

Gericht: Arbeitsgericht Verden
Aktenzeichen: 1 Ca 35/13
Typ: Beschluss
Entscheidungsdatum: 06.05.2014

Leitsätze: I. Der Rechtsstreit wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Artikel 267 AEUV folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, dahin auszulegen, dass es nationalen gesetzlichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, die bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lassen, auch wenn es seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und selbst keine Anteile an der Gesellschaft besitzt?

2. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, dahin auszulegen, dass es zwingend vorgibt, dass bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl als Arbeitnehmer auch diejenigen Personen mitzuzählen sind, die ohne Vergütung durch den Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, praktisch mitarbeiten, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren („Praktikant“), oder bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, hierüber nationale gesetzliche Bestimmungen oder Gepflogenheiten aufzustellen?

Vorinstanzen:

ARBEITSGERICHT VERDEN

BESCHLUSS

1 Ca 35/13

In dem Rechtsstreit

Ender Balkaya ...

Kläger,

Proz.-Bev.: ...

gegen

K ...

Beklagte,

Proz.-Bev.: ...

I. Der Rechtsstreit wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Artikel 267 AEUV folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, dahin auszulegen, dass es nationalen gesetzlichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, die bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lassen, auch wenn es seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und selbst keine Anteile an der Gesellschaft besitzt?

2. Ist das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, dahin auszulegen, dass es zwingend vorgibt, dass bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl als Arbeitnehmer auch diejenigen Personen mitzuzählen sind, die ohne Vergütung durch den Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, praktisch mitarbeiten, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren („Praktikant“), oder bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, hierüber nationale gesetzliche Bestimmungen oder Gepflogenheiten aufzustellen?

Gründe:

1. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit einer aufgrund einer Betriebsstillegung ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung und in diesem Zusammenhang vor allem um die Frage, ob die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung eine Massenentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit hätte erstatten müssen.

Der Kläger war seit dem 1.4.2011 bei der Beklagten als Servicetechniker im Innen- und Außendienst beschäftigt.

Am 14.12.2012 und sodann nochmals am 3.1.2013 trafen die Gesellschafterin der Beklagten und deren Geschäftsführer K. die unternehmerische Entscheidung, den Geschäftsbetrieb der Beklagten zum 15.2.2013 vollständig stillzulegen. Dieser Entscheidung lag zugrunde, dass die Beklagte nachhaltig Verluste erzielt hatte.

In Umsetzung ihrer unternehmerischen Entscheidung beendete die Beklagte sämtliche Arbeitsverhältnisse und stellte ihren Geschäftsbetrieb in A. zum 15.2.2013 ein.

Das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis hat die Beklagte mit Schreiben vom 7.1.2013 (Bl. 13 d.A.) zum 15.2.2013 gekündigt. Gegen diese Kündigung wehrt sich der Kläger.

Eine Massenentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit hat die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung nicht erstattet.

Bei der Beklagten waren zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung unstreitig jedenfalls 18 Arbeitnehmer - unter Einschluss des Klägers - beschäftigt.

Darüber hinaus beschäftigte die Beklagte als Konstrukteur den Mitarbeiter C.S., der nach Eigenkündigung mit Wirkung zum 7.12.2012 aus dem Arbeitsverhältnis ausschied.

Des Weiteren beschäftigte die Beklagte zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung Herrn L. als Geschäftsführer. Herr L. hielt keine Geschäftsanteile an der Beklagten und war zur Vertretung der Beklagten nur gemeinschaftlich mit einem anderen Geschäftsführer berechtigt.

Schließlich war bei der Beklagten zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung Frau P.S. tätig. Frau S. durchlief bei der Beklagten eine Umschulungsmaßnahme zur Bürokauffrau, die vom Jobcenter im Landkreis Diepholz gefördert wurde. Der Höhe nach belief sich die Förderung auf die gesamte an Frau S. zu leistende Ausbildungsvergütung. Diese kam unmittelbar durch die Bundesagentur für Arbeit an Frau S. zur Auszahlung. Die Beklagte selbst erbrachte keine Zahlungen an Frau S. Die geplante Maßnahmedauer erstreckte sich vom 1.8.2012 bis zum 31.7.2014, das

Umschulungsverhältnis endete durch Eigenkündigung von Frau S. vor dem 31.7.2014.

- 3 -

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe einen Betrieb mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern. Den 18 unstreitig beschäftigten Arbeitnehmern seien Herr C.S., Herr L. und Frau P.S. hinzuzurechnen, so dass sich eine Zahl von 21 Beschäftigten ergebe. Damit sei die Beklagte verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der Kündigung gemäß § 17 KSchG eine Massenentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit zu erstatten. Das Unterlassen dieser Massenentlassungsanzeige führe zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom 7.1.2013 zum 15.2.2013 beendet worden ist,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 15.2.2013 hinaus unverändert und unbefristet fort dauert,
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger über den 15.2.2013 hinaus als Servicetechniker im Innen- und Außendienst zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, der Mitarbeiter C.S. sei aufgrund seines Ausscheidens zum 7.12.2012 bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht mitzurechnen. Herr L. als Geschäftsführer sei gemäß § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG nicht mitzurechnen. Bei Frau P.S. handele es sich nicht um eine Arbeitnehmerin im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG. Das von der Bundesagentur für Arbeit geförderte Umschulungsverhältnis sei kein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift.

Da die Zahl ihrer Beschäftigten den Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG von 20 Arbeitnehmern somit nicht überschreite, habe sie vor Ausspruch der Kündigung keine Massenentlassungsanzeige erstatten müssen.

- 4 -

2. Nationale gesetzliche Vorschriften

§ 17 KSchG als für die Anzeigepflicht bei Massenentlassungen maßgebliche Vorschrift lautet:

„§ 17 Anzeigepflicht

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden.

(2) Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

(3) Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muß zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates zu den Entlassungen zu erstatten. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrates nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, daß er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt. Die Anzeige muß Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. In der Anzeige sollen ferner im

- 5 -

Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. Der Betriebsrat kann gegenüber der Agentur für Arbeit weitere Stellungnahmen abgeben. Er hat dem Arbeitgeber eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten.

(3a) Die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten nach den Absätzen 1 bis 3 gelten auch dann, wenn die Entscheidung über die Entlassungen von einem den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen getroffen wurde. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, daß das für die Entlassungen verantwortliche Unternehