

Arbeitsrecht in Praxis und Wissenschaft

2025

ISBN 978-3-406-83395-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Das BAG beantwortete dies dahingehend, dass der Anspruch auf bezahlte arbeitsfreie Tage in dieser Konstellation nicht erfüllt wird und als Erfüllungsanspruch fortbesteht.⁴³ Das BAG begründete dies mit der von den Parteien intendierten Verteilung des Risikos der tatsächlichen Realisierung. Dessen Verlagerung auf den Arbeitnehmer sei systematisch nicht begründbar, da der Freistellungsanspruch letztlich eine Fortführung des Zahlungsanspruchs darstelle, bei dem ein vergleichbares Risiko nicht besteht.⁴⁴ Ferner fungiere der Freistellungsanspruch als ein vom Urlaubsrecht unabhängiger Anspruch auf bezahlte Freistellung.⁴⁵ Die Begrenzung auf bestimmte Personengruppen mit besonderem Erholungs- oder Zeitdispositionsbedarf spreche schließlich dafür, dass der mit der Freistellung verfolgte Zweck nur erreicht werde, wenn die Berechtigten real eine arbeitsfreie Zeit erhalten.⁴⁶

b) Folgefrage: Verfall zum Jahresende?

Es schließt sich die Frage an, ob der Anspruch über das Kalenderjahr hinaus fortbesteht, wenn der gewährte Freistellungstag im jeweiligen Kalenderjahr nicht mehr realisiert wird. Im konkreten Fall hatten sich die Arbeitsvertragsparteien im April 2019 auf den 11./12.6.2019 als Freistellungstage verständigt; in diesem Zeitraum war der Kläger allerdings arbeitsunfähig erkrankt. Seine Forderung nach einer Nachgewährung der Freistellung im laufenden Kalenderjahr lehnte das beklagte Unternehmen ab. Der Manteltarifvertrag bestimmte hierzu in § 25.3: „Kann der Freistellungsanspruch aus personenbedingten Gründen nicht oder nicht vollständig im Kalenderjahr genommen werden, geht der Freistellungsanspruch unter. Im Umfang der nicht realisierten Freistellungstage besteht der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld nach § 2 Nr. 2a TV T-ZUG.“

Das LAG Hamm ging davon aus, dass der Freistellungsanspruch zum Jahresende nach § 275 BGB erloschen war, da er nur im jeweiligen Kalenderjahr realisiert werden könne; eine Kompensation lasse sich im Wege des Schadensersatzes erreichen.⁴⁷ Das BAG nahm hingegen an, aus § 25.3 MTV folge, dass der Anspruch als Primäranspruch fortbesteht, falls er aus anderen als personenbedingten Gründen bis zum Ablauf des Kalenderjahrs nicht realisiert werden könne. Daher hätte lediglich eine bis zum Jahresende anhaltende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zur Unmöglichkeit der Freistellung geführt.⁴⁸

Anzufügen ist, dass die schadensersatzrechtliche Lösung das LAG Hamm sich stärker an der urlaubsrechtlichen Judikatur des BAG orientiert.⁴⁹ Dies führt zu der skizzierten schadensersatzrechtlichen Lösung, die im Ergebnis keinen Unterschied zu der vom BAG befürworteten Lösung aufweist, aber besser mit der vergleichbaren Situation im Urlaubsrecht harmonisiert. Der Preis ist eine höhere Komplexität, welche das BAG offensichtlich vermeiden wollte. Einigkeit besteht jedenfalls in der Grundannahme, dass eine Risikoverlagerung auf den Arbeitnehmer hinsichtlich der Realisierung der Freistellungstage weder gewollt noch interessengerecht ist.⁵⁰

⁴³ BAG 23.2.2022 – 10 AZR 99/21, BAGE 177, 163; im Ergebnis ebenso, allerdings mit abweichender dogmatischer Begründung LAG Hamm 25.11.2020 – 6 Sa 695/20, BeckRS 2020, 38433.

⁴⁴ BAG 23.2.2022 – 10 AZR 99/21, BAGE 177, 163 Rn. 29.

⁴⁵ BAG 23.2.2022 – 10 AZR 99/21, BAGE 177, 163 Rn. 36.

⁴⁶ BAG 23.2.2022 – 10 AZR 99/21, BAGE 177, 163 Rn. 38.

⁴⁷ LAG Hamm 25.11.2020 – 6 Sa 695/20, BeckRS 2020, 38433.

⁴⁸ BAG 23.2.2022 – 10 AZR 99/21, BAGE 177, 163 Rn. 49.

⁴⁹ Vgl. LAG Hamm 25.11.2020 – 6 Sa 695/20, BeckRS 2020, 38433 Rn. 111 mwN.

⁵⁰ LAG Hamm 25.11.2020 – 6 Sa 695/20, BeckRS 2020, 38433 Rn. 96.

2. LAG Köln, Urt. v. 2. 7. 2021 – 10 Sa 60/21

Das LAG Köln beleuchtete das Schicksal des Freistellungsanspruchs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ab diesem Zeitpunkt kann ein Anspruch auf tarifliche Freistellungstage nicht mehr realisiert werden. Das LAG ging davon aus, die restlichen Freistellungstage seien dann im Umfang des tariflichen Zusatzgeldes auszugleichen.⁵¹ Da der Wert der Freistellungstage über den Wert des tariflichen Zusatzgeldes hinausgeht, dürfte bei Vertretenmüssen des Arbeitgebers auch hier eine schadensersatzrechtliche Lösung mit einer vollen Monetarisierung der noch offenen Freistellungstage sachgerechter sein als ein bloßes Wiederaufleben des T-ZUG.

3. LAG Düsseldorf, Urt. v. 13. 7. 2021 – 10 Sa 694/20

Das LAG Düsseldorf befasste sich schließlich mit einer Konstellation, in der die Arbeitnehmerin sich zunächst für einen Freistellungsanspruch entschieden, später jedoch stattdessen Geld gefordert hatte. Da der Arbeitgeber dies zurückgewiesen hatte, klagte sie auf den ihrer Auffassung nach wiederaufgelebten Anspruch auf das Zusatzentgelt.

Das LAG kam zu dem Schluss, dass dem Arbeitgeber im konkreten Einzelfall – gekennzeichnet durch die vollständige Verweigerung von Zahlung und Nachgewährung der Freistellungstage unter Berufung auf die bewusst irreführende Auskunft, die Gewährung der Freistellungstage sei „verbraucht“ – die Berufung auf den eigentlich fortbestehenden Freistellungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) in der Variante des widersprüchlichen Verhaltens verwehrt sei.⁵² Außerhalb dieser Sonderkonstellation kann der Arbeitnehmer aber nicht nach Belieben zum Zusatzentgelt zurückkehren, wenn das Wahlrecht bereits zugunsten der Freistellungstage ausgeübt ist, wie eine andere Entscheidung des LAG Düsseldorf verdeutlicht.⁵³

IV. Resümee

Innovative Tarifvertragsgestaltung wirft zwangsläufig neue Rechtsfragen auf. Das gilt, wie zuletzt dargestellt, in hohem Maße für die komplexen Fragen der Verkoppelung von Zusatzentgelt- und Freistellungsanspruch in Situationen der Leistungsstörung. Gezeigt wurde außerdem, dass die Aufteilung von tariflichen Regelungsinhalten auf unterschiedliche Tarifverträge – wie mit dem TV-ZUG geschehen – das Potential hat, Differenzierungswirkungen zu erzielen. Allerdings sind diese schwer prognostizierbar, denn die eintretenden Folgen hängen entscheidend von Auslegungsdetails auf arbeitsvertraglicher Ebene ab. Das rückt einmal mehr in das Bewusstsein, wie wichtig eine akribische Analyse der Wirkungen von Bezugnahmeklauseln gerade auch in der Beratungspraxis ist. Dass das BAG in anderem Kontext der tarifautonomen „Aufteilungsentscheidung“ weit geringeres Gewicht beimisst,⁵⁴ steht zum hier herausgestellten Befund in einem bedauerlichen Kontrast.

⁵¹ LAG Köln 2.7.2021 – 10 Sa 60/21, BeckRS 2021, 38080 Rn. 55.

⁵² LAG Düsseldorf 23.7.2021 – 10 Sa 694/20, BeckRS 2021, 30404; hierzu näher Kalle, Das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis, 2024, S. 445 ff.; Kühn NZA 2008, 1328 ff.; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 21 ff.

⁵³ LAG Düsseldorf 20.4.2021 – 8 Sa 754/20, BeckRS 2021, 22030.

⁵⁴ BAG 16.10.2019 – 4 AZR 66/18, NZA 2020, 260; krit. Greiner RdA 2020, 300 (302 f.).

Der GmbH-Geschäftsführer und § 6 Abs. 5 ArbZG

Als ich gebeten wurde, einen Beitrag für die hiesige Festschrift für Stefan Lunk zu schreiben, überlegte ich zunächst, was mich mit dem Jubilar verbindet. Auf der Webseite von Latham & Watkins heißt es unter dem Stichwort „Ausbildung“ zu Stefan Lunk: „Zweites juristisches Staatsexamen, Oberlandesgericht Hamburg, 1992; Dr. jur., Universität Kiel, 1990; Erstes deutsches Staatsexamen, Universität Kiel, 1987“. Gleiches trifft auf mich – mit anderen Jahreszahlen – zu. Darüber hinaus verbindet uns die arbeitsrechtliche Tätigkeit in Hamburg und das Jahr des Abschieds: Stefan Lunk kehrte der Arbeitsgerichtsbarkeit im Dezember 2018 den Rücken mit seinem Ausscheiden aus der Partnerschaft bei Latham & Watkins, ich verließ das LAG Hamburg im November 2018 in Richtung Erfurt. Und schließlich – die Liebe zum Norden! Mit Blick auf eine thematische Verbindung für die hiesige Festschrift kam ich – als Mitglied des Zehnten Senats beim Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Nachtarbeitszuschlägen befasst – auf die Idee, eine Verknüpfung zum GmbH-Geschäftsführer, zu dem Stefan Lunk verschiedentlich veröffentlicht hat,¹ vorzunehmen. Ich hoffe, es stößt auf Interesse.

I. Anspruch des GmbH-Geschäftsführers auf einen Ausgleich für Nacharbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG?

Nach § 6 Abs. 5 ArbZG hat der Arbeitgeber – soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen – dem Nacharbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das Entgelt zu gewähren. Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsführer unter den Arbeitnehmerbegriff des ArbZG fallen kann (vgl. § 2 Abs. 2 ArbZG). Sollte das in Betracht kommen, stellt sich die weitere Frage, ob er nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG von der Anwendbarkeit des ArbZG ausgeschlossen ist und somit auch von Ansprüchen nach § 6 Abs. 5 ArbZG.

1. Der GmbH-Geschäftsführer und sein Status

a) Statusrechtliche Einordnung nach nationalem Recht

Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Nach dem sog. Trennungsgrundsatz ist zwischen der Bestellung zum Organ und dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis, das der Bestellung zugrunde liegt, zu unterscheiden. Beide Rechtsverhältnisse stehen grundsätzlich nebeneinander.² Trotz der Organstellung ist der GmbH-Geschäftsführer Empfänger von Weisungen durch die Gesellschafterversammlung. Weisungsgebunden ist auch der Arbeitnehmer. Der Bundesgerichtshof (BGH) geht davon aus, dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter freier Dienstver-

¹ Vgl. nur jüngst Lunk FS Henssler, 2023, 397 ff.

² Vgl. BAG 20.7.2023 – 6 AZR 228/22, NZA 2023, 1457 Rn. 21; 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06, NZA 2008, 168 Rn. 15; BGH 11.10.2010 – II ZR 266/08, DSStR 2011, 229 Rn. 7; BGH 28.10.2002 – II ZR 146/02 DNotZ 2003, 149 zu 2 a der Gründe.

trag ist.³ Das BAG nimmt hingegen in ständiger Rechtsprechung an, dass der Geschäftsführerbestellung – in Ausnahmefällen – auch ein Arbeitsvertrag zugrunde liegen kann.⁴ Maßgeblich ist, ob ein über das gesellschaftsrechtliche (§ 37 Abs. 1 GmbHG) hinausgehendes Weisungsrecht besteht, wonach arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Anweisungen erteilt werden dürfen und so die konkreten Umstände der Leistungserbringung – etwa Ort, Zeit, konkreter Ablauf – bestimmt werden können.⁵ In aller Regel ist aber auch nach Ansicht des BAG ein freier Dienstvertrag gegeben.⁶ In der Literatur besteht schon lange Streit, ob der Geschäftsführer Arbeitnehmer sein kann.⁷ Die hM lehnt das für den Regelfall ab.⁸ Der Geschäftsführer nehme Arbeitgeberfunktionen wahr, sei daher arbeitgeberähnlich.⁹ In Ausnahmefällen – insbesondere beim sog. Fremdgeschäftsführer ohne Beteiligung am Gesellschaftskapital und daher ohne unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung – komme das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in Betracht.¹⁰ Darüber hinaus kann ein Arbeitsverhältnis als Grundlage für die Geschäftsführertätigkeit ausdrücklich vereinbart sein, dann ist der Geschäftsführer Arbeitnehmer.¹¹

b) Statusrechtliche Einordnung nach Unionsrecht

Soll mit einer Norm Unionsrecht umgesetzt werden, so kann der Arbeitnehmerbegriff ein anderer sein als nach nationalem Verständnis.¹² Welcher Begriff im Einzelnen gilt, richtet

³ Vgl. BGH 7.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20, NJW 2021, 629 Rn. 8; 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZA 2010, 889 Rn. 7 mwN. Allerdings hält der BGH in seinem Urteil vom 26.3.2019 (BGH 26.3.2019 – II ZR 244/17, NJW 2019, 2086 Rn. 24 ff.) fest, dass ein Fremdgeschäftsführer in Bezug auf das AGG Arbeitnehmer sein kann.

⁴ Vgl. BAG 20.7.2023 – 6 AZR 228/22, NZA 2023, 1457 Rn. 22 f.; 8.2.2022 – 9 AZB 40/21, NJW 2022, 1189 Rn. 22 mwN; 26.10.2012 – 10 AZB 55/12, BeckRS 2013, 66911 Rn. 19 f.; s. auch Lunk GmbHR 2024, 866 (869).

⁵ BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987 zu II 2b der Gründe; vgl. auch ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 96 mwN.

⁶ BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24 mwN; vgl. zum Ganzen auch Scholz, GmbHG/Schneider/Schneider, 13. Aufl. 2022, § 35 Rn. 261 ff.; zu praktischen Anwendungsfällen der unterschiedlichen Auffassungen von BGH und BAG vgl. Reinfelder RdA 2016, 87 (92).

⁷ Vgl. zum Meinungsstand Preis/Sagan ZGR 2013, 26 (27 f.) – unterscheidend nach „eher arbeitsrechtlich orientierter Sichtweise“ und „eher gesellschaftsrechtlich orientierter Mehrheitsmeinung“. Die Ähnlichkeit zur Stellung eines Prokuristen hervorhebend Martens FS Hilger/Stumpf, 1983, 437 (440 f.). Zur Entwicklung in der arbeitsrechtlichen Geschichte vgl. Gissel, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, 1987, 9 ff.

⁸ BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek, 59. Ed. 1.2.2024, § 6 Rn. 68 f. mwN; Hueck ZfA 1985, 25 (31); HWK/Thüsing, 10. Aufl. 2022, BGB § 611a Rn. 105 mwN; MüKo-GmbHG/Jaeger/Steinbrück, 4. Aufl. 2023, § 35 Rn. 293; Reiserer BB 2016, 1141 (1144); Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt, GmbH-Recht/Schmitt, 8. Aufl. 2019, GmbHG § 35 Rn. 117.

⁹ ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 94 mwN; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch/Rinck, 20. Aufl. 2023, § 14 Rn. 2 mwN; so auch BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 39 mwN.

¹⁰ Kuhn EuZA 2023, 292 (293); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch/Rinck, 20. Aufl. 2023, § 14 Rn. 2 mwN.

¹¹ Vgl. BAG 20.7.2023 – 6 AZR 228/22, NZA 2023, 1457 Rn. 23 mwN; 17.6.2020 – 7 AZR 398/18, NZA 2020, 1470 Rn. 19; vgl. auch 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06, NZA 2008 168 Rn. 18 mwN; Reinfelder RdA 2016, 87 (93) mwN.

