeweils mwN.

⁵³ ZB EuGH 10.9.2014 – C-270/13, BeckRS 2014, 81764 Rn. 27f. – *Haralambidis*; 28.2.2013 – C-544/11, BeckRS 2013, 80423 Rn. 30 – Petersen; s. auch BAG 23.2.2017 – 6 AZR 843/15, BeckRS 2017, 109433 Rn. 22.

⁵⁴ EuGH 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 24 – Matzak; 20.7.2016 – C-341/15, NZA 2016, 1067 Rn. 4, 8 – Maschek; 3.5.2012 – C-337/10, BeckRS 2012, 80798 Rn. 22, 26 – Neidel.

laubsrecht etwa in den Sachen *Maschek* und *Neidel* angenommen, im Arbeitszeitrecht im engeren Sinn in der Sache *Matzak*. Gleiches gilt für Dienstordnungsangestellte, deren Arbeitsvertrag auf das Beamtenrecht verweist. Das belegt die Entscheidung *May*.⁵⁵ Arbeitnehmerähnliche Personen unterfallen schon nach deutschem Recht dem Bundesurlaubsgesetz.⁵⁶ Das gilt auch für die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.

Der Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie umfasst im Ansatz – dh mit Ausnahmen in Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie – auch bestimmte Saisonarbeitnehmer.⁵⁷ Dafür beziehe ich mich auf die Sache *Union syndicale Solidaires Isère*.

Zu der Gruppe der Fremdgeschäftsführer komme ich gleich im Rahmen der Massenentlassungsrichtlinie.⁵⁸

Wegen der Weite des arbeitsschutzrechtlich ausgerichteten Arbeitnehmerbegriffs der Arbeitszeitrichtlinie sind Mitglieder der Unternehmensleitung jedenfalls dann Arbeitnehmer im Sinn der Richtlinie, wenn sie Tätigkeiten nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausüben, als Gegenleistung Vergütung erhalten und selbst keine Anteile an der Gesellschaft innehaben.⁵⁹

Dabei übertrage ich die Begriffsbildung des EuGH in der Sache *Balkaya*⁶⁰ für die Massenentlassungsrichtlinie auf den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie.

An den Beispielen der Beamten und Fremdgeschäftsführer ohne eigene Gesellschaftsanteile zeigt sich, dass sich die Arbeitszeitrichtlinie auf alle Arbeitnehmer im Sinn des Begriffs der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV bezieht. Das gilt nach der schon älteren Entscheidung *BECTU* des Gerichtshofs aus dem Jahr 2001 zB für den bezahlten Jahresurlaub nach Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie.⁶¹ Den Jahresurlaub hatte die Europäische Kommission in ihrem Vorschlag für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG noch als „jährliche Ruhezeit“ bezeichnet. Es ist ohne Bedeutung, wenn ein Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist, wie der EuGH etwa in der Sache *Fenoll* hervorgehoben hat.⁶²

Allgemein sind die Fragen, wie hoch die Produktivität des Betroffenen ist, woher die Mittel für seine Vergütung stammen und ob das Entgelt niedrig ist, unerheblich

⁵⁵ EuGH 7.4.2011 – C-519/09, BeckRS 2013, 87054 Rn. 27 – *May*.

⁵⁶ § 2 S. 2 BUrlG; BAG 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, BeckRS 2006, 41233 Rn. 19ff.

⁵⁷ EuGH 14.10.2010 – C-428/09, BeckRS 2010, 91197 Rn. 33, 61 – *Union syndicale Solidaires Isère*.

⁵⁸ Dazu im etwas älteren Schrifttum nach der Entscheidung *Danosa* im Zusammenhang mit der Mutterschutzrichtlinie zB *Forst GmbH* 2012, 821 (824) mit Bezug auf EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 38ff. – *Danosa*; ähnlich *Kruse/Stenslik* NZA 2013, 596 (597); s. auch BGH 23.4.2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797 Rn. 17; dazu *Dzida/Naber ArbRB* 2012, 373 (374f.); *Lunk RdA* 2013, 110 (112); *Schiefer/Worzalla ZfA* 2013, 41 (70f.); allgemein zu der Problematik *Lunk/Rodenbusch GmbH* 2012, 188.

⁵⁹ So die Begriffsbestimmung im Massenentlassungsrecht durch EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 31ff. – *Balkaya*; dazu zu Beginn der Rezeption dieser Entscheidung *Lunk* NZA 2015, 917 (919f.).

⁶⁰ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 31ff. – *Balkaya*.

⁶¹ EuGH 26.6.2001 – C-173/99, NZA 2001, 827 Rn. 46 – *BECTU*.

⁶² EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 31 – *Fenoll*.

dafür, ob jemand als Arbeitnehmer im Sinn des unionsrechtlichen Arbeitszeitrechts zu verstehen ist.⁶³

Das zeigt aus meiner Sicht, dass Plattformbeschäftigte – auch ausschließlich digital beschäftigte Crowdworker⁶⁴ oder Clickworker – Arbeitnehmer im Sinn der arbeitsschutzrechtlich ausgerichteten Arbeitszeitrichtlinie sein können.⁶⁵ Sie erbringen während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen gegen Vergütung.⁶⁶

Auch ausschließlich digital arbeitende Plattformbeschäftigte tragen wegen der Vermittlung durch die Plattform jedenfalls nicht vorrangig das mit der Tätigkeit verbundene ökonomische Risiko. Sie führen den Auftrag nicht unabhängig und in eigener Verantwortung aus. An dieser Stelle kann offenbleiben, ob die andere Person, die dem Plattformbeschäftigten gegenübersteht, die Plattform oder der Auftraggeber ist.

2. Konkrete arbeitsrechtliche Rechtsanwendung im Spagat zwischen der Massenentlassungsrichtlinie und § 17 KSchG: EuGH *Balkaya*

Ich möchte es aber nicht damit bewenden lassen, den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff der Europäischen Union zu beschreiben.

Anschaulich und praktisch wird das Wechselspiel von unionsrechtlichem und deutschem Arbeitnehmerbegriff nicht zuletzt an der Sache *Balkaya*⁶⁷ aus dem Jahr 2015.⁶⁸

a) Kernbotschaft

In der Sache *Balkaya* ordnet der EuGH den Fremdgeschäftsführer einer GmbH und einen Praktikanten⁶⁹ als Arbeitnehmer im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG ein.⁷⁰ Eine andere Einordnung kann geboten sein, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist, wie der Gerichtshof in der Sache *Holterman Ferho Exploitation* in anderem Zusammenhang erkannt hat.⁷¹

Das BAG nimmt dagegen an, GmbH-Fremdgeschäftsführer seien in aller Regel auf der Grundlage eines sog. freien Dienstvertrags und nicht auf der eines Arbeits-

⁶³ EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 34 – Fenoll.

⁶⁴ Zum Begriff des Crowdworkings *Wisskirchen/Schwindling* ZESAR 2017, 318ff.

⁶⁵ Zu den verschiedenen Arten der Plattformarbeit zB *Rinck RdA* 2019, 127 (128).

⁶⁶ St. Rspr., zB EuGH 17.11.2016 – C-216/15, Rn. 27 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik; 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 34ff. – *Balkaya*; 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 39 – *Danosa*; zu *Danosa* näher *Lunk RdA* 2013, 110ff.; *Preis/Sagan* ZGR 2013, 26ff.; *Schubert* ZESAR 2013, 5ff.

⁶⁷ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 31ff. – *Balkaya*; zu *Danosa* und *Balkaya* in jüngerer Vergangenheit *Jutzi AuA* 2018, 348.

⁶⁸ Dazu lesenswert *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17ff.

⁶⁹ Dazu *Junker* EuZA 2016, 185 (201); *Weber/Zimmer* EuZA 2016, 224 (243).

⁷⁰ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 31ff., 49ff. – *Balkaya*.

⁷¹ EuGH 10.9.2015 – C-47/14, NZA 2016, 183 Rn. 33ff. – *Holterman Ferho Exploitation*; dazu *Gräf* GPR 2016, 148ff.

vertrags tätig.⁷² Das BSG geht im Unterschied dazu davon aus, nicht am Gesellschaftskapital beteiligte Fremdgeschäftsführer einer GmbH seien ausnahmslos abhängig beschäftigt im Sinn des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitsförderung.⁷³

Die Einordnung durch den EuGH bedeutet zugleich, dass ein nicht bestimmender Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn sein kann, wenn die gesellschaftsrechtliche Beteiligung nur unerheblichen Einfluss auf die Willensbildung des Kontrollorgans hat.⁷⁴

Die Entscheidung *Balkaya* hat in ihrem deutschen Echo überwiegend Kritik erfahren.⁷⁵

b) Arbeitnehmerbegriff der Massenentlassungsrichtlinie

Auch in der Sache *Balkaya* definiert der EuGH einen Arbeitnehmer im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Massenentlassungsrichtlinie als eine Person, die während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung Vergütung erhält.⁷⁶ Der EUGH zieht also auch im Massenentlassungsrecht aus Gründen der Effektivität den autonomen Arbeitnehmerbegriff aus dem Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV heran, der originär grenzüberschreitende Sachverhalte des Binnenmarkts im Auge hat.⁷⁷

Der EuGH prüft in der Sache *Balkaya* getreu seiner bisherigen Vorgehensweise zwei Fragen: Verweist die Richtlinie auf einen Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten? Wenn das nicht zutrifft: Entspricht der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie dem der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinn von Art. 45 AEUV?

Der EuGH verneint die erste Frage und bejaht die zweite Frage für Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Massenentlassungsrichtlinie.

Die vollständig verneinte Verweisung auf einen mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriff ist vor allem deshalb interessant, weil die Massenentlassungsrichtlinie für den Begriff des Arbeitnehmervertreters auf das Recht der Mitgliedstaaten Bezug nimmt. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 98/59/EG sind „Arbeitnehmervertreter“ die Arbeitnehmervertreter nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten.⁷⁸

⁷² BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 14, 24.

⁷³ BSG 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662 Rn. 15ff.

⁷⁴ *Hildebrand* Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen im Lichte der *Danosa*-Entscheidung des EuGH S. 50ff.; *Oberthür* RdA 2018, 286 (287ff.); *Oberthür* NZA 2011, 253ff.

⁷⁵ Abl. *Giesen* ZfA 2016, 47 (55, 65f.); *Hohenstatt/Naber* EuZA 2016, 22 (25 f.); *Lunk* NZA 2015, 917 (919 f.); *Lunk/Hildebrand* NZA 2016, 129 (130 f.); *Weber* NZA 2016, 727 (731 f.); *Weber/Zimmer* EuZA 2016, 224 (231 ff.); *Ulrici* jurisPR-ArbR 35/2015; *Vielmeier* NJW 2014, 2678 (2680); vor allem methodisch kritisierend *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17 (19ff.); zust. *Lindemann* EWiR 2015, 553 f.; erl. *Sittard/Kölmann* jM 2016, 458 (460).

⁷⁶ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 34 – *Balkaya*.

⁷⁷ Kritisch dazu *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17 (18ff.).

⁷⁸ Zu diesem Gedanken *Hohenstatt/Naber* EuZA 2016, 22 (24 f.); *Hohenstatt/Naber* NZA 2014, 637 (639); *APS/Moll*, 5. Aufl. 2017, KSchG § 17 Rn. 12; *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17 (19); *Riesenhuber* Europäisches Arbeitsrecht § 23 Rn. 9; *Vielmeier* NJW 2014, 2678 (2680); *Wank* EuZA 2008, 172 (184).

Der EuGH sieht einen doppelten Harmonisierungszweck:⁷⁹ Die Richtlinie soll Arbeitnehmer, die von Massenentlassungen betroffen sind, in allen Mitgliedstaaten vergleichbar schützen. Im Gegenzug sollen die Belastungen der Unternehmen durch das Massenentlassungsverfahren vereinheitlicht werden.

Damit wird der formale Kündigungsschutz gestärkt, während der materielle Kündigungsschutz im Zusammenhang mit der Unternehmerentscheidung im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung nicht Regelungsgegenstand der Massenentlassungsrichtlinie ist.

Durch den formalen Schutz des Fremdgeschäftsführers vor einer Massenentlassung kommt es zudem zu der nach deutschem Verständnis ungewohnten Situation, dass der Fremdgeschäftsführer die Massenentlassung als Vertreter der Gesellschaft zumindest umsetzt. Allerdings plant ein Fremdgeschäftsführer im Sinn von EuGH Balkaya die Massenentlassung nicht eigenständig, weil er seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft im Unterordnungsverhältnis ausübt.⁸⁰ Besteht dagegen kein Unterordnungsverhältnis, ist der Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer im Sinn des Unionsrechts.⁸¹

Plattformbeschäftigte können nach diesen Grundsätzen meines Erachtens auch dann, wenn sie ausschließlich digital arbeiten, Arbeitnehmer im Sinn der Massenentlassungsrichtlinie sein. Das setzt insbesondere voraus, dass sie im Unterordnungsverhältnis tätig werden. Unterordnung meint dabei nicht persönliche Abhängigkeit im deutschen Sinn.

c) Auswirkungen auf § 17 KSchG

aa) Richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung?

Die Auslegung des EuGH ist für die deutschen Arbeitsgerichte nach Art. 288 UAbs. 3 AEUV bindend.

Zu untersuchen ist deswegen, ob § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann oder sogar unangewendet bleiben muss, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung scheitert.

Nach § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG gelten als Arbeitnehmer im Sinn des § 17 KSchG nicht in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.

Der Wortlaut scheint zunächst klar zu sein. Dabei ist aus meiner Sicht aber nicht stehenzubleiben, wie der EuGH zB in den Sachen *CCOO, IR* (Chefarztfall), *Egenberger* und *Dansk Industri* betont hat.

Die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte sind verpflichtet, alle Maßnahmen zu treffen, um das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen. Sie müssen alle im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um die Auslegung so

⁷⁹ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 32 – Balkaya; 13.2.2014 – C-596/12, BeckRS 2014, 81554 Rn. 16 – Kommission/Italien; 12.10.2004 – C-55/02, NZA 2004, 1265 Rn. 48 – Kommission/Portugal.

⁸⁰ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 38, 40, 48 – Balkaya.

⁸¹ BAG 17.1.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, 572 Rn. 23 ff.

weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der jeweiligen Richtlinie auszurichten, damit das von ihr festgelegte Ergebnis erreicht und Art. 288 UAbs. 3 AEUV nachgekommen wird.⁸² Dazu müssen die innerstaatlichen Gerichte gegebenenfalls auch eine gefestigte nationale Rechtsprechung ändern.⁸³

Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung unterliegt jedoch Schranken und darf nicht zu einer Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* führen.⁸⁴ Dafür führe ich etwa die Sachen *Dansk Industri*, *Association de médiation sociale* und *Dominguez* an. Die Auslegung darf dem Gesetzeswortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht widersprechen. Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Weg unionsrechtskonformer Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden.⁸⁵

Um es kurz zu machen: Der Wortlaut des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG kann meines Erachtens für Fremdgeschäftsführer entsprechend dem Arbeitnehmerbegriff der Massenentlassungsrichtlinie teleologisch reduziert werden.⁸⁶ Der Fremdgeschäftsführer ist in die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG einzubeziehen. §§ 17 und 18 KSchG sind zwar älter als die Massenentlassungsrichtlinie. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, mit den bestehenden Regelungen einen richtlinienkonformen Zustand geschaffen zu haben.⁸⁷

bb) Unanwendbarkeit von § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG?

Wer es im Unterschied zu mir für nicht möglich hält, § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG teleologisch zu reduzieren, wird sich Gedanken darüber machen, ob Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Massenentlassungsrichtlinie lediglich das Primärrecht des Art. 30 GRC iVm Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV konkretisiert.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁸² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 70 – CCOO; 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 Rn. 62ff. – IR, Chefarztfall; 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 70ff. – Egenberger; 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 Rn. 30f. – Dansk Industri; 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85 Rn. 48 – Kükükdveci; 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, NZA 2004, 1145 Rn. 113f. – Pfeiffer.

⁸³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 70 – CCOO; 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 Rn. 62ff. – IR, Chefarztfall; 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 70ff. – Egenberger; 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 Rn. 33 – Dansk Industri.

⁸⁴ EuGH 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 Rn. 32 – Dansk Industri; 15.1.2014 – C-176/12, NZA 2014, 193 Rn. 39 – Association de médiation sociale; 24.1.2012 – C-282/10, NZA 2012, 139 Rn. 25 – Dominguez; BAG 21.3.2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 30; 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29.

⁸⁵ BAG 23.6.2010 – 10 AZR 543/09, NZA 2010, 1081 Rn. 35; 17.11.2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 26 mit Bespr. Höpfner AP BUrlG § 11 Nr. 65; Rudkowski SAE 2011, 1; Rudkowski NZA 2012, 74.

⁸⁶ Weiterführend *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17 (22ff.) mit zahlreichen Nachweisen; ebenso *ErfK/Kiel*, 20. Aufl. 2020, KSchG § 17 Rn. 7; *Oberthür RdA* 2018, 286 (287ff.); aA *Hohenstatt/Naber* NZA 2014, 637 (640); *Weber* NZA 2016, 727 (732); jeweils nur Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat; aA auch *Commandeur/Kleinebrink* NZA-RR 2017, 449 (459); *Lunk/Hildebrand* NZA 2016, 129 (132); *APS/Moll* KSchG § 17 Rn. 16a ff.: jeweils gespaltene Auslegung, Einbeziehung nur innerhalb des Schutzniveaus der Richtlinie.

⁸⁷ BT-Drs. 8/1041, S. 4; *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17 (23); *EuArbRK/Spelge*, 3. Aufl. 2020, Richtlinie 98/50/EG Rn. 50.