



Europarechtliches Symposium 2018

**Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 19. - 20. April 2018**

**„Aktuelle Tendenzen des EuGH
und deren Auswirkungen auf das nationale
Recht (Arbeitnehmerbegriff,
Betriebsübergang und andere Fragen)“**

Dr. Nathalie Oberthür

Rechtsanwältin, Köln

Aktuelle Tendenzen des EuGH und deren Auswirkungen auf das nationale Recht (Arbeitnehmerbegriff, Datenschutz und andere Fragen)

Rechtsanwältin *Dr. Nathalie Oberthür*, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Fachanwältin für Sozialrecht, Köln

I. Einleitung

Bereits zum neunten Mal hat das Bundesarbeitsgericht gemeinsam mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. am 19./20.04.2018 ein Europarechtliches Symposium veranstaltet. Mit dem nachfolgenden Beitrag, der auf einem Vortrag des Symposiums beruht, sollen einzelne Aspekte der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und deren Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung beleuchtet werden.

II. Aktuelles zum Arbeitnehmerbegriff

Vor drei Jahren hat *Barbara Reinhard* ihr Referat auf dieser Veranstaltung mit der Frage geschlossen, ob es denn sinnvoll sein könne, ein Arbeitsrecht für Arbeitnehmer und ein Arbeitsrecht für europäische Arbeitnehmer zur Anwendung zu bringen.¹ Seitdem hat es in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Tendenzen gegeben, die nahelegen, dass der Gerichtshof das Problem auf seine Weise löst: durch eine Ausdehnung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit Wirkung auch für die nationalen Rechtsordnungen. Namentlich GmbH-Geschäftsführer und DRK-Schwester, an deren Beispiel die europäische Rechtsentwicklung nachfolgend aufgezeigt werden soll, haben dabei eine statusrechtliche Neubewertung erfahren.

1. Der GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer

a. Statusbetrachtung in Deutschland

Der GmbH-Geschäftsführer ist nach deutschem Recht regelmäßig nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Das Bundesarbeitsgericht hält die Beschäftigung eines GmbH-Geschäftsführers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zwar grundsätzlich für möglich, dies allerdings nur dann, wenn die Gesellschaft eine über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände besitzt, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, mithin dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann.² Der Bundesgerichtshof schließt die Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers demgegenüber schon grundsätzlich aus.³

¹ *Reinhard*, RdA 2015, 321.

² BAG vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16; BAG vom 26.10.2012, 10 AZB 55/12; BAG vom 24.11.2005 – 2 AZR 614/04; BAG vom 26.05.1999 – 5 AZR 664/98; LAG Köln vom 18.01.2018 – 7 Sa 292/17; *Reinfelder*, RdA 2016, 87; *Fischer*, NJW 2011, 2329; kritisch *Wank*, EuZW 2016, 143.

³ BGH vom 10.05.2010 – II ZR 70/09; BGH vom 08.01.2007 – II ZR 267/05.

Diese Rechtslage hat sich vor einiger Zeit beinahe geändert. Getrieben von dem Bestreben, den „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und gleichzeitig die Prüftätigkeit von Behörden zu erleichtern“, hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16.11.2015 einen Referentenentwurf vorgelegt, der mit § 611a BGB erstmals eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages einführen sollte. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sollte demnach ein Arbeitsvertrag vorliegen, wenn jemand „Arbeitsleistungen erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt.“ Für die Feststellung, ob dies der Fall ist, sollte ein Katalog von Kriterien eingeführt werden, die bei der Statusbewertung maßgebliche Beachtung finden sollten. Zudem sollte das Bestehen eines Arbeitsvertrages (wenn auch nur widerleglich) vermutet werden, wenn im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses festgestellt würde. Diese Gesetzesänderung hätte für GmbH-Geschäftsführer weitreichende Folgen gehabt. Die in der Entwurfsfassung genannten Kriterien hätten GmbH-Geschäftsführer in den allermeisten Fällen erfüllt. Das für Gesellschafter-Geschäftsführer obligatorische Anfrageverfahren gemäß § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV führt zudem bei Geschäftsführern, die die Gesellschaft nicht beherrschen, regelmäßig zur Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses.⁴ Fremd- und Minderheitsgesellschafter wären damit unabhängig von dem Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit in zahlreichen Fällen zu Arbeitnehmern im Sinne der deutschen Rechtsordnung geworden.⁵

Die nachhaltige Kritik⁶ an diesem Entwurf ist indes nicht ungehört geblieben, das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens ist bekannt: Seit dem 01.04.2017 lautet die gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages in § 611a Abs. 1 BGB wie folgt: „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.“ Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs⁷ legt die Norm damit unter wörtlicher Wiedergabe der Leitsätze höchstrichterlicher Rechtsprechung fest, wer Arbeitnehmer ist. Mithin: es bleibt alles beim Alten. Überlegungen, den Arbeitnehmerbegriff neu zu justieren und stärker auf die wirtschaftliche Abhängigkeit oder das unternehmerische Handeln auf eigene Rechnung⁸ abzustellen, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Maßgebliches Kriterium für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft – auch für GmbH-Geschäftsführer – ist deshalb nach nationalem Recht auch weiterhin die Erbringung der Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit.

b. Die Rechtsprechung des EuGH zum GmbH-Geschäftsführer

(1) Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Der Arbeitnehmerbegriff des Europäischen Gerichtshofs ist bekanntlich weiter als der des nationalen Rechts. Dabei betont der Gerichtshof in ständi-

⁴ Kasseler Kommentar/Seewald, § 7 SGB IV Rn. 88 ff m.w.N.

⁵ Lunk, NZA 2015, 1480.

⁶ Vgl. etwa Thüsing, AuA 2015, 644, 645; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 902; Greiner, NZA 2013, 697, 703.

⁷ BT-Drucksache 18/9232, S.31

⁸ Wank, EuZW 2016, 143.

ger Rechtsprechung seit der Rechtssache *Lawrie-Blum*,⁹ dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht nach Maßgabe der nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgelegt werden könne, sondern eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung haben müsse. Arbeitnehmer sei insoweit „eine Person, die während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“¹⁰ Aus dem Postulat einer eigenständigen Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs folgt allerdings keineswegs ein unionsrechtlich einheitlicher Arbeitnehmerbegriff.¹¹ Denn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bei der Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs immer auch die Zwecksetzung der jeweiligen Rechtsnorm zu berücksichtigen;¹² so dient der Arbeitnehmerbegriff in Art. 45 AEUV der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Nichterwerbstätigen, während der Arbeitnehmerbegriff des harmonisierten Arbeitsschutzrechts in der Regel der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen dient. Ob die unterschiedlichen Zwecksetzungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs stets konsistent berücksichtigt werden, darf zwar bezweifelt werden; fest steht aber jedenfalls, dass nicht nur zwischen dem nationalen und dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu unterscheiden ist, sondern vielmehr auch der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff innerhalb des Unionsrechts unterschiedlich konturiert sein kann.¹³

(2) Die Rechtssache Danosa. Die unterschiedliche Statusbetrachtung nach nationalem Recht und dem Recht der Europäischen Union zeigte sich in Bezug auf GmbH-Geschäftsführer erstmals in der Rechtssache *Danosa*.¹⁴

Nach nationalem Rechtsverständnis begründet die Weisungsunterworfenheit des GmbH-Geschäftsführers unter die Weisungen der Gesellschaft nach § 37 Abs. 1 GmbHG keine die Arbeitnehmereigenschaft begründende persönliche Abhängigkeit. Diese ergibt sich vielmehr daraus, dass der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO unterliegt, der Arbeitgeber mithin berechtigt ist, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Auch der Europäische Gerichtshof stellt für die Statusbestimmung auf die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers ab. Mit der Entscheidung *Danosa* zeichnete sich allerdings ab, dass der Gerichtshof das statusbegründende Weisungsrecht weniger als Instrument einer Steuerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber versteht, denn als Bestandteil eines Über-/Unterordnungsverhältnisses. Bezogen auf den Fall einer lettischen GmbH-Geschäftsführerin hatte der Gerichtshof festgestellt, dass auch ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringe und in sie eingegliedert sei, Arbeitnehmer sein könne, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübe und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhalte. Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft könne dabei nicht als solche ausschließen, dass sich die betroffene Person in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der

⁹ EuGH vom 03.07.1986 - 66/85, *Lawrie-Blum*.

¹⁰ EuGH vom 20.09.2007 - C-116/06, *Kiiski*; EuGH vom 26.04.2007 - C-392/05, *Alevizos*; EuGH vom 07.09.2004 - C-456/02, *Trojani*; EuGH vom 23.03.2004 - C-138/02, *Collins*; EuGH vom 13.04.2000 - C-176/96, *Lehtonen* und *Castors Braine*; EuGH vom 03.07.1986 - 66/85, *Lawrie-Blum*.

¹¹ *Junker*, EuZA 2016, 184, 190.

¹² EuGH vom 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*; EUArbR/*Steinmeyer*, Art 45 AUEV Rn 12; *Junker*, EuZA 2016, 184, 190; *Wank*, EuZW 2018, 21, 29; *Fischer*, NJW 2011, 2329.

¹³ *Wank*, EuZW 2018, 21, 29; *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129.

¹⁴ EuGH vom 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*

betreffenden Gesellschaft befinde. Zu prüfen seien vielmehr die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt würden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliege, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden könne.¹⁵

(3) Die Rechtssache Balkaya. Während die überwiegende Auffassung in der Literatur aus der *Danosa*-Entscheidung den Schluss gezogen hat, dass jedenfalls GmbH-Geschäftsführer, die gesellschaftsrechtlich keinen bestimmenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft ausüben und von der Gesellschaft jederzeit aus ihrem Amt abberufen werden können, grundsätzlich als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn zu qualifizieren sind,¹⁶ hat sich das Arbeitsgericht Verden¹⁷ dazu noch nicht durchringen wollen. Nach seiner Auffassung war die Entscheidung des Gerichtshofs vom 11.11.2010 so zu verstehen, dass ein Unterordnungsverhältnis und damit auch ein Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinne nicht schon dann anzunehmen sei, wenn der Geschäftsführer einer „irgend gearteten“ Aufsicht, Vorgaben und Beschränkungen eines anderen Organs der Gesellschaft unterworfen sei, sondern erst dann, wenn diese „von einigem Gewicht und von bestimmter inhaltlicher Ausprägung“ seien. Anderenfalls wäre es nach Auffassung des Arbeitsgerichts entbehrlich gewesen, auf die Notwendigkeit der Prüfung der zahlreichen durch den Gerichtshof aufgeführten Kriterien zu verweisen. Das Arbeitsgericht bat deshalb im Rahmen eines Vorlagebeschlusses um entsprechende Aufklärung, gegebenenfalls auch um eine „Präzisierung und Konkretisierung der die Arbeitnehmereigenschaft konstituierenden Merkmale, des Maßes, in dem diese jeweils vorliegen müssen, und der Gewichtung der Merkmale untereinander“. Tapfer gab das Arbeitsgericht dem Gerichtshof zuletzt noch zu bedenken, ob nicht das in Deutschland bewährte Merkmal der persönlichen Abhängigkeit auch ein geeignetes Abgrenzungskriterium für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff sein könnte und ob der Gerichtshof nicht geneigt sei, seine Rechtsprechung dahingehend zu „nuancieren“.