¹² „Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn ... eine unionsrechtliche Regelung angewandt und in nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss“ – BAG 25.7.2023 – 9 AZR 43/22, NZA 2023, 1531 Rn. 32 mwN.

sich danach, ob der maßgebliche Unionsrechtsakt einen autonomen Begriff verwendet, ggf. selbst definiert, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist, oder ob auf den jeweils nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen wird.¹³ Einen einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers kennt das Unionsrecht noch nicht.¹⁴ Je nach maßgeblicher Begrifflichkeit kann sich ergeben, dass ein GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen ist.¹⁵ So hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bereits im Jahr 2010 entschieden, dass das Organ einer juristischen Person – somit auch ein Geschäftsführer – Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne sein kann.¹⁶ In nachfolgenden Urteilen wurde diese Rechtsprechung fortgeführt, wobei als wesentliche Merkmale eines Arbeitsverhältnisses herausgehoben werden: dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält, sowie das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses.¹⁷ Das kann vor allem auf Fremd-Geschäftsführer zutreffen¹⁸, aber auch auf den Minderheitengeschafter-Geschäftsführer.¹⁹ Zu prüfen seien die Bedingungen, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt worden sei, zB die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Umfang der Befugnisse des Mitglieds und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliege, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden könne.²⁰ Zum Fremd-Geschäftsführer hat der EuGH insoweit ausgeführt, dass dieser von der Gesellschafterversammlung bestellt werde, die ihn auch jederzeit wieder gegen seinen Willen abberufen könne. Zudem unterliege er bei der Ausübung seiner Tätigkeit der Weisung und Aufsicht der Gesellschafterversammlung sowie den ihm insoweit auferlegten Vorgaben und Beschränkungen. Außerdem besitze ein Fremd-Geschäftsführer keine Anteile an der Gesellschaft, in der er seine Aufgaben wahrnehme.²¹ Insoweit bejahte der EuGH ein Unterordnungsverhältnis und im Ergebnis eine Arbeitnehmereigenschaft.²²

Mit Blick auf das deutsche Recht ist festzustellen, dass der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung weisungsabhängig ist (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Er muss mit ihr zusammenarbeiten, auf Verlangen Auskunft geben und Rechenschaft ablegen (§§ 611, 675 Abs. 1 BGB iVm § 666 BGB). Er ist außerdem zur ordnungsgemäßen Buchführung verpflichtet, was wiederum Auskunft- und Einsichtsrechte der Gesellschafter nach sich zieht (§§ 41, 51a Abs. 1 GmbHG). Diese Aspekte sprechen zugleich für ein Unterordnungsverhältnis iSd EuGH-Rechtsprechung, soweit der Geschäftsführer nicht selbst Mehrheitsgeschafter ist oder über eine Sperrminorität verfügt.²³ Kann er sodann noch – wie im Regelfall insbesondere der Fremd-Geschäftsführer (vgl. § 38 GmbHG) – jederzeit abberu-

¹³ Kuhn EuZA 2023, 292 (295); Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht/Sagan, 2. Aufl. 2019, Rn. 1.107 ff.

¹⁴ Kuhn EuZA 2023, 292 (295); Stöhr GmbHR 2023, 429 (430); Scholz, GmbHG/Schneider/Schneider, 13. Aufl. 2022, § 35 Rn. 286 mwN.

¹⁵ Boemke RdA 2018, 1 (5).

¹⁶ EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 38 ff. – Danosa.

¹⁷ EuGH 10.9.2015 – C-47/14, EuZW 2015, 922 Rn. 41 ff. – Holtermann Ferho Exploitation; EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 33 ff. – Balkaya; EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 38 ff. – Danosa; vgl. auch EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 56 mwN; Kuhn EuZA 2023, 292 (295 ff.).

¹⁸ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 33 ff. – Balkaya; EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 Rn. 47 ff. – Danosa.

¹⁹ EuGH 10.9.2015 – C-47/14, EuZW 2015, 922 Rn. 47 – Holtermann Ferho Exploitation; Commandeur/Kleinebrink NZA-RR 2017, 449 (451 f.).

²⁰ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 38 – Balkaya mwN; vgl. auch BAG 25.7.2023 – 9 AZR 43/22, NZA 2023, 1531 Rn. 33.

²¹ EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 40 – Balkaya mwN.

²² EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 Rn. 41 ff. – Balkaya.

²³ Kuhn EuZA 2023, 292 (297); Commandeur/Kleinebrink NZA-RR 2017, 449 (451 f.).

fen werden, spricht dies insgesamt für die Einordnung als Arbeitnehmer nach unionsrechtlichem Verständnis.²⁴

2. Der gesetzlich geregelte Ausgleich für Nachtarbeit, § 6 Abs. 5 ArbZG

Dem Arbeitgeber steht es frei, ob er den Ausgleichsanspruch nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt. Diese Wahlschuld (§ 262 BGB) konkretisiert sich auf eine der geschuldeten Leistungen erst dann, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt.²⁵ Hintergrund der Ausgleichspflicht für Nachtarbeit ist, dass diese nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen grundsätzlich für jeden Menschen schädlich ist und negative gesundheitliche Auswirkungen hat.²⁶ Es ist anerkannt, dass Nachtarbeit umso schädlicher ist, in je größerem Umfang sie geleistet wird.²⁷ Insoweit sollen die Regelungen in § 6 ArbZG in erster Linie dem Schutz des Arbeitnehmers vor den schädlichen Folgen u. a. der Nachtarbeit dienen.²⁸

3. Der Nachtarbeitnehmer

Nach § 2 Abs. 2 ArbZG sind Arbeitnehmer iSd ArbZG Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Nachtarbeit ist jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit (23:00 Uhr bis 6:00 Uhr, § 2 Abs. 3, Hs. 1 ArbZG²⁹) umfasst, § 2 Abs. 4 ArbZG. Nachtarbeitnehmer iSd ArbZG sind Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu erbringen haben oder Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten, § 2 Abs. 5 Nr. 1 und 2 ArbZG. Leistet also ein Geschäftsführer in diesem Sinn Nachtarbeit, hätte er grundsätzlich Anspruch auf einen Ausgleich nach § 6 Abs. 5 ArbZG, sofern er Nachtarbeitnehmer iSd Norm ist. Es ist auch durchaus vorstellbar, dass ein Geschäftsführer an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr mehr als zwei Stunden in dem Zeitraum zwischen 23:00 Uhr abends und 6:00 Uhr morgens arbeitet. Fraglich ist, ob der GmbH-Geschäftsführer Nachtarbeitnehmer iSv § 6 Abs. 5 ArbZG iVm § 2 Abs. 5 ArbZG sein kann. Maßgeblich ist, welcher Arbeitnehmerbegriff dem ArbZG zugrunde liegt.

a) Nationales Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs

Vom Wortlaut her sind Arbeitnehmer iSd ArbZG Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, § 2 Abs. 2 ArbZG. Das entspricht der Aufzählung in § 5 Abs. 1 Hs. 1 BetrVG.³⁰ Dieser geht wiederum vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus,³¹ der in § 5 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 und 3 BetrVG erweitert bzw. eingeschränkt wird.³²

²⁴ Boemke RdA 2018, 1 (10); EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 56; Lunk FS Preis, 2021, 811 (814); Henssler/Lunk NZA 2016, 1425 (1429).

²⁵ BAG 15.7.2020 – 10 AZR 123/19, NZA 2021, 44 Rn. 26; BAG 13.12.2018 – 6 AZR 549/17, AP ArbZG § 6 Nr. 18 Rn. 16.

²⁶ BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, BeckRS 1992, 118403 zu C.I.2.a der Gründe.

²⁷ BAG 15.7.2020 – 10 AZR 123/19, NZA 2021, 44 Rn. 27; BAG 9.12.2015 – 10 AZR 423/14, NZA 2016, 426 Rn. 17 mwN; vgl. auch den Erwägungsgrund 7 der RL 2003/88/EG sowie die Mitteilung der Europäischen Kommission zur Auslegung der RL 2003/88/EG, ABl. EU C 165, 24.5.2017, 42.

²⁸ BT-Drs. 12/5888, 21 (25 f.).

²⁹ Eine Sonderregelung enthält § 2 Abs. 3, Hs. 2. ArbZG für Bäckereien und Konditoreien.

³⁰ BT-Drs. 12/5888, 23.

³¹ Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 86.

³² StRspr. des BAG, vgl. BAG 5.12.2012 – 7 ABR 48/11, NZA 2013, 793 Rn. 17 mwN.

Denkt man die Einschränkung in § 5 Abs. 2 BetrVG hinzu, fallen GmbH-Geschäftsführer nicht unter den Arbeitnehmerbegriff des ArbZG. Die Einschränkung in § 5 Abs. 2 BetrVG findet sich im ArbZG allerdings – im Gegensatz zur Herausnahme leitender Angestellter, § 5 Abs. 3 BetrVG (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) – nicht wieder. Insoweit erscheint es vom Wortlaut her nicht ausgeschlossen, Geschäftsführer unter den Arbeitnehmerbegriff des ArbZG – konkret den Begriff des Angestellten – zu fassen.

Der allgemeine Arbeitnehmerbegriff ist – seit dem 1. April 2017 – in § 611a Abs. 1 BGB enthalten. Hiernach ist Arbeitnehmer, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. 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. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.³³ Die Regelung in § 611a Abs. 1 BGB entspricht den Grundsätzen hinsichtlich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis, die nach der ständigen Rechtsprechung des BAG bis zur gesetzlichen Regelung galten. Wie aufgezeigt (→ I.1.a), kann insbesondere auch ein Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer iSd § 611a BGB sein. Im Regelfall trifft das allerdings nicht zu. Käme es auf das nationale Verständnis an, hätte der Geschäftsführer demnach im Regelfall grundsätzlich keinen Anspruch auf einen Ausgleich für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG.

b) Unionsrechtliches Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs

Das ArbZG dient allerdings der Umsetzung von Unionsrecht, namentlich der Arbeitszeitrichtlinie (AZRL).³⁴ Die AZRL definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht selbst und legt ein unionsrechtliches Begriffsverständnis zugrunde.³⁵ Er hat eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung.³⁶ Dabei versteht der EuGH den Arbeitnehmerbegriff der AZRL weit und bezieht sich auf den Arbeitnehmerbegriff der Freizügigkeit (Art. 45 AEUV).³⁷ Arbeitnehmer ist danach jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt und während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.³⁸ Entscheidend sei, so der EuGH, dass ein Unterordnungsverhältnis vorliegt, was in jedem Einzelfall anhand aller Umstände zu prüfen ist

³³ BAG 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 23.

³⁴ RL 93/104/EG vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, neu kodifiziert in der RL 2003/88/EG vom 4.11.2003; zum Umsetzungswillen des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 12/5888, 19.

³⁵ EuGH 21.2.2018 – C 518/15, NZA 2018, 293 Rn. 28 – Matzak mwN; ausf. vgl. Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen im Lichte der Danosa-Entscheidung des EuGH, 248 ff.; Stöhr GmbHR 2023, 429 (431).

³⁶ EuGH 20.11.2018 – C-147/17, öAT 2019, 12 Rn. 42 – Sindicatul Familia Constanta; EuGH 14.10.2010 – C-428/09, BeckEuRS 2010, 554226 Rn. 27 f. – Union syndicale Solidaires Isere; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 50.

³⁷ EuGH 7.4.2011 – C-519/09, BeckRS 2013, 87054 Rn. 19 ff. – May; EuGH 14.10.2010 – C-428/09, BeckEuRS 2010, 554226 Rn. 27 – Union syndicale Solidaires Isere; ErfK/Roloff, 24. Aufl., ArbZG § 2 Rn. 23; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 49.

³⁸ EuGH 17.3.2021 – C-585/19, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 3 Rn. 57 – Academia de Studii Economice din Bucuresti; EuGH 21.2.2018 – C 518/15, NZA 2018, 293 Rn. 28 – Matzak; EuGH 7.4.2011 – C-519/09, BeckRS 2013, 87054 Rn. 21 – May; BAG 25.7.2023 – 9 AZR 43/22, NZA 2023, 1531 Rn. 33; Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht/Ulber, 2. Aufl. 2019, Rn. 7.58; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 51.

