

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 25. Juli 2023
- 9 AZR 43/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:250723.U.9AZR43.22.0

I. Arbeitsgericht Minden

Urteil vom 13. November 2020
- 2 Ca 705/20 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 24. Juni 2021
- 5 Sa 1494/20 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerbegriff im Urlaubsrecht

Leitsatz:

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH kann Arbeitnehmer im Sinne des BUrlG sein.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 43/22
5 Sa 1494/20
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Juli 2023

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juli 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, den Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Darsow-Faller sowie die ehrenamtlichen Richter Stietzel und Lohbeck für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. Juni 2021 - 5 Sa 1494/20 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung aus den Jahren 2019 und 2020. 1

Zunächst war die Klägerin seit dem 1. Juli 1993 als Arbeitnehmerin bei der Z GmbH H beschäftigt. Ab dem 19. April 2012 war sie als „Geschäftsführerin“ der Beklagten angestellt, zuletzt aufgrund Dienstvertrags vom 26. Mai 2016 zu einem durchschnittlichen Bruttomonatsgehalt iHv. 6.454,00 Euro. 2

Die Klägerin wurde seit 2018 in einer Geschäftsstelle der zur Unternehmensgruppe der Beklagten gehörenden Z GmbH H in M eingesetzt. Auf der Grundlage einer Vereinbarung vom 26. Oktober 2018 übernahm die Beklagte für die Z GmbH H bestimmte entgeltliche Dienstleistungs- und Beratungstätigkeiten und stellte dieser dazu „ihre Geschäftsführerin ... im erforderlichen Umfang für den o.g. Tätigkeitsbereich zur Verfügung“. Nach Anweisung der Geschäftsführung hatte die Klägerin eine Arbeitszeit von 07:00 Uhr bis 18:00 Uhr einzuhalten. Vormittags musste sie am Telefon eine sog. „Kaltakquise“ durchführen, am Nachmittag hatte sie in eigener Initiative Leistungen anzubieten und wurde im Außendienst, zu Kundenbesuchen und mit Kontroll- und Überwachungsaufgaben eingesetzt. Sie hatte wöchentlich 40 Telefonate und 20 Besuche nachzuweisen. Außerdem führte sie Vorstellungsgespräche und Einstellungsverhandlungen. Die Parteien vereinbarten zudem die Zahlung einer vom Ergebnis der Geschäftsstelle M abhängigen Tantieme. 3

Nach sechsjähriger Betriebszugehörigkeit sah der Dienstvertrag der Parteien einen Jahresurlaub von 33 Tagen vor. Diesen musste die Klägerin bei der 4

Beklagten beantragen. Im Jahr 2019 nahm sie elf Tage und im Jahr 2020 keinen Urlaub in Anspruch.

Mit schriftlicher Erklärung vom 5. September 2019 legte die Klägerin gegenüber der Beklagten ihr Amt als Geschäftsführerin nieder. Am 17. September 2019 wurde sie aus dem Handelsregister als Geschäftsführerin ausgetragen. Das Vertragsverhältnis der Parteien endete durch Kündigung der Klägerin vom 25. Oktober 2019 zum 30. Juni 2020. Vom 30. August 2019 bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses erbrachte sie keine Leistungen und legte der Beklagten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. 5

Die Beklagte hat die Klägerin vor dem Amtsgericht auf Rückzahlung von Tantieme in Anspruch genommen. Eine von der Klägerin erhobene Widerklage auf Entgeltfortzahlung ist vom Amtsgericht mit rechtskräftigem Beschluss vom 10. Juni 2020 abgetrennt und an das Arbeitsgericht verwiesen worden. Mit Schriftsatz vom 10. August 2020 hat die Klägerin diese Klage beim Arbeitsgericht um den - in der Revision allein relevanten - Urlaubsabgeltungsanspruch erweitert. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten im Urteil bejaht, ohne zuvor durch Beschluss über die mit Schriftsatz vom 12. November 2020 erhobene Rüge der Beklagten zu entscheiden, die Gerichte für Arbeitssachen seien für den erhobenen Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht zuständig. Das Landesarbeitsgericht hat diese Verfahrensweise nicht beanstandet. 6

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Gerichte für Arbeitssachen seien trotz ihrer formalen Geschäftsführerstellung zur Entscheidung berufen. Sie sei einem Arbeitsverhältnis entsprechend weisungsgebunden beschäftigt worden und könne als Arbeitnehmerin Urlaubsabgeltung verlangen. 7

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 11.294,36 Euro brutto zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2020 zu zahlen. 8

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat den Standpunkt eingenommen, das Arbeitsgericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht be- 9

jaht. Ein Arbeitsverhältnis habe zwischen den Parteien nicht bestanden. Die Beendigung der Geschäftsführerstellung habe zwar die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG entfallen lassen. Der Dienstvertrag habe aber weitergegolten. Weder die darin geregelten Vertragsmodalitäten noch die tatsächliche Durchführung des Rechtsverhältnisses rechtfertigten die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - ganz überwiegend mit einer Zinsforderung ab dem 13. August 2020 stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts - soweit für die Revision von Bedeutung - zu Recht zurückgewiesen. Die Klage auf Abgeltung von Urlaub ist begründet. Die Klägerin hat Anspruch iHv. 11.294,36 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. August 2020. 11

I. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist eröffnet. Davon ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend ausgegangen. 12

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses des Amtsgerichts vom 10. Juni 2020 erstrecke sich auch auf die mit Schriftsatz vom 10. August 2020 und damit nach der Verweisung vorgenommene Erweiterung der Klage auf Zahlung von Urlaubsabgeltung, hält allerdings einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Dieser Verfahrensfehler führt dazu, dass der Senat nicht gemäß § 17a Abs. 5 GVG iVm. § 73 Abs. 2, § 65 13

ArbGG an die vorinstanzlichen Entscheidungen gebunden ist und die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen selbst zu beurteilen hat.

a) Nach § 73 Abs. 2, § 65 ArbGG prüft das Revisionsgericht nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist und ob das Landesarbeitsgericht seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Die gesetzliche Einschränkung der Prüfungskompetenz des Bundesarbeitsgerichts ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die Rechtswegfrage vorab in dem nach dem Gerichtsverfassungsrecht vorgesehenen Verfahren geprüft worden ist. Hat das Landesarbeitsgericht das in § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG geregelte Verfahren nicht eingehalten, tritt die Bindung nicht ein (*st. Rspr. BAG 16. Dezember 2009 - 5 AZR 125/09 - Rn. 20 mwN*). 14

b) Rügt eine Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs, ist darüber nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG vorab durch einen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschluss zu entscheiden. Ist dies in erster Instanz unterblieben, muss die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Andernfalls wäre der Partei, welche die Zulässigkeit des Rechtswegs gerügt hat, das vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde abgeschnitten (*BGH 18. September 2008 - V ZB 40/08 - Rn. 12 mwN*). 15

aa) Danach hätte das Landesarbeitsgericht gemäß § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG vor der Entscheidung über die Klage auf Urlaubsabgeltung gesondert durch einen isoliert anfechtbaren Beschluss über die Zulässigkeit des Rechtswegs befinden müssen. Dazu war es gehalten, nachdem die Beklagte mit Schriftsatz vom 12. November 2020 ua. gerügt hatte, die Gerichte für Arbeitssachen seien nicht für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Urlaubsabgeltung zuständig. Das Arbeitsgericht hat über den Rechtsweg stattdessen inzidenter im Urteil erkannt. 16

bb) Aufgrund dieses Verfahrensfehlers galt die Beschränkung der Prüfungsbefugnis für das Landesarbeitsgericht als Berufungsgericht nicht. Es war gehalten, die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs im Berufungsverfahren nachzuholen und hierüber durch gesonderten Beschluss zu erkennen. Da es dies un- 17

terlassen hat, stehen die Bestimmungen in § 17a Abs. 5 GVG iVm. § 73 Abs. 2, § 65 ArbGG einer Prüfung durch den Senat nicht entgegen.

2. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Urlaubsabgeltung eröffnet ist. 18

a) Die Gerichte für Arbeitssachen sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG. 19

aa) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten sowie sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. 20

bb) Auszugehen ist dabei von dem allgemeinen nationalen und nicht von dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff (*vgl. zum Status von Geschäftsführern nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie ua.] Rn. 41 ff.; nach der Richtlinie 98/59/EG EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; nach der Richtlinie 92/85/EWG EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 51*). Die Frage des Zugangs zu den Gerichten für Arbeitssachen und der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte fällt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Das Arbeitsgerichtsgesetz basiert nicht auf Unionsrecht und setzt dieses nicht um. § 5 ArbGG liegt keine unionsrechtliche Bestimmung zugrunde. Durch dieses Verständnis wird dem Dienstverpflichteten ein ggf. unionsrechtlich vermittelter Schutz nicht versagt. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist in Bereichen, in denen Unionsrecht anzuwenden ist, das nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts verweist, unabhängig davon zu beachten, ob der Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen oder den 21

ordentlichen Gerichten geführt wird (*BAG 8. Februar 2022 - 9 AZB 40/21 - Rn. 16; 21. Januar 2019 - 9 AZB 23/18 - Rn. 14, BAGE 165, 61*).

b) Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht bereits nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen, dem zufolge in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind, nicht als Arbeitnehmer gelten. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin ihr Amt als Geschäftsführerin im September 2019 niedergelegt und wurde zum 17. September 2019 als Geschäftsführerin aus dem Handelsregister ausgetragen. 22

c) Die Frage, ob die Klägerin als Geschäftsführerin ausnahmsweise als Arbeitnehmerin der Beklagten zu qualifizieren war (*zum rechtlichen Charakter eines Anstellungsverhältnisses eines GmbH-Geschäftsführers vgl. BAG 8. Februar 2022 - 9 AZB 40/21 - Rn. 22; 27. April 2021 - 2 AZR 540/20 - Rn. 20; 11. Juni 2020 - 2 AZR 374/19 - Rn. 25 mwN, BAGE 171, 44*), bedarf bezogen auf den Rechtsweg keiner abschließenden Entscheidung. Selbst wenn die Klägerin keine Arbeitnehmerin der Beklagten gewesen wäre, ergäbe sich die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen aus § 2 Abs. 3 ArbGG. 23

aa) Nach § 2 Abs. 3 ArbGG können vor die Gerichte für Arbeitssachen auch nicht unter § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für die Geltendmachung des Anspruchs nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. 24

bb) Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 ArbGG findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem „Sic-non-Antrag“ folgen kann. Werden zusätzlich zu einem solchen Antrag weitere Anträge gestellt, muss für diese die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für 25

Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 ArbGG gesondert festgestellt werden. Anderenfalls könnten im Zusammenhang mit einer Sic-non-Klage, die nur erhoben wird, um den Rechtsstreit vor die Arbeitsgerichte zu bringen, Streitgegenstände vor die Gerichte für Arbeitssachen gelangen, für die andere Gerichte sachlich zuständig sind. Das wäre mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar, wonach der erkennende Richter normativ bestimmt sein muss (*BAG 4. September 2018 - 9 AZB 10/18 - Rn. 25; 15. Februar 2005 - 5 AZB 13/04 - zu II 1 der Gründe, BAGE 113, 308; 11. Juni 2003 - 5 AZB 43/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 106, 273*).

cc) Vorliegend sind die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 ArbGG erfüllt. Die von der Klägerin verfolgten Entgeltfortzahlungsansprüche standen in rechtlichem Zusammenhang mit der im Wege der Klageerweiterung geltend gemachten Urlaubsabgeltung. 26

(1) Dem durch § 2 Abs. 3 ArbGG eröffneten Wahlrecht der Klägerin steht nicht bereits entgegen, dass das Amtsgericht in seinem Verweisungsbeschluss den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als Sic-non-Fall qualifiziert und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht verwiesen hat, ohne zu prüfen, ob es sich bei dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelte. Durch den bindenden Verweisungsbeschluss ist zuvor die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für die Hauptklage auf Zahlung von Entgeltfortzahlung festgelegt worden. Damit ist die Besorgnis einer Manipulation bei der Auswahl des zuständigen Gerichts durch die Klägerin nicht gegeben. Die Klägerin hat die Hauptklage nicht etwa erhoben, um gleichzeitig oder anschließend auch einen Antrag auf Urlaubsabgeltung vor die Arbeitsgerichte zu bringen, sondern die Klage - prozessökonomisch nachvollziehbar - um diesen Anspruch erst erweitert, nachdem bereits aufgrund der Verweisung durch das Amtsgericht rechtskräftig feststand, dass die Hauptklage vor dem Arbeitsgericht verhandelt werden würde. 27

(2) Zwischen Haupt- und Zusammenhangsklage besteht auch ein rechtlicher Zusammenhang iSv. § 2 Abs. 3 ArbGG. Ein solcher liegt vor, wenn ein Zusammenhang zu den vorgebrachten Verteidigungsmitteln des Beklagten nach § 33 28

ZPO besteht (*ErfK/Koch 23. Aufl. ArbGG § 2 Rn. 30; GMP/Schlewing/Dickerhof-Borello 10. Aufl. § 2 Rn. 118; Düwell/Lipke/Zimmerman/Krasshöfer ArbGG 5. Aufl. § 2 Rn. 44*). Dies ist hier gegeben. Die Beklagte hat zur Abwehr beider erhobener Ansprüche einheitlich eingewandt, dass das Geschäftsführeranzahlungsverhältnis kein Arbeitsverhältnis darstelle.

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Abgeltung von 38,5 Arbeitstagen Urlaub mit einem Betrag iHv. 11.294,36 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der Beklagten nach § 7 Abs. 4 BUrlG einen nicht erfüllten Anspruch auf 22 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2019 und auf 16,5 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2020 hatte. Der Abgeltung steht nicht entgegen, dass die Klägerin selbst das Amt der Geschäftsführerin niedergelegt hat. 29

1. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Klägerin als Geschäftsführerin Urlaubsabgeltung verlangen kann. Der Anspruch als Fremdgeschäftsführerin einer GmbH ergibt sich unmittelbar aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Dies folgt - unabhängig davon, ob die Klägerin nach nationalem Recht als Arbeitnehmerin anzusehen ist - aus einer mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG konformen Auslegung der Vorschrift. 30

a) Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Nach § 2 BUrlG unterliegen dem Geltungsbereich des Bundesurlaubsgesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten zudem arbeitnehmerähnliche Personen. 31

b) Durch das Bundesurlaubsgesetz werden die Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG umgesetzt. Die nationalen Gerichte sind gehalten, innerstaatliches Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtlinie auszulegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu er- 32

reichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 58 f.*). Für die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 2 BUrlG bedeutet dies, dass die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Grundsätze zum Arbeitnehmerbegriff (*vgl. EuGH 17. März 2021 - C-585/19 - [Academia de Studii Economice din București] Rn. 58 f.*) heranzuziehen sind. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn - wie vorliegend mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG - eine unionsrechtliche Regelung angewandt und in nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss. Er beeinflusst nationales Recht dort, wo unionsrechtliche Vorgaben für die Regelungsmaterie existieren (*BAG 8. Februar 2022 - 9 AZB 40/21 - Rn. 20; 27. April 2021 - 2 AZR 540/20 - Rn. 23*).

c) Der Arbeitnehmerbegriff im Rahmen der Richtlinie 2003/88/EG ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Als „Arbeitnehmer“ ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (*EuGH 26. März 2015 - C-316/13 - [Fenoll] Rn. 27 mwN*). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es nicht ausgeschlossen, dass das Mitglied eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts ist, selbst wenn der Grad der Abhängigkeit oder Unterordnung eines Geschäftsführers bei der Ausübung seiner Aufgaben geringer ist als der eines Arbeitnehmers im Sinne der üblichen Definition des deutschen Rechts (*vgl. EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 38; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47*). Die Eigenschaft als „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts hängt von den Bedingungen ab, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, der Art der ihm übertragenen Aufgaben, dem Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, dem Umfang der Befugnisse des Mitglieds und der Kontrolle, der

33

es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie der Umstände, unter denen es abberufen werden kann (vgl. *EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 38; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47; BAG 17. Januar 2017 - 9 AZR 76/16 - Rn. 24, BAGE 158, 6*). In die Gesamtwürdigung der Umstände ist einzu- beziehen, in welchem Umfang der geschäftsführende Gesellschafter über seine Anteile an der Willensbildung der Gesellschaft wahrnimmt (vgl. *EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 40*).

d) Danach ist die Klägerin als Arbeitnehmerin iSd. Unionsrechts zu qualifi- 34
zieren. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war sie weisungs-
gebunden tätig. Sie hatte auf Anweisung eine Arbeitszeit von 07:00 Uhr bis
18:00 Uhr einzuhalten. Auch die Art der ihr übertragenen Aufgaben spricht für die
Arbeitnehmereigenschaft. Diese bestanden im Wesentlichen aus typischen Auf-
gaben eines Angestellten. So hatte die Klägerin vormittags eine sog. „Kaltak-
quise“ durchzuführen, indem sie eigeninitiativ Firmen anrief und Leistungen der
Z GmbH H, Geschäftsstelle M, anbot. Nachmittags waren im Außendienst Kun-
denbesuche und Kontroll- und Überwachungsaufgaben zu erledigen. Es bestand
die Vorgabe, wöchentlich 40 Telefonate und 20 Besuche durchzuführen und
nachzuweisen. Darüber hinaus führte sie die Vorstellungsgespräche und Einstel-
lungsverhandlungen. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten kann ein
Geschäftsführer jederzeit abberufen werden. Anhaltspunkt dafür, dass die Klä-
gerin Mehrheitsgesellschafterin war oder eine Sperrminorität besaß, sind nicht
ersichtlich.

2. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht den Umfang des abzugelbenden 35
Urlaubs berechnet, ohne dabei zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihr Ge-
schäftsführeramt niederlegte. Dieser Umstand konnte sich nicht auf die Berech-
nung des Urlaubs auswirken. Durch die Amtsniederlegung ist es der Klägerin
nicht unmöglich geworden, ihre vertraglichen Pflichten zu erfüllen.

a) Nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG setzt der gesetzliche Urlaubsanspruch - dem 36
Grunde nach - allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraus. Er steht
nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Ar-
beitsleistung erbracht hat. Der Umfang des gesetzlichen Urlaubsanspruchs ist

nach § 3 Abs. 1 BUrlG zu berechnen (vgl. BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 8, BAGE 176, 251; 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 21 f., BAGE 166, 176). Er bemisst sich nach den regelmäßigen Tagen mit Arbeitspflicht. Diese können sich unterjährig aufgrund verschiedener Umstände ändern. Das kann eine zeitabschnittsbezogene Berechnung erfordern, indem die in § 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werktage durch die Anzahl der Arbeitstage im Jahr geteilt und mit der Anzahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage multipliziert werden (vgl. 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 28 ff., aaO).

b) Eine zeitabschnittsbezogene Berechnung könnte auch dann veranlasst sein, wenn der Geschäftsführer einer GmbH sein Amt niederlegt und deshalb außerstande ist, seine Funktion als Geschäftsführer zu erfüllen. Die Frage, ob beschäftigungslose Zeiten in diesem Fall Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen sind, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Der Klägerin ist durch die Niederlegung ihres Geschäftsführeramtes die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten nicht unmöglich geworden. Der Dienstvertrag sieht zwar nur ihre Beschäftigung als Geschäftsführerin vor. Eine Tätigkeit unterhalb der Organebene kann typischerweise aus dem Anstellungsvertrag, der die Geschäftsführertätigkeit regelt, nicht hergeleitet werden (vgl. BGH 11. Oktober 2010 - II ZR 266/08 - Rn. 9). Dieser typisierende Grundsatz greift aber nicht, wenn die Parteien - wie hier - abweichend vom Normalfall auch Tätigkeiten unterhalb der Geschäftsführertätigkeit zum Gegenstand ihres Vertragsverhältnisses gemacht haben. Die Beklagte setzte die Klägerin vor deren Amtsniederlegung in der Geschäftsstelle M der Z GmbH H ein und vereinbarte mit der Klägerin eine Tantieme, die sich nach dem Ergebnis der Geschäftsstelle M bemaß. Dort nahm die Klägerin Aufgaben unterhalb der Organebene wahr, die sie seit 2018 ausübte (Kaltakquise, Kundenbesuche, Kontroll- und Überwachungsaufgaben, Vorstellungsgespräche und Einstellungsverhandlungen). Diese hätte sie auch nach der Amtsniederlegung weiter erfüllen können. 37

3. Zum Zeitpunkt, zu dem das Anstellungsverhältnis mit der Beklagten endete, hatte die Klägerin Anspruch auf 22 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2019 und 16,5 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2020. Dieser Urlaub konnte ihr wegen 38

der Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht gewährt werden. Unter Zugrundelegung des - rechnerisch unstreitigen - Tagessatzes iHv. 293,36 Euro brutto ergibt sich insgesamt ein Abgeltungsanspruch iHv. 11.294,36 Euro brutto.

- | | | |
|------|--|----|
| 4. | Der Zinsanspruch beruht auf § 286 Abs. 1 Satz 1, § 288 Abs. 1 BGB. | 39 |
| III. | Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. | 40 |

Kiel

Zimmermann

Darsow-Faller

A. Lohbeck

Stietzel