Indes – der Vorstoß war vergeblich.¹⁸ Der Europäische Gerichtshof lehnte es in der Rechtssache *Balkaya*¹⁹ auch weiterhin ab, das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium für die Statusbeurteilung heranzuziehen: es komme nicht darauf an, ob das Leitungsorgan bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben über einen Ermessensspielraum verfüge, der über denjenigen eines Arbeitnehmers im Sinne des deutschen Rechts hinausgehe. Auch der Bitte um eine Präzisierung der Kriterien, nach denen ein Unterordnungsverhältnis festzustellen sei, verweigerte sich der Gerichtshof und beschränkte sich insoweit auf einen Verweis auf die in der Rechtssache *Danosa* aufgestellten Abgrenzungskriterien; deren Vorliegen müsse in jedem Einzelfall anhand „aller Gesichtspunkte und aller Umstände, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen“, geprüft werden. Allerdings bestätigte der Gerichtshof mit dieser Entscheidung, dass ein GmbH-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss, der jederzeit abberufen werden kann und den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Weisungen unterliegt, als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen ist. Für Fremd-

¹⁵ EuGH vom 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*.

¹⁶ *Lunk*, NZA 2015, 1480; *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial, 2015, 498; *Lunk/Rodenbusch*, GmBHR 2012, 188; *Preis/Sagan*, ZGR 2012, 26; *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen im Lichte der *Danosa*-Entscheidung des EuGH, 2014, S. 50 ff.; *Oberthür*, NZA 2011, 253.

¹⁷ ArbG Verden, Vorlagebeschluss vom 06.05.2014 – 1 Ca 35/13.

¹⁸ Dies bereits antizipierend *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 639.

¹⁹ EuGH vom 09.07.2015 – C-229/14, *Balkaya*.

geschäftsführer ohne besonderen (Vertrags-) Schutz war der (unionsrechtliche) Status als Arbeitnehmer damit geklärt.²⁰

(4) Die Rechtssache Holtermann. Die vorläufig letzte Entscheidung des Gerichtshofs zu dieser Frage bezog sich in der Rechtssache *Holtermann*²¹ auf einen Geschäftsführer, der eine Minderheitsbeteiligung an der von ihm geleiteten Gesellschaft hielt. Hierzu führte der Gerichtshof aus, dass auch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dem Unternehmen den unionsrechtlichen Arbeitnehmerstatus nicht beseitige, sofern diese einen „nur unerheblichen Einfluss“ auf die Willensbildung des den Geschäftsführer kontrollierenden Organs begründe.²² Damit sind neben den Fremdgeschäftsführern auch die nicht bestimmenden Minderheitsgeschäftsführer als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn anzusehen. Dass umgekehrt Geschäftsführer, die als Alleingesellschafter nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen können, auch unionsrechtlich nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind, entspricht der übereinstimmenden Auffassung des Europäischen Gerichtshofs²³ und des Bundesarbeitsgerichts²⁴ gleichermaßen.

c. Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf nationales Recht

(1) Recht der Massenentlassung. Die Entscheidung in der Rechtssache *Balkaya* bezog sich auf die Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassung). Dieser Richtlinie liegt der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde,²⁵ so dass GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie sind. Derselbe Arbeitnehmerbegriff wäre deshalb auch der Auslegung der die Richtlinie umsetzenden Regelungen der §§ 17, 18 KSchG zugrunde zu legen, kollidiert dort allerdings mit der Bereichsausnahme in § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG, nach der die Vertretungsorgane einer Gesellschaft ausdrücklich nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 KSchG gelten sollen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang angesichts des explizit formulierten Willens des Gesetzgebers eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 17 KSchG *de lege lata* überhaupt möglich ist.

Grundsätzlich sind die nationalen Gerichte gehalten, bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit dem Umsetzungsgebot aus Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen.²⁶ Allerdings unterliegt das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts Schranken; die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Auslegungsweg findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* dienen.²⁷

²⁰ *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 451, halten demgegenüber eine einzelfallbezogene Prüfung der individuellen Kompetenzen des Geschäftsführers für erforderlich.

²¹ EuGH vom 10.09.2015 – C-47/14, *Holtermann Ferho Exploitation*.

²² EuGH vom 10.09.2015 – C-47/14, *Holtermann Ferho Exploitation*.

²³ EuGH vom 27.06.1996 – C-107/94.

²⁴ BAG vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16.

²⁵ EuGH vom 09.07.2015 – C-229/14, *Balkaya*; EuGH vom 13.02.2014 – C-596/12; *EuArbR/Spelge*, Art. 1 RL 98/59/EG Rn. 45; a.A. *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 639; *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 20.

²⁶ EuGH vom 24.01.2012 - C-282/10, *Dominguez*.

²⁷ BAG vom 21.03.2017 – 3 AZR 718/15; BAG vom 21.02.2017 – 1 ABR 62/12; EuGH vom 24.01.2012 - C-282/10, *Dominguez*.

Nach einer Auffassung soll deshalb § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG auch weiterhin anwendbar sein; er verletze mit der Richtlinie 98/59/EG nur Sekundärrecht, der Ausnahmefall einer Direktwirkung liege nicht vor; die unzureichende Umsetzung der Richtlinie begründe für die Betroffenen daher lediglich Ansprüche auf Schadensersatz gegen die Bundesrepublik.²⁸ Eine weitere Auffassung hält die unionsrechtskonforme Auslegung von § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG zwar grundsätzlich für möglich, plädiert allerdings für eine gespaltene Auslegung: § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG sei unionsrechtskonform nur so weit einzuschränken, wie dies nach den Vorgaben der Richtlinie zwingend erforderlich sei, da der Wille des Gesetzgebers, Organvertreter nicht in den Anwendungsbereich des § 17 KSchG einzubeziehen, grundsätzlich zu respektieren sei.²⁹ Da die Schwellenwerte in Art. 1 Abs. 1 lit.a der Richtlinie 98/59/EG strenger sind als die des § 17 Abs. 1 KSchG, soll der Geschäftsführer deshalb nur insoweit Berücksichtigung finden, wie dies bei Anwendung der Schwellenwerte der Richtlinie zum Vorliegen einer Massenentlassung führt; bei den die Vorgaben der Richtlinie überschreitenden nationalen Schwellenwerten habe der Geschäftsführer demgegenüber außer Betracht zu bleiben. Ob der Gerichtshof einer derart gespaltenen Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG folgen würde, darf allerdings bezweifelt werden. Bereits 2007³⁰ hat der Gerichtshof festgestellt, dass die in Art. 1 Abs. 1 lit.a der Richtlinie 98/59/EG festgelegten Schwellenwerte Mindestvorschriften darstellen, von denen die Mitgliedstaaten (nur) durch für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften abweichen dürfen. Die Richtlinie könne (aber) nicht dahin ausgelegt werden, dass die Berechnungsmodalitäten für diese Schwellenwerte und damit die Schwellenwerte selbst zur Disposition der Mitgliedstaaten stehen, da eine derartige Auslegung es den Mitgliedstaaten erlaube, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu verändern und ihr somit ihre volle Wirksamkeit zu nehmen. Zweck der Richtlinie sei es, einen vergleichbaren Schutz der Rechte der Arbeitnehmer in den verschiedenen Mitgliedstaaten im Fall von Massenentlassungen zu gewährleisten und die für die Unternehmen in der Gemeinschaft mit diesen Schutzvorschriften verbundenen Belastungen einander anzugleichen. Dabei bezog sich die Entscheidung auf eine französische Regelung zur Massenentlassung, die auf Schwellenwerte für eine bestimmte Betriebsgröße gänzlich verzichtet und dementsprechend wie auch § 17 KSchG die Vorgaben der Richtlinie übertroffen hatte. Dennoch hielt der Gerichtshof die eigenständige Definition des Arbeitnehmerbegriffs für mit der Richtlinie unvereinbar, weil sie eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl unberücksichtigt ließ. Auch bei einer überschießenden Umsetzung der Richtlinie 98/59/EG hinsichtlich der Schwellenwerte ist deshalb der Arbeitnehmerbegriff einheitlich nach unionsrechtlichen Grundsätzen auszulegen. Um die effektive Geltung der Richtlinie zu gewährleisten, ist § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG deshalb richtlinienkonform dahingehend einzuschränken, dass nicht bestimmende GmbH-Geschäftsführer von der Bereichsausnahme nicht erfasst werden.³¹ Dies lässt sich nach methodischen Grundsätzen ungeachtet des Wortlauts des § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG zulässigerweise umsetzen. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung schließt im deutschen Recht auch das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ein, die insbesondere dann in Betracht kommen kann, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine europäische Richtlinie

²⁸ *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 640; *Weber*, NZA 2016, 727, 732; *Vielmeier* NJW 2014, 2678, 2682.

²⁹ *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 459; *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132; ebenso *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 640, die allerdings die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Nichtanwendung der Regelung insgesamt ablehnen; ebenso *APS/Moll*, § 17 KSchG Rn. 16a ff.

³⁰ EuGH vom 18.01.2007 – C-385/05; zur einheitlichen Auslegung bei richtlinienüberschreitender mitgliedstaatlicher Regelung vgl. auch EuGH vom 10.12.2009 – C-323/08, *Rodriguez Mayor*.

³¹ Ebenso *EuArbR/Spelge*, Art. 1 RL 98/59/EG Rn. 47; *ErfK/Kiel*, § 17 KSchG Rn. 7; *Schaub/Linck*, § 142 Rn. 5; zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch *Preis/Temming*, NZA 2010, 185.

umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden oder verkannt hat.³² Dies kann auch beinhalten, eine nationale Bestimmung entgegen ihrem Wortlaut hinsichtlich eines Teils der von ihr erfassten Fälle nicht anzuwenden, also die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung einzuschränken.³³ Dem steht vorliegend der Wille des Gesetzgebers nicht entgegen; vielmehr war es dessen erklärte Zielsetzung, mit der Neufassung der §§ 17, 18 KSchG zum 30.04.1978 das nationale Recht an die Bestimmungen der Richtlinie 98/59/EG anzupassen.³⁴ Nicht bestimmende Geschäftsführer³⁵ sind demnach bei der Ermittlung der Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG mitzuzählen. Dies gilt sowohl bei der Ermittlung der maßgeblichen Betriebsgröße als auch bei der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer.³⁶

Nicht Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war demgegenüber die weitergehende Frage, ob der nicht bestimmende Geschäftsführer bei eigener Betroffenheit von der Entlassung auch in das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG einzubeziehen und in die Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 Abs. 3 KSchG aufzunehmen ist. Ersteres dürfte jedenfalls zu verneinen sein. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG sieht eine Konsultationspflicht mit der Arbeitnehmervertretung vor, diese definiert als „die Arbeitnehmervertretung nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten“. Da eine Arbeitnehmervertretung für Organvertreter nach deutschem Recht nicht besteht, kommt ein Konsultationsverfahren für diese nicht in Betracht.³⁷ Demgegenüber ist davon auszugehen, dass ein nicht bestimmender Geschäftsführer, der von der Entlassung selbst betroffen ist, der Arbeitsagentur gemäß § 17 Abs. 3 KSchG anzuzeigen ist. Der Schutzzweck der Anzeigepflicht, die sozioökonomischen Auswirkungen, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können,³⁸ durch die frühzeitige Einschaltung der Arbeitsagentur zu mildern, kommt auch für Organvertreter zum Tragen.³⁹ Zudem hat der Gerichtshof auch die individuelle Schutzbedürftigkeit des nicht bestimmenden Geschäftsführers in der Entscheidung *Balkaya* ausdrücklich betont. Fehler in der Massenentlassungsanzeige können daher zur Unwirksamkeit der Kündigung des Anstellungsvertrages führen; die Berufung auf die Unwirksamkeit kann dem Geschäftsführer allerdings nach Treu und Glauben versagt sein, wenn er selbst die nicht ordnungsgemäße Erstattung der Massenentlassungsanzeige zu verantworten hat.⁴⁰

Im Kündigungsschutzrecht vollzieht sich damit die Differenzierung zwischen nationalem und unionsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff nicht nur innerhalb desselben Gesetzes, sondern auch innerhalb derselben Rechtsnorm: §§ 17, 18 KSchG finden auf nicht bestimmende GmbH-Geschäftsführer Anwendung, mit Ausnahme allerdings der Regelung zum Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2

³² BAG, EuGH-Vorlage vom 28.07.2016 – 2 AZR 746/14 (A).

³³ BAG vom 05.12.2012 – 7 AZR 698/11.

³⁴ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs eines 2. Gesetzes zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, BT-Drucksache 8/1041 vom 19.10.1977, S.1.

³⁵ Ebenso Umschüler, die durch Leistungen der Arbeitsagentur gefördert werden und dementsprechend „Vergütung“ erhalten, EuGH vom 09.07.2015 – C-229/14, *Balkaya*.

³⁶ *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132; *Commandeur/Kleinebrink*, NZA 2017, 449, 459.

³⁷ Ebenso *ErfK/Kiel*, § 17 KSchG Rn. 7; *Schmidt/Wilkening*, NZA-RR 2017, 169; *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132; *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 639; *Vielmeier*, NJW 2014, 2678, 2681; a.A. *Forst*, EuZW 2015, 664, 666: Zuständigkeit des Sprecherausschusses.

³⁸ EuGH vom 30.04.2015 – C-80/14, *USDAW und Wilson*; EuGH vom 15.02.2007 – C-270/05, *Athinaiki Chartopoiia*.

³⁹ Ebenso *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 134.

⁴⁰ *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 134; *Stenslik*, DStR 2015, 2334.

KSchG; demgegenüber findet das Kündigungsschutzgesetz im Übrigen wegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auch weiterhin auf GmbH-Geschäftsführer keine Anwendung.

(2) Exkurs: Leiharbeiternehmer als massenentlassungsrelevante Arbeitnehmer ? Nicht geklärt ist bislang die Frage, ob bei der Bemessung der Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG auch Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen sind. Diese können, wie der Gerichtshof in der Rechtssache *Albron Catering*⁴¹ festgestellt hat, auch dann Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein, wenn sie mit dem Arbeitgeber nicht arbeitsvertraglich verbunden sind. In der Rechtssache *Pujante Rivera*,⁴² in der befristet Beschäftigte zu den Arbeitnehmern im Sinne der Richtlinie 98/59/EG gezählt wurden, hat der Gerichtshof darüber hinaus betont, dass der Unionsgesetzgeber dadurch, dass die Richtlinie an quantitative Kriterien anknüpft, die Gesamtbeschäftigtenzahl der fraglichen Betriebe berücksichtigen wollte, um den Arbeitgebern nicht eine im Verhältnis zu ihrem Betrieb übermäßige Belastung aufzuerlegen. Für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens macht es jedoch keinen Unterschied, ob Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder Leiharbeitnehmern besetzt sind; der *Erste Senat* des Bundesarbeitsgerichts hat deshalb bei der Bemessung des Schwellenwertes des § 111 BetrVG, der ebenfalls an die Leistungsfähigkeit des Betriebes anknüpft, Leiharbeiternehmer schon vor der Einführung des § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG berücksichtigt.⁴³ Das LAG Düsseldorf⁴⁴ hat demgegenüber die Auffassung vertreten, Sinn und Zweck des § 17 KSchG verlangten es nicht, Leiharbeiternehmer bei der Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigen; der *Zweite Senat* des Bundesarbeitsgerichts hat in dem nachfolgenden Revisionsverfahren diese Frage durch Beschluss vom 16.11.2017⁴⁵ dem Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Eine Entscheidung steht bislang aus.

(3) Mutterschutzrecht. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Entscheidung in der Rechtssache *Danosa* für Unternehmen ergeben, die eine schwangere Geschäftsführerin aus der Organstellung abberufen wollen, sind an anderer Stelle⁴⁶ bereits ausführlich diskutiert worden; sie sollen hier nicht weiter vertieft werden. Für den der Organstellung zugrundeliegenden Anstellungsvertrag hat der Gesetzgeber jedenfalls zum 01.01.2018 Klarheit geschaffen: Seither findet das Mutterschutzgesetz gem. § 1 Abs. 2 MuSchG Anwendung nicht mehr nur auf Arbeitnehmer, sondern (neben anderen Personengruppen) generell auf Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV. Unabhängig von der unionsrechtlichen Beurteilung sind GmbH-Geschäftsführer ohne Anteilmehrheit oder sonst bestimmenden Einfluss Beschäftigte in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.⁴⁷ Die Kündigung des Anstellungsvertrages – und, jedenfalls bei einer vertraglichen Koppelung von Organstellung und Anstellungsverhältnis, möglicherweise auch die Abberufung aus der Organstellung als Maßnahme der Kündigungsvorbereitung – ist deshalb gemäß § 17 Abs. 1 MuSchG während der Schwangerschaft und der nachgehenden Schutzfrist unzulässig.

⁴¹ EuGH vom 21.10.2010 – C-242/09, *Albron Catering*

⁴² EuGH vom 11.11.2015 – C-422/14, *Pujante Rivera*.

⁴³ BAG vom 18.10.2011 – 1 AZR 335/10.

⁴⁴ LAG Düsseldorf vom 08.09.2016 – 11 Sa 705/15; ebenso EuArbR/*Spelge*, Art. 1 RL 98/59/EG Rn. 52; a.A. *Holler*, ZESAR 2018, 74.

⁴⁵ BAG vom 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 (A), noch n.v.

⁴⁶ *Commandeur/Kleinebrink*, NZA 2017, 449, 452 ff; *Kruse/Stenslik*, NZA 2013, 596; *Oberthür*, NZA 2011, 253; vgl. zur Anwendbarkeit auch des AGG auf GmbH-Geschäftsführer *Hohenstatt/Naber*, ZIP 2012, 1989.

⁴⁷ *Kasseler Kommentar/Seewald*, § 7 SGB IV Rn. 88 ff m.w.N; ErfK/*Schlachter*, § 1 MuSchG Rn. 7.

(4) Eltern- und Pflegezeit. Die Regelungen zur Elternzeit in §§ 15 ff BEEG gelten nach ihrem Wortlaut nur für Arbeitnehmer i.S.d. nationalen Rechts und sind deshalb nach allgemeiner Auffassung nicht auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar.⁴⁸ Allerdings haben jedenfalls die Regelungen zur Inanspruchnahme von Elternzeit die Vorgaben der Richtlinie 2010/18/EU und der dadurch in Kraft gesetzten (überarbeiteten) Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub zu wahren. Mit der Richtlinie 2010/18 wurde die Richtlinie 96/34/EG vom 03.06.1996 mit Wirkung zum 08.03.2012 aufgehoben und die überarbeitete Rahmenvereinbarung in Kraft gesetzt. Nach § 1 Abs. 2 der überarbeiteten Rahmenvereinbarung gilt diese „für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die gemäß den Rechtsvorschriften Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat ein Arbeitsverhältnis haben oder in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.“ Damit wird zwar zum einen der nationale Arbeitnehmerbegriff in Bezug genommen,⁴⁹ zum anderen genügt allerdings, anders als nach der früheren Rahmenvereinbarung, auch ein Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht.⁵⁰ Da nicht bestimmende Geschäftsführer nach nationalem Recht Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV sind, ist deshalb der Arbeitnehmerbegriff der §§ 15 ff BEEG dahingehend unionsrechtskonform auszulegen, dass er auch Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV umfasst. Dies gilt, entsprechend den vorstehend ausgeführten Überlegungen zur gespaltenen Auslegung des § 17 KSchG, auch für diejenigen Regelungen zur Elternzeit, die das zwingend vorgegebene Schutzniveau der Richtlinie überschreiten, demgegenüber nicht für diejenigen Regelungen des BEEG, die in der Richtlinie 2010/18/EU keine Grundlage finden, etwa die Regelungen zum Anspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit gemäß § 15 Abs. 5 - 7 BEEG. Letzteres dürfte sich allerdings ändern, sollte der „Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates“ vom 26.04.2017 umgesetzt werden. Der Entwurf dieser Richtlinie, die nach ihrem Art. 2 „für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Beschäftigungsverhältnis stehen“ gelten soll und damit auch GmbH-Geschäftsführer erfasst,⁵¹ gibt den Mitgliedstaaten unter anderem auf, Ansprüche auf Teilzeitarbeit in der Elternzeit, Ansprüche auf Freistellung für pflegende Angehörige und auf Arbeitsfreistellung aufgrund höherer Gewalt zu gewährleisten, ebenso ein angemessenes Einkommen in diesen Freistellungszeiten. Die Umsetzung dieses Richtlinienvorschlages wird entsprechende Auswirkungen auf den persönlichen Anwendungsbereich etwa des BEEG und des PflegeZG haben.

(5) Entgeltgleichheit. In diesem Zusammenhang mag auch noch das zum 06.07.2017 in Kraft getretene Entgelttransparenzgesetz in den Blick genommen werden, das in Umsetzung des unionsrechtlichen Verbots der geschlechtsbezogenen Benachteiligung wegen des Entgelts in § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG unionsrechtskonform ebenfalls dahingehend auszulegen ist, dass Geschäftsführer, die unionsrechtlich als Arbeitnehmer anzusehen sind, dem Geltungsbereich des Gesetzes unterfallen.⁵² Die praktischen Auswirkungen indes dürften gering sein. Der individuelle Auskunftsanspruch eines Geschäftsführers wird wegen § 12 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG regelmäßig daran scheitern, dass die Vergleichsgruppe kaum jemals sechs Personen des anderen Geschlechts umfassen wird. Umgekehrt wird der Betriebsrat mangels Zuständigkeit keinen Einblick in die Lohn- und Gehaltslisten der Ge-

⁴⁸ HWK/Gaul, § 15 BEEG Rn. 1; Moll/Jacobsen, § 1 BEEG Rn. 4; *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 461.

⁴⁹ EUArbR/Risak, Art 1 Anh. RL 2010/18/EU Rn. 7.

⁵⁰ Vgl. EuGH vom 07.09.2017 – C-174/16; EuGH vom 16.09.2010 – C-149/10, Chatzi, zur Anwendbarkeit auf Beamte.

⁵¹ Ebenso die Stellungnahme des DAV Nr. 45/2017 aus Juni 2017.

⁵² ErfK/Schlachter, § 5 EntgTranspG Rn. 6; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2229.

schäftsführung nehmen dürfen. Es bleibt daher allein bei der (allgemeinen und keineswegs neuen) Verpflichtung des Unternehmens, die Vergütung der Geschäftsführer nicht allein wegen des Geschlechts unterschiedlich auszugestalten.

(6) Urlaubsrecht. Die Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit) beinhaltet einen Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 20 Tagen. Die Richtlinie enthält keinen eigenständigen Arbeitnehmerbegriff, sondern rekurriert auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, wie er zu Art. 45 AEUV entwickelt worden ist.⁵³ Damit sind nicht bestimmende Geschäftsführer von dem Anwendungsbereich auch dieser Richtlinie umfasst; abweichende Regelungen für leitende Angestellte können gemäß Art. 17 Abs. 1 lit.a der Richtlinie nur für die Bestimmungen zur Arbeitszeit vorgesehen werden, nicht aber für die Bestimmungen zum jährlichen Erholungsurlaub.⁵⁴ Dies ist bei der Auslegung des BUrlG zu berücksichtigen; § 2 BUrlG ist deshalb unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn, mithin nicht bestimmende Geschäftsführer, Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub haben.⁵⁵

(7) Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu. Mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) am 25.05.2018 wird gleichzeitig das an die DSGVO angepasste Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu)⁵⁶ in Kraft treten. Die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz finden sich dann in § 26 BDSG-neu. Die Definition des Beschäftigten in § 26 Abs. 8 BDSG-neu umfasst unter anderem Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Selbständige, nicht aber GmbH-Geschäftsführer, die nach nationalem Rechtsverständnis nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. Insofern stellt sich die Frage, ob auch hier der Arbeitnehmerbegriff unionsrechtskonform ausgelegt werden muss; Dies hätte Bedeutung insbesondere für die Frage, ob für GmbH-Geschäftsführer auch die nicht-automatisierte Datenverarbeitung i.S.v. § 26 Abs. 7 BDSG-neu dem Datenschutzregime zu unterwerfen ist, obwohl Art. 2 Abs. 1 DSGVO lediglich die automatisierte oder strukturierte Datenverarbeitung erfasst.

Bei dieser Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass § 26 BDSG-neu auf der Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO basiert, der eigenständige mitgliedstaatliche Regelungen „im Beschäftigungskontext“ zulässt. Da der Begriff des Beschäftigten insoweit nicht näher definiert ist, ist davon auszugehen, dass dieser autonom nach Unionsrecht auszulegen ist.⁵⁷ Dasselbe Verständnis wird auch dem Beschäftigtenbegriff des Art. 88 DSGVO zugrunde zu legen sein,⁵⁸ das Harmonisierungsinteresse der DSGVO ist auch bei der Auslegung der Öffnungsklauseln zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die überschießende Anpassung des BDSG an die frühere Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz) hat auch das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass die überschießende Umsetzung durch das BDSG nichts an dem Gebot einer einheitlichen unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ändert.⁵⁹ Doch wenn damit auch der Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu

⁵³ EUArbR/*Gallner*, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 37.

⁵⁴ EuGH vom 29.11.2017 – C-214/16, King.

⁵⁵ ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 15; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 57.

⁵⁶ Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung und zur Umsetzung der europäischen Datenschutzrichtlinie Polizei und Justiz, BGBl. I 2017, 2097; vgl. auch BT-Drucksache 18/11325.

⁵⁷ *Kühling/Buchner/Maschmann*, DS-GVO, Art. 88 Rn. 8; *Preis/Sagan/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 76.

⁵⁸ *MüArb/Reichold*, 1. Band 2018, § 96 Rn. 16; *Körner*, NZA 2016, 1383, 1384. A.A. *Kühling/Buchner/Maschmann*, DS-GVO, Art. 88 Rn. 13.

⁵⁹ BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16.

legen ist, bestimmt doch diese nur den größtmöglichen Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten; diesen nicht vollständig auszuschöpfen, bleibt den Mitgliedsstaaten unbenommen.⁶⁰ Der nationale Gesetzgeber wäre deshalb berechtigt, das Beschäftigtendatenschutzrecht auf GmbH-Geschäftsführer zu erstrecken; er ist hierzu allerdings nicht verpflichtet, so dass der Wille des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich auf Arbeitnehmer nach nationalem Rechtsverständnis zu begrenzen, bei der Auslegung des § 26 Abs. 8 BDSG-neu zu respektieren ist.⁶¹ GmbH-Geschäftsführer unterfallen deshalb nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des § 26 BDSG-neu.

(8) Allgemeines Arbeitnehmer-Schutzrecht. Arbeitnehmer-Schutzrecht, das im Unionsrecht keine Grundlage findet – beispielsweise das Kündigungsschutzgesetz mit Ausnahme der Regelungen zur Massenentlassung, das Entgeltfortzahlungsgesetz oder das Mindestlohngesetz – findet auch weiterhin keine Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer. Auch das BetrVG dient nicht der Umsetzung europäischen Rechts, so dass für dessen Anwendungsbereich allein der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist. Ein Anspruch des Betriebsrats, den (vermeintlich betriebsstörenden) Geschäftsführer gemäß § 104 BetrVG aus dem Betrieb entfernen zu lassen, besteht deshalb nicht.⁶²

2. Die Rot-Kreuz-Schwester als Leiharbeiterin

Nicht nur die Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs durch den Gerichtshof erfährt eine zunehmend ausweitende Tendenz; gleiches gilt auch für die Beurteilung, ob ein Rechtsakt der europäischen Union auf den nationalen oder den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff Bezug nimmt.

a. Konkurrenz der Arbeitnehmerbegriffe

Die Begriffe der Gemeinschaftsrechtsordnung sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich nicht in Anlehnung an die nationale Rechtsordnung zu definieren, sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist.⁶³ Umgekehrt ist der Gerichtshof nach allgemeiner Auffassung nicht berechtigt, einem Rechtsakt den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen, wenn in diesem Rechtsakt auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen wird.⁶⁴ In diesem Fall ist der Begriff des Arbeitnehmers allein nach nationalem Recht zu bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann das Unionsrecht allerdings auch in diesen Fällen das Ermessen der Mitgliedstaaten begrenzen, wenn anderenfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gefährdet wären. Die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs darf nach dieser Rechtsprechung nicht dazu führen, dass bestimmte Personengruppen willkürlich von dem durch eine Richtlinie gewährten Schutz ausgeschlossen werden⁶⁵. Ein Ausschluss von diesem Schutz

⁶⁰ Kühling/Buchner/Maschmann, DS-GVO, Art. 88 Rn. 10.

⁶¹ Wollte man demgegenüber den Beschäftigtenbegriff des Art. 88 DSGVO zur Begrenzung abweichenden nationalen Rechts dahingehend eng auslegen, dass nationales Recht im Beschäftigungskontext nur als reines Arbeitnehmerdatenschutzrecht zulässig wäre, wäre die Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 26 BDSG-neu etwa auf Beamte und Richter von der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO nicht mehr gedeckt.

⁶² LAG Hamm vom 02.08.2016 – 7 TaBV 11/16.

⁶³ EuGH vom 22.05.2003 – C-103/01; EuGH vom 14.01.1982 - 64/81, Corman.

⁶⁴ Vgl. die Übersicht bei Junker, EuZA 2016, 184, 205.

⁶⁵ So etwa EuGH vom 05.11.2014 – C-311/13, Tümer, zur Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Arbeitnehmer, die Angehörige des Mitgliedstaates sind, oder EuGH vom 15.01.2014 – C-176/12, Association de méditation

darf nur dann zugelassen werden, wenn das zu beurteilende Rechtsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das Beschäftigte, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, mit ihren Arbeitgebern verbindet.⁶⁶ Der Gerichtshof begrenzt die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs demnach durch eine Willkürkontrolle; Umgehungs- oder Aushöhlungstendenzen der Mitgliedstaaten soll im Interesse der Richtlinienziele vorgebeugt werden.⁶⁷

b. Die Rechtssache Ruhrlandklinik

Auf diesen Erwägungen beruhte der Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtssache *Ruhrlandklinik*⁶⁸. Gegenstand des Verfahrens war der Einsatz von Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes (DRK), die zur Arbeitsleistung an andere Unternehmen überlassen werden. DRK-Schwester sind Mitglieder der in der Rechtsform eines Vereins geführten Schwesternschaft und aufgrund der vereinsrechtlichen Mitgliedschaft zur Leistung persönlicher Dienste verpflichtet; nach nationalem Rechtsverständnis sind sie keine Arbeitnehmerinnen.⁶⁹ Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeit) war deshalb nach allgemeiner Auffassung für DRK-Schwester nicht eröffnet, da Art. 3 Abs. 1 lit.a) der Richtlinie den Arbeitnehmer definiert als eine „Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist“, mithin nach bislang herrschender Auffassung für den Anwendungsbereich der Richtlinie auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweist.⁷⁰

Der *Erste Senat* des Bundesarbeitsgerichts warf vor diesem Hintergrund mit seinem Vorlagebeschluss die Frage auf, ob die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs möglicherweise mit Blick auf die Ziele der Richtlinie eingeschränkt werden müsse. Tatsächlich hat der Gerichtshof in der hierauf ergangenen Entscheidung allerdings keineswegs nur die bereits in der Rechtssache *O'Brien*⁷¹ angesprochene Willkürkontrolle vorgenommen. Er hat vielmehr den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie autonom unionsrechtlich ausgelegt.⁷² Nach Auffassung des Gerichtshofs ist nicht entscheidend, dass Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie das nationale Recht in Bezug auf die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs unberührt lässt; dies besage nämlich nur, dass der Unionsgesetzgeber die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten bestehen lassen wollte, die unter den Arbeitnehmerbegriff im Sinne ihres nationalen Rechts fallenden und im Rahmen ihrer innerstaatlichen Regelung zu schützenden Personen zu bestimmen; der Verzicht auf die eigenständige Festlegung des Arbeitnehmerbegriffs im Rahmen der Richtlinie sei damit keineswegs verbunden gewesen.

War damit der Richtlinie 2008/104/EG der Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff entzogen, war es nur noch ein kleiner Schritt, die DRK-Schwester dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu unterstellen. Für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff kommt es nicht auf die rechtliche Einordnung des zwischen der betreffenden Person und dem Unternehmen bestehenden Verhältnisses nach

sociale, zum Ausschluss von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis bezuschusst wird; vgl. auch SA *Kokott* vom 18.05.2004 – C-313/02, Wippel.

⁶⁶ EuGH vom 01.03.2012 - C-393/10, *O'Brien*.

⁶⁷ EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, Art. 3 RL 2008/104/EG, Rn. 3.

⁶⁸ BAG vom 17.03.2015 – 1 ABR 62/12, *Ruhrlandklinik*.

⁶⁹ BAG vom 17.03.2015 – 1 ABR 62/12, *Ruhrlandklinik*; a.A. *Mestwerdt*, NZA 2014, 281.

⁷⁰ EUArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, Art. 3 RL 2008/104/EG Rn. 3.

⁷¹ EuGH vom 01.03.2012 - C-393/10, *O'Brien*.

⁷² Zur grundlegenden methodischen Kritik *Wank*, EuZW 2018, 21; *Ulrici*, EuZW 2017, 68; ebenso *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, S. 407.

nationalem Recht an. Für die Richtlinie 2008/104/EG ergibt sich dies nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus Art. 3 Abs. 1 lit. c, nach dem die Richtlinie nicht nur auf diejenigen Arbeitnehmer Anwendung findet, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, sondern auch auf diejenigen, die mit einem solchen Unternehmen ein „Beschäftigungsverhältnis“ eingegangen sind. Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie ist deshalb nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „jede Person, die ein Beschäftigungsverhältnis im unionsrechtlichen Sinne hat und die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund der Arbeitsleistung, die sie erbringt, geschützt ist“. Dies zu prüfen, so der Gerichtshof, sei Sache des nationalen Gerichts, liege im Fall der DRK-Schwestern allerdings nahe, da deren mitgliedschaftlichen Rechte mit denen eines Arbeitnehmers teilweise übereinstimmten oder ihnen gleichwertig seien.⁷³

c. Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf nationales Recht

Der *Erste Senat* des Bundesarbeitsgerichts hat die Entscheidung des Gerichtshofs mit Urteil vom 21.02.2017⁷⁴ umgesetzt. Der Arbeitnehmerbegriff des § 1 Abs. 1 AÜG ist demnach unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass er auch Personen erfasst, die zwar nicht nach nationalem, wohl aber nach dem unionsrechtlichen Verständnis der Richtlinie als Arbeitnehmer anzusehen und aufgrund ihrer Arbeitsleistung einem Arbeitnehmer vergleichbar geschützt sind. Dies sei bei DRK-Schwestern der Fall, da das im Rahmen der Gestellung bei einem Dritten weisungsabhängig gegen Entgelt tätige Vereinsmitglied einen Schutz genieße, der dem eines Arbeitnehmers zumindest in Teilen entspreche oder gleichwertig sei.

Die Folgen dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit kurzem Federstrich und in bemerkenswerter Schnelligkeit zu verhindern versucht. Kurz nach Verkündung des Urteils des *Ersten Senats* vom 21.02.2017 wurde das in der Ausschussberatung befindliche „Gesetz über den Abschluss der Rentenüberleitung“ vom 17.07.2017⁷⁵ kurzerhand um einen Artikel 9a ergänzt,⁷⁶ der § 2 des DRK-Gesetzes einen Absatz 4 angefügt hat: „Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Maßgabe, dass § 1 Abs. 1 S. 4 und Abs. 1b AÜG nicht anwendbar ist.“ Diese mit Wirkung zum 25.07.2017 in Kraft getretene Neuregelung soll demnach zwar nicht die Anwendbarkeit des AÜG auf die Gestellung der DRK-Schwestern insgesamt, wohl aber die Anwendung der Vorschriften zur Höchstüberlassungsdauer verhindern. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Richtlinie 2008/104/EG wird der Europäische Gerichtshof zu gegebener Zeit zu bewerten haben. Sollte sich, wie vielfach angenommen wird,⁷⁷ der Richtlinie ein Verbot der Dauerüberlassung entnehmen lassen, wäre § 2 Abs. 4 DRK-Gesetz unionsrechtswidrig; dann bleibt die Frage zu beantworten, ob die Regelung zur Gewährleistung des Schutzzwecks der Richtlinie 2008/104/EG von deutschen Gerichten unangewendet bleiben darf, oder ob die Betroffenen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auf Schadenersatzansprüche gegen die Bundesrepublik⁷⁸ verwiesen werden.

⁷³ EuGH vom 17.11.2016 – C-216/15, Ruhrlandklinik.

⁷⁴ BAG vom 21.02.2017 – 1 ABR 62/12.

⁷⁵ BGBl I 2017, 2575.

⁷⁶ vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 31.05.2017, BT-Drucks. 18/12584.

⁷⁷ So zB EuArbR/*Rebhahn/Schörghofer*, RL 2008/104/EG, Art. 1 Rn. 13 ff; *Hamann/Klengel*, EuZA 2017, 485, *Schubert/Jerchel*, EuZW 2017, 551; 487; *Düwell*, ZESAR 2011, 449; LAG Schleswig-Holstein vom 06.07.2016 – 3 TaBV 9/16; offengelassen von BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11;

⁷⁸ EuGH vom 26.03.2015 – C-316/13, Fenoll; EuGH vom 24.01.2012 - C-282/10, Dominguez.

d. Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf andere Beschäftigungsformen

In welchem Umfang diese Rechtsprechung dazu führen wird, dass auch andere Personengruppen unter den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 AÜG fallen, wird abzuwarten sein. Geht man von der Definition einer Person aus, die weisungsabhängige Arbeit erbringt und aufgrund dieser einem Arbeitnehmer vergleichbar geschützt ist, werden auch Richter und Beamte, die der Gerichtshof unionsrechtlich zu den Arbeitnehmern zählt,⁷⁹ als Arbeitnehmer i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG anzusehen sein.⁸⁰ Auch die Bereichsausnahmen in § 1 Abs. 3 AÜG für Arbeitnehmerüberlassung in Konzernen und im öffentlichen Dienst dürften vor diesem Hintergrund unionsrechtlich nicht haltbar sein.⁸¹

e. Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf andere Rechtsakte der Union

Offen bleibt an dieser Stelle die Frage, in welchem Umfang der Gerichtshof diese Rechtsprechung auf andere Richtlinien übertragen wird, die in vergleichbarer Weise wie nach bisherigem Verständnis die Richtlinie 2008/104/EG auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen. Für die Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG (Befristung) hatte der *Siebte Senat* des BAG eine Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs noch verneint und ohne vorherige Vorlage an den Gerichtshof festgestellt, dass es unionsrechtlich nicht geboten sei, im Befristungsrecht ein Beamtenverhältnis auf Zeit oder ein Heimarbeitsverhältnis einem Arbeitsverhältnis gleichzustellen.⁸² Gleiches gilt nach ständiger Rechtsprechung für Leiharbeiter.⁸³ Demgegenüber hatte der EuGH bereits mit der Entscheidung in der Rechtssache *Albron Catering*⁸⁴ für einige Irritation⁸⁵ gesorgt, indem er die Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergang) jedenfalls für den besonderen Fall der konzerninternen Personalführungsgesellschaft auch im Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem bei diesem nicht vertraglich gebundenen, aber tatsächlich eingesetzten Leiharbeiter bejaht hat, eine nach nationalem Recht erforderliche arbeitsvertragliche Bindung deshalb zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs dieser Richtlinie nicht zwingend für erforderlich gehalten hat. Es darf deshalb vermutet werden, dass die Tendenz des Gerichtshofs, bei der Auslegung europäischen Rechts auch künftig zunehmend unionsrechtliche Sichtweisen zugrunde zu legen, eher zu- denn abnehmen wird.

3. Ausblick

Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff könnte schon bald eine definitorische Rechtsgrundlage erhalten. Die Europäische Kommission hat am 21.12.2017 den Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der

⁷⁹ EuGH vom 01.03.2012 - C-393/10, O'Brien; EuGH vom 14.09.2016 – C-184/15, Martínez Andrés und Castrejana López.

⁸⁰ Hamann/Klengel, EuZA 2017, 485, 488.

⁸¹ ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 86; Hamann/Klengel, EuZA 2017, 485, 491 ff.; Deinert, RdA 2017, 65, 82; Raif, GWR 2011, 303.

⁸² BAG vom 24.02.2016 – 7 AZR 712/13; BAG vom 24.08.2016 – 7 AZR 625/15.

⁸³ BAG vom 09.02.2011 – 7 AZR 32/10; BAG vom 18.10.2006 - 7 AZR 145/06; BAG vom 17.01.2007 - 7 AZR 20/06.

⁸⁴ EuGH vom 21.10.2010 – C-242/09, Albron Catering

⁸⁵ Willemsen, NJW 2011, 1546; Forst, RdA 2011, 228; Junker, NZA 2011, 950.

Europäischen Union“ vorgelegt, mit der erstmals die unionsrechtliche Definition des Arbeitnehmers normiert werden soll. Die Definition entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs, indem als Arbeitnehmer jede natürliche Person definiert wird, „die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält“. Der Unionsgesetzgeber würde damit denselben Weg beschreiten, den der deutsche Gesetzgeber mit § 611a BGB bereits gewählt hat: die Kodifikation der höchstrichterlichen Grundsätze zur Statusbeurteilung.

III. Aktuelles zum Urlaubsrecht

Der Arbeitnehmerstatus begründet Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, wie sie in der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit) vorgesehen sind. Das Schicksal dieser Urlaubsansprüche bei einer Verken- nung des Arbeitnehmerstatus war Gegenstand einer Entscheidung der Europäischen Gerichtshofs vom 29.11.2017, die weitreichende Folgen auch für die nationale Rechtsordnung nach sich zieht.

1. Die Rechtssache King

In der Rechtssache *King*⁸⁶ machte ein Arbeitnehmer, der von 1999 bis 2012 als vermeintlich Selbstständiger auf Provisionsbasis beschäftigt gewesen war, nachträglich Ansprüche auf Urlaubsabgeltung für den gesamten Zeitraum geltend. Dies betraf sowohl Ansprüche für Urlaubszeiten, die gewährt aber nicht vergütet worden waren, als auch Ansprüche für Urlaubszeiten, die Herr *King* nicht in Anspruch genommen hatte, weil der Arbeitgeber sie nicht vergütet hätte. Dem Sachverhalt lag die britische Rechtslage zugrunde, nach der ein Arbeitnehmer entweder seinen Urlaubsanspruch geltend machen oder die Urlaubsvergütung einklagen konnte. Der Urlaubsanspruch konnte allerdings nur dann geltend gemacht werden, wenn der Arbeitgeber überhaupt keinen Urlaub gewährte; im Falle der Gewährung unbezahlten Urlaubs war der Arbeitnehmer demgegenüber darauf verwiesen, den Urlaub zunächst zu nehmen und anschließend die Urlaubsvergütung einzuklagen. Eine solche Begrenzung der Rechtsschutzmöglichkeiten erachtete der Gerichtshof als unvereinbar mit den Zielen der Richtlinie 2003/88/EG. Er erinnerte daran, dass der Anspruch auf Jahresurlaub und derjenige auf Zahlung des Urlaubsentgelts zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs darstellten; der Arbeitnehmer müsse deshalb, wenn er seinen Jahresurlaub nehme, das Entgelt erhalten, das ihm für die Urlaubszeit zustehe. Ein Arbeitnehmer, der mit Umständen konfrontiert sei, die geeignet sind, während seines Jahresurlaubs Unsicherheit in Bezug auf das ihm geschuldete Entgelt auszulösen, sei nicht in der Lage, diesen Urlaub voll und ganz als Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu genießen. Solche Umstände könnten den Arbeitnehmer zudem davon abhalten, seinen Jahresurlaub zu nehmen; deshalb verstoße jede Praxis oder Unterlassung eines Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer davon abhalten könne, den Jahresurlaub zu nehmen, gegen das mit dem Recht auf Jahresurlaub verfolgte Ziel. In diesem Fall dürfe das nationale Recht nicht das Erlöschen des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub vorsehen; der Arbeitnehmer, der daran gehindert war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben, habe deshalb Anspruch auf eine finanzielle Vergütung gemäß Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88, die so zu bemessen ist, als hätte der Arbeitnehmer den Urlaubs-

⁸⁶ EuGH vom 29.11.2017 – C-214/16, *King*, m. Anm. v. *Kummer*, NZA-RR 2018, 72.

anspruch während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses ausgeübt. Eine Beschränkung dieses Anspruchs, wie der Gerichtshof sie für den besonderen Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers für zulässig erachtet hatte, ließ der Gerichtshof in diesem Fall nicht zu. Während bei einer langandauernden Erkrankung des Arbeitnehmers auch schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers an der Funktionsfähigkeit seiner Arbeitsorganisation zu berücksichtigen seien, profitiere der Arbeitgeber, der keinen bezahlten Urlaub gewähre, von der beständigen Anwesenheit des Arbeitnehmers. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber irrtümlich davon ausging, dass ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht bestanden habe; es obliege dem Arbeitgeber, sich umfassend über seine Verpflichtungen in diesem Bereich zu informieren. Ließe man unter diesen Umständen ein Erlöschen der vom Arbeitnehmer erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub zu, würde man zudem ein Verhalten bestätigen, das zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Arbeitgebers führe und dem eigentlichen Zweck der Richtlinie, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, zuwiderlaufe.

2. Rechtsfolgen für das deutsche Recht

Auch das Bundesarbeitsgericht legt § 1 BUrlG mittlerweile unionsrechtskonform dahingehend aus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub nur dadurch erfüllt wird, dass der Arbeitgeber für diesen Zeitraum auch die Urlaubsvergütung tatsächlich zahlt oder zumindest vorbehaltlos zusagt.⁸⁷ Verweigert der Arbeitgeber die Urlaubsgewährung, kann der Arbeitnehmer seine Ansprüche gerichtlich geltend machen. Das deutsche Recht stellt dem Arbeitnehmer auch ein zur Durchsetzung seines Urlaubsanspruchs ausreichendes Rechtssystem zur Verfügung, jedenfalls dann, wenn man mit der jüngeren Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer im Wege der einstweiligen Verfügung nicht nur eine (unbezahlte) Gestattung des Fernbleibens von der Arbeit, sondern die Gewährung des bezahlten Erholungsurlaubs erwirken kann.⁸⁸ Ein Arbeitnehmer kann deshalb auch im laufenden Arbeitsverhältnis Rechtsschutz zur Wahrung seiner Urlaubsansprüche in Anspruch nehmen. Die Ausführungen des Gerichtshofs legen allerdings nahe, dass es auf diese Frage nicht entscheidend ankommt. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass der Verfall von Urlaubsansprüchen dann ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer „aus von seinem Willen unabhängigen Gründen“ an der Ausübung seines Urlaubsanspruchs gehindert war. Eine solche Verhinderungswirkung misst der Gerichtshof allerdings nicht nur einem unzureichenden System des Rechtsschutzes bei, sondern bereits der ablehnenden Haltung des Arbeitgebers, der grundsätzlich nicht zur Gewährung bezahlten Jahresurlaubs bereit ist. Da die Entstehung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nicht von irgendeiner Voraussetzung abhängig gemacht werden dürfe, sei irrelevant, ob der Arbeitnehmer im Laufe der Jahre bezahlten Jahresurlaub beantragt habe oder nicht. Nach Auffassung des Gerichtshofs muss der Arbeitnehmer die Gewährung des Jahresurlaubs demnach nicht nur nicht unter Ausschöpfung der nationalen Rechtsbehelfe erzwingen, sondern nicht einmal beim Arbeitgeber explizit beantragen. Damit ist § 7 Abs. 3 BUrlG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die grundsätzliche Verweigerung

⁸⁷ BAG vom 10.02.2015 – 9 AZR 455/13 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, vgl. etwa BAG vom 14.08.2007 – 9 AZR 934/06.

⁸⁸ LAG Berlin-Brandenburg vom 25.07.2016 – 6 Ta 1089/16; LAG Köln vom 08.07.2015 – 11 SaGa 11/15; Hessisches LAG vom 07.05.2013 – 19 SaGa 461/13; LAG Rheinland-Pfalz vom 07.03.2002 – 7 Ta 226/02; *Erk-Gallner*, § 7 BUrlG Rn. 33; *Fischer*, AuR 2003, 241; a.A. *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, Ziffer I Rz. 237; *Corts*, NZA 1998, 357.

der Gewährung bezahlten Jahresurlaubs, insbesondere bei vermeintlich selbständigen Mitarbeitern oder auch in Bestandsstreitigkeiten für die Zeiträume nach Ablauf der Kündigungsfrist, den Verfall des Urlaubsanspruchs am Ende des Urlaubsjahres verhindert. Ob dieselben Maßstäbe gelten, wenn der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch zwar nicht dem Grunde nach in Frage stellt, diesen allerdings nicht (eigeninitiativ) gewährt, weil der Arbeitnehmer ihn nicht geltend gemacht hat, wird der Gerichtshof auf den entsprechenden Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 13.12.2016⁸⁹ zu entscheiden haben. Die Ausführungen des Generalanwalts *Tanchev* in der Rechtssache *King* lassen insoweit bereits anklingen, dass in der Haltung des Arbeitgebers der entscheidende Unterschied liegen könnte. Der Generalanwalt führt insoweit aus, dass nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anstelle von bezahltem Jahresurlaub eine finanzielle Vergütung zu leisten sei „für den gesamten Zeitraum, in dem der Arbeitgeber keine entsprechende Möglichkeit zur Wahrnehmung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub geboten hat, wobei der Zeitraum erst in dem Moment endet, von dem an diese Möglichkeit bestanden hat.“⁹⁰ Die grundsätzliche Bereitschaft des Arbeitgebers, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub zu erfüllen, schafft insoweit einen hinreichend verbindlichen Rechtsrahmen für den Arbeitnehmer, der es nicht unangemessen oder den Zielen der Richtlinie widersprechend erscheinen lässt, wenn die nationale Rechtsordnung dem Arbeitnehmer das Erfordernis einer Antragstellung aufbürdet. Dennoch hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Bollacke*⁹¹ ausgeführt, dass ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht davon abhängt, dass der Arbeitnehmer „im Vorfeld einen Antrag gestellt“ habe. Die abschließende Festlegung des Gerichtshofs bleibt deshalb abzuwarten.

Eine zeitliche Begrenzung für die Ansammlung von Urlaubsansprüchen sieht der Gerichtshof, anders als bei langandauernder Krankheit des Arbeitnehmers, bei pflichtwidriger Verweigerung der Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber nicht. Im Hinblick auf das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG wird sich diese Rechtsprechung durch eine noch weitergehende⁹² richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion umsetzen lassen, nach der das Fristenregime für Urlaubsansprüche, an deren Inanspruchnahme der Arbeitnehmer gehindert war, nicht anzuwenden ist. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht bislang selbst bei rechtswidriger Verweigerung des Urlaubs für den sich daraus ergebenden Ersatzurlaubsanspruch angenommen, dass es sich hierbei nicht um einen "Urlaubsanspruch *sui generis*" handle, der losgelöst von allen urlaubsrechtlichen Befristungsregelungen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer mit Erfolg geltend gemacht werden könnte; vielmehr wurde der Anspruch der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterworfen.⁹³ Die Verjährbarkeit wird teilweise zudem nicht nur für den Ersatzurlaubsanspruch, sondern auch für den ursprünglichen Anspruch auf Erholungsurlaub angenommen.⁹⁴ § 195 BGB dürfte einer unionsrechtskonformen Auslegung allerdings kaum zugänglich sein.⁹⁵ Maßgeblich bleibt deshalb die Frage, ob sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, den der Europäische Gerichtshof als

⁸⁹ BAG vom 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A); die Pflicht zur aktiven Urlaubsgewährung bejahend etwa LAG Köln vom 10.11.2016 – 8 Sa 323/16; LAG München vom 06.05.2015 – 8 Sa 982/14; LAG Berlin-Brandenburg vom 12.06.2014 – 21 Sa 221/14.

⁹⁰ GA *Tanchev*, Schlussanträge vom 08.06.2017, C-214/16, King.

⁹¹ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13, Bollacke.

⁹² Zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nach Schulz-Hoff vgl. BAG vom 24.03.2009 – 9 AZR 983/07.

⁹³ BAG vom 11.04.2006 – 9 AZR 523/05; BAG vom 05.12.1995 – 9 AZR 666/94.

⁹⁴ LAG Düsseldorf vom 18.08.2010 – 12 Sa 650/10; LAG Düsseldorf vom 05.05.2010 – 7 Sa 1571/09.

⁹⁵ *Bayreuther*, NZA 2018, 24.

besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Union begreift,⁹⁶ nicht nur aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG, sondern unmittelbar auch aus Art. 31 Abs. 2 GRC herleiten lässt,⁹⁷ und, letzterenfalls, ob Art. 31 Abs. 2 GRC dahin auszulegen ist, dass er in einem Rechtsstreit zwischen Privaten unmittelbar geltend gemacht werden kann, um die volle Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub zu gewährleisten und zu erreichen, dass jede entgegenstehende nationale Vorschrift – in diesem Fall die Verjährungsregelung in § 195 BGB – unangewendet bleibt.⁹⁸ Die Gelegenheit, sich mit dieser Frage nach einem etwaigen Geltungsanspruch des Art. 31 Abs. 2 GRC im mitgliedstaatlichen Privatrechtsverkehr auseinanderzusetzen, hat das Bundesarbeitsgericht dem Gerichtshof mit Vorlagebeschlüssen vom 18.10.2016⁹⁹ und 13.12.2016¹⁰⁰ bereits gegeben.

IV. Die Rechtsprechung des EGMR zum Arbeitnehmer- Datenschutz

Nicht nur der Gerichtshof der Europäischen Union, auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte prägt zunehmend die Rechtsanwendung der Mitgliedstaaten im Bereich des Arbeitsrechts. Zuletzt hat der Gerichtshof mit einer Entscheidung zum Arbeitnehmer-Datenschutz neue Akzente gesetzt.

1. Die Rechtssache Barbulescu

Ein rumänischer Vertriebsmitarbeiter hatte auf Aufforderung seines Arbeitgebers einen Yahoo-Messenger-Account eingerichtet, über den er mit Kunden kommunizieren sollte. Die private Nutzung der dienstlichen EDV-Systeme war ausdrücklich verboten; der Arbeitnehmer hatte einige Monate zuvor eine entsprechende Notiz unterzeichnet, zusätzlich wenige Tage vor Beginn der Überwachung ein Rundschreiben, in dem erneut das Verbot der Privatnutzung betont und darauf hingewiesen wurde, dass soeben erst eine Arbeitnehmerin wegen der Verletzung dieses Verbots entlassen worden sei. Dennoch nutzte der Arbeitnehmer den dienstlichen Messenger-Account in erheblichem Umfang für private und zum Teil intime Kommunikation mit seinem Bruder und seiner Verlobten. Auf den Vorhalt, dass der Umfang seiner Kommunikation erheblich höher sei als der seiner Kollegen, behauptete der Arbeitnehmer, es habe sich um rein dienstliche Kommunikation gehandelt. Nachdem der Arbeitgeber daraufhin einen 45-seitigen Auszug der privaten Kommunikation vorlegte, berief sich der Arbeitnehmer auf den Schutz seiner Privatsphäre.

Die gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage war vor den rumänischen Gerichten erfolglos. Der Arbeitnehmer erhob daraufhin Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen der Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK. Die *Kleine Kammer* des EGMR verneinte zunächst eine Verletzung der Rechte des Arbeitnehmers; es sei nicht unangemessen, dass ein Arbeitgeber Gewissheit

⁹⁶ EuGH vom 26.06.2001 – C-173/99 – BECTU; EuGH vom 24.01.2012 – C-282/10, Dominguez; EuGH vom 03.05.2012 – C-337/10, Neidel; EuGH vom 08.11.2012 – C-229/11, Heimann.

⁹⁷ So GA *Tanchev*, Schlussanträge vom 08.06.2017, C-214/16, King.

⁹⁸ Mangels zeitlicher Anwendbarkeit des Art. 31 Abs. 2 GRC offengelassen in EuGH vom 26.03.2015 – C-316/13, Fenoll; ablehnend etwa *Schubert*, RdA 2014, 9, 10; *Höpfner*, RdA 2013, 16.

⁹⁹ BAG vom 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 (A); anhängig EuGH C-570/16.

¹⁰⁰ BAG vom 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A); anhängig EuGH C-684/16.

darüber haben wolle, ob und inwieweit die Beschäftigten in der Arbeitszeit ihre beruflichen Aufgaben erledigen¹⁰¹. Die von dem Arbeitnehmer daraufhin angerufene *Große Kammer* des EGMR bejahte demgegenüber die Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK.¹⁰² Zwar sei dem Arbeitnehmer das Verbot der Privatnutzung bewusst gewesen. Es sei allerdings nicht festgestellt worden, dass der Arbeitnehmer vor Einleitung der Kontrollmaßnahmen über die Möglichkeit, die Art und das Ausmaß möglicher Kontrollen und über die Tatsache informiert wurde, dass auch auf die konkreten Inhalte der Kommunikation zugegriffen werde; zwar habe er einen Hinweis über mögliche Kontrollmaßnahmen unterzeichnet, es stehe allerdings nicht fest, dass dies vor Beginn der Kontrollmaßnahmen erfolgt sei. Ferner sei nicht geklärt worden, ob ein legitimer Grund für die Kontrollmaßnahmen vorlag, ob nicht mildere Überwachungsmethoden möglich gewesen wären und ob die Kommunikationsdaten ohne seine Kenntnis erhoben worden waren. Auch seien die Schwere des Eingriffs in Art. 8 EMRK nicht geprüft und die Konsequenzen der Überwachung (hier die schärfste denkbare Sanktion, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses) nicht berücksichtigt worden.

2. Auswirkungen auf das nationale Recht

Zwar ist die Bundesrepublik an das Urteil des EGMR nicht unmittelbar gebunden, doch verpflichtet der Verfassungsgrundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung die deutschen Gerichte, die Vorgaben des EGMR zur Auslegung der Schutzgarantien der EMRK zu berücksichtigen.¹⁰³ In diesem Rahmen sind insbesondere die Anforderungen des EGMR an die Transparenz von Kontrollmaßnahmen von Bedeutung. Die nationale Rechtsprechung hat zwar bislang die Transparenz der Datenerhebung in die Verhältnismäßigkeitsbeurteilung mit einbezogen, indem beispielsweise die Kontrolle in Anwesenheit des Arbeitnehmers als weniger belastend angesehen wurde als die Kontrolle ohne dessen Kenntnis.¹⁰⁴ Eine generelle Verpflichtung, Kontrollmaßnahmen nach Art, Umfang und Eingriffsidentität im Vorfeld anzukündigen, hat die nationale Rechtsprechung demgegenüber bislang nicht aufgestellt. Sie geht auch inhaltlich weiter als die bloße Herstellung eines transparenten Kontrollprozesses. Der EGMR hat betont, dass auch durch das Verbot der privaten Nutzung der Arbeitgeber das private soziale Leben am Arbeitsplatz nicht auf Null reduzieren könne, die Achtung des Privatlebens vielmehr (wenngleich möglicherweise eingeschränkt) weiterhin bestehe.¹⁰⁵ Der Arbeitnehmer müsse deshalb „vor der Einleitung der Überwachungstätigkeit“ vorgewarnt werden, „insbesondere wenn sie auch den Zugang zu den Inhalten der Kommunikation der Arbeitnehmer einschließt.“ Damit soll dem Arbeitnehmer ersichtlich die Möglichkeit gegeben werden, sein Verhalten im Interesse der Wahrung seiner Privatsphäre in Kenntnis möglicher Kontrollen an die Vorgaben des Arbeitgebers anzupassen; erst dann kann eine Vertraulichkeitserwartung des Arbeitnehmers nur noch im Rahmen der vorangekündigten Kontrollmaßnahmen bestehen. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn die Kontrollmaßnahme auf Verhaltensweisen beschränkt wird, die von der Kenntnis der Kontrollmöglichkeit getragen waren. Kommunikationsvorgänge, die zeitlich vor der Ankündigung potentieller Kontrollen erfolgt sind, sind damit von der Kontrolle auszunehmen.

¹⁰¹ EGMR (Kleine Kammer) vom 12.01.2016 – 61496/08, Barbulescu.

¹⁰² EGMR (Große Kammer) vom 05.09.2017 – 61496/08, Barbulescu.

¹⁰³ BVerfG vom 26.03.1987 – 2 BvR 589/79; BVerfG vom 04.05.2011 – 2 BvR 2356/09.

¹⁰⁴ BAG vom 20.06.2013 – 2 AZR 546/12.

¹⁰⁵ EGMR vom 05.09.2017 – 61496/08, Barbulescu; bestätigt mit EGMR vom 28.11.2017 – 70838/13, Antovic und Mirkovic.

Nicht abschließend geklärt ist nach der Entscheidung des Gerichtshofs, ob die Information über potentielle Überwachungsmaßnahmen nur für präventive oder auch für repressive Kontrollmaßnahmen erforderlich ist. Während eine abstrakt-generelle Festlegung präventiver Kontrollmaßnahmen im Vorfeld unschwer möglich ist, müssen sich repressive Kontrollmaßnahmen nach den Umständen des konkreten Einzelfalls richten; Zwecksetzung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einzelner Kontrollmaßnahmen lassen sich erst festlegen, wenn ein hinreichend konkreter Anfangsverdacht überhaupt besteht. In diesem Zeitpunkt noch auf mögliche Kontrollen hinzuweisen, dürfte eine objektive Aufklärung des Verdachts erheblich erschweren. Denkbar erscheint es deshalb, bei konkretem Verdacht den Aufklärungsinteressen des Arbeitgebers Vorrang vor den Informationsinteressen des Beschäftigten einzuräumen. Allerdings hat der EGMR im Hinblick auf eine behördliche Überwachung zur Überprüfung möglichen Sozialleistungsbetruges, die gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK der gesetzlichen Grundlage bedarf, auch bezüglich dieser gesetzlichen Grundlage den Grundsatz der „foreseeability“ betont; beanstandet wurde, dass die gesetzliche Ermächtigungsnorm keine Hinweise auf Verfahren zur Genehmigung oder Überwachung der Durchführung geheimer Überwachungsmaßnahmen enthielten, ebenso keine Einzelheiten hinsichtlich der Höchstdauer der Überwachungsmaßnahmen.¹⁰⁶ Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass der EGMR auch für repressive Kontrollmaßnahmen eine Vorabinformation für erforderlich erachten wird, mit der die Arbeitnehmer zumindest abstrakt über mögliche Kontrollmaßnahmen, über deren Umfang und Dauer sowie über die Voraussetzungen der Überwachung und die Kontrolle des Überwachungsprozesses informiert werden.

Die Vorgaben des EGMR zur Transparenz möglicher Kontrollmaßnahmen werden ab dem 25.05.2018 durch die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung zur Gewährleistung transparenter Verarbeitungsvorgänge ergänzt. Gemäß Art. 13 DSGVO ist der Arbeitnehmer spätestens mit der Datenerhebung unter anderem über den Verarbeitungsvorgang, die Verarbeitungszwecke und die berechtigten Verarbeitungsinteressen des Arbeitgebers zu unterrichten. Damit ist der Arbeitnehmer neben der allgemeinen Ankündigung möglicher Kontrollmaßnahmen vor der tatsächlichen Durchführung der Kontrolle erneut zu informieren. Hiervon eine Ausnahme zu machen, erlaubt § 32 Abs. 1 Nr. 4 BDSG-neu, wenn die Auskunft die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche beeinträchtigen würde und die Interessen des Arbeitgebers die Interessen des Arbeitnehmers an der Information überwiegen; in diesem Fall ist die Information innerhalb angemessener Frist, spätestens binnen zwei Wochen nachzuholen. Heimliche Kontrollmaßnahmen ohne Kenntnis des Arbeitnehmers werden deshalb künftig nur in engen Ausnahmefällen dann noch zulässig sein, wenn bei der offenen Datenerhebung die Gefahr einer Manipulation oder Verschleierung besteht oder anderweitig die Aufklärung erheblich erschwert würde.

V. Die Befristung von Arbeitsverhältnissen nach Erreichen des Rentenalters

Schließlich, last but not least, hat der Europäische Gerichtshof auch im Befristungsrecht eine offene Streitfrage geklärt. Die befristete (Weiter-) Beschäftigung von Rentnern wird damit künftig erleichtert.

¹⁰⁶ EGMR vom 18.10.2016 – 61838/10, Vukota-Bojic.

1. Die Rechtssache John

§ 41 Satz 3 SGB VI in der seit dem 01.07.2014 geltenden Fassung sieht vor, dass die Arbeitsvertragsparteien bei vertraglich vereinbarter Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen des Regelrentenalters den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben können. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Unionsrechtlichen Vorgaben ist vielfach bezweifelt worden.¹⁰⁷ Das LAG Bremen hat deshalb mit Vorlagebeschluss vom 23.11.2016¹⁰⁸ die Frage der Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Richtlinie 1999/70/EG (Befristung) und der Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf) aufgeworfen. Die beklagte Stadt hatte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines angestellten Lehrers über die Altersgrenze hinaus einvernehmlich mit diesem hinausgeschoben, eine zweite Verschiebung allerdings abgelehnt.

Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 28.02.2018¹⁰⁹ festgestellt, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters einer nationalen Bestimmung nicht entgegensteht, die bei Arbeitnehmern, die die Regelaltersgrenze erreicht haben, das Hinausschieben des Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses von einer befristet erteilten Zustimmung des Arbeitgebers abhängig macht. Nach Auffassung des Gerichtshofs werden Personen, die das Rentenalter erreicht haben, durch eine solche Regelung nicht gegenüber Personen, die dieses Alter noch nicht erreicht haben, benachteiligt. Die Regelung, nach der das Ende des Arbeitsverhältnisses mehrfach hinausgeschoben werden kann, und zwar ohne weitere Voraussetzungen und zeitlich unbegrenzt, stellt eine Ausnahme vom Grundsatz der automatischen Beendigung des Arbeitsvertrags bei Erreichen der Regelaltersgrenze dar. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses setzt in jedem Fall die Zustimmung beider Vertragsparteien voraus.

Was die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge angeht, hat der Gerichtshof bereits bezweifelt, ob die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses überhaupt als Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge angesehen werden könne; man könne sie auch als bloße vertragliche Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Rentenalters auffassen. Jedenfalls aber sei nicht ersichtlich, dass die Regelung geeignet sei, den Abschluss aufeinanderfolgender Arbeitsverträge zu fördern, oder eine Quelle potenziellen Missbrauchs zulasten der Arbeitnehmer darstelle. Jedenfalls könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Regelaltersgrenzen systematisch zu einer Prekarisierung der Lage der betreffenden Arbeitnehmer im Sinne der Rahmenvereinbarung führen. Sollte demgegenüber das nationale Gericht zu der Auffassung gelangen, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/70/EG eröffnet sei, stehe die Richtlinie einer solchen Regelung nicht entgegen. Ein Arbeitnehmer, der das Regelalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht habe, unterscheide sich von anderen Arbeitnehmern nicht nur hinsichtlich seiner sozialen Absicherung, sondern auch dadurch, dass er sich regelmäßig am Ende seines Berufslebens befinde und damit im Hinblick auf die Befristung seines Vertrags nicht vor der Alternative stehe, in den Genuss eines unbefristeten Vertrags zu kommen. Zudem sei bei der Verlängerung

¹⁰⁷ Nachweise bei ErfK/Rof/s, § 41 SGB VI Rn. 22; zur Zulässigkeit jedenfalls der erstmaligen Verschiebung des Beendigungszeitpunkts LAG Niedersachsen vom 29.11.2016 – 10 Sa 218/16.

¹⁰⁸ LAG Bremen vom 23.11.2016 – 3 Sa 78/16.

¹⁰⁹ EuGH vom 28.02.2018, C-46/17, John.

des Arbeitsverhältnisses gewährleistet, dass der betreffende Arbeitnehmer zu den ursprünglichen Bedingungen weiterbeschäftigt werde und gleichzeitig seinen Anspruch auf eine Altersrente behalte.

2. Auswirkungen auf das nationale Recht

Die Entscheidung des Gerichtshofs liegt bislang nur in Form einer Pressemitteilung vor, so dass eine Analyse der Entscheidungsgründe an dieser Stelle nicht möglich ist. Ausgehend von der Pressemitteilung sind jedoch zum einen die nationalen Gerichte berechtigt, die bislang in Deutschland geltende Auffassung, dass es sich bei § 41 SGB VI um einen Befristungstatbestand handelt, beizubehalten. Die Ausführungen des Gerichtshofs zu der systematisch fehlenden Möglichkeit der Prekarisierung eines Arbeitsverhältnisses bei einem Arbeitnehmer, der durch den Bezug der Regelaltersrente typischerweise wirtschaftlich abgesichert ist, lassen sich zudem dahingehend verstehen, dass der Gerichtshof in dieser Situation eine mit § 5 Ziffer 1 lit.a der Rahmenvereinbarung aus der Richtlinie 1999/70/EG vereinbare sachliche Rechtfertigung der Befristung erkennt.¹¹⁰ Einer im Einzelfall einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers gewählte Vertragsgestaltungen kann mit der unionsrechtlich ohnehin gebotenen Prüfung nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs begegnet werden.¹¹¹

IV. Fazit

Es ist unschwer absehbar, dass das europäische Arbeitsrecht weiter in Bewegung bleibt und sich diese Bewegung voraussichtlich auch immer weiter beschleunigen wird. Dieser Beitrag mag deshalb geschlossen werden mit einem Zitat aus der berufenem Feder von *Schubert* und *Jerchel*: „Es bleibt dabei: Das deutsche Arbeitsrecht ist ohne Kenntnis des europäischen Arbeitsrechts unvollständig.“¹¹²

¹¹⁰ So auch bereits ArbG Karlsruhe vom 27.04.2016 – 3 Ca 22/16.

¹¹¹ *Sprenger*, BB 2016, 757, 760.

¹¹² *Schubert/Jerchel*, EuZW 2017, 551.