(für den Fremd-Geschäftsführer).³⁹ Hintergrund des weiten Verständnisses des Arbeitnehmerbegriffs ist der Zweck der AZRL, die Gesundheit der Arbeitnehmer bei ihrer Arbeit zu verbessern und bestimmte Aspekte der Gestaltung der Arbeitszeit zu regeln. Ziel der AZRL ist, Mindestvorschriften festzulegen, die den Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sowie die Gesundheit und die Sicherheit am Arbeitsplatz verbessern sollen.⁴⁰ Dementsprechend sind die in der AZRL vorgesehenen Ausnahmen eng auszulegen.⁴¹ Dieses unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs ist für Ansprüche aus dem ArbZG⁴² und damit auch für § 6 Abs. 5 ArbZG maßgeblich. Unter diesen Begriff kann – wie aufgezeigt – insbesondere der Fremd-Geschäftsführer fallen und somit zugleich unter den persönlichen Geltungsbereich des ArbZG.⁴³

4. Ausnahme nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG?

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG ist das Gesetz auf leitende Angestellte iSv § 5 Abs. 3 BetrVG – sowie Chefärzte – nicht anwendbar. Die Vorschrift soll den Besonderheiten bei der Arbeitszeit bestimmter Personengruppen Rechnung tragen.⁴⁴ Sie beruht auf Art. 17 Abs. 1 AZRL, wonach die Mitgliedstaaten für bestimmte Arbeitnehmergruppen Abweichungen von einigen Bestimmungen (Art. 3 bis 6, 8 und 16 AZRL) unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit dieser Arbeitnehmer vorsehen können. Geschäftsführer sind vom Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht umfasst.⁴⁵ Sie sind nach § 5 Abs. 3 BetrVG keine leitenden Angestellten, sondern fallen unter § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Fraglich ist, ob der Geschäftsführer dennoch – abweichend vom Wortlaut – von der Ausnahmeregelung erfasst wird.

a) Streitstand

Zum Teil wird vertreten, dass Geschäftsführer vom ArbZG „erst recht“ nicht erfasst seien⁴⁶ bzw. dass § 18 ArbZG trotz der unionsrechtlichen Offenheit des Arbeitnehmerbegriffs in § 2 Abs. 2 ArbZG letztlich die Anwendung des ArbZG auf den Fremd-Geschäftsführer sperre.⁴⁷ Geschäftsführer seien mit der Gruppe der „leitenden Angestellten“ ver-

³⁹ EuGH 17.3.2021 – C-585/19, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 3 Rn. 58 – Academia de Studii Economice din Bucuresti mwN; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 51.

⁴⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 42 – CCOO; Gallner FS Preis 2021, 271 (284).

⁴¹ EuGH 26.3.2015 – C-316/13, NZA 2015, 1444 Rn. 19 f. – Fenoll; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 50 mwN; Ulber BB 2023, 1588 (1592).

⁴² Schippers, Europarechtliche Freiräume der Arbeitszeitgestaltung, 2023, 73 ff.

⁴³ Bonanni/Fehlberg ArbRB 2023, 21 (22 f.); ErfK/Roloff, 24. Aufl. 2024, ArbZG § 2 Rn. 23; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 56; Henssler/Lunk NZA 2016, 1425, 14 (29); Kunz/Henssler/Nebeling/Beck, Praxis des Arbeitsrechts/Henssler/Pickenhahn, 7. Aufl. 2023, § 80 Rn. 2; Deinert/Heuschmid/Zwanziger, Arbeitsrecht/Heuschmid, 11. Aufl. 2023, § 28 Rn. 14; Kempermann NJW-Spezial 2013, 655 (656); Oetker WuB 2019, 347 (350); Pickenhahn, GmbH-Geschäftsführer als schutzbedürftige Arbeitnehmer?, 2017, 38 (54); Preis/Sagan ZGR 2013, 26 (47); Schippers, Europarechtliche Freiräume der Arbeitszeitgestaltung, 2023, 77; aA HWK/Gäntgen, 10. Aufl. 2022, ArbZG § 2 Rn. 10; MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 35 Rn. 300; Scholz, GmbHG/Schneider/Schneider, 13. Aufl. 2022, § 35 Rn. 292; NK-GA/Wichert, 2. Aufl. 2023, ArbZG § 2 Rn. 36.

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 12/5888, 32.

⁴⁵ Gleiches gilt für die weiteren Ausnahmetatbestände des § 18 ArbZG.

⁴⁶ Lunk/Rodenbusch GmbHR 2012, 188 (193); Schiefer/Worzalla ZfA 2013, 41 (55); Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen, 254.

⁴⁷ Oetker WuB 2019, 547 (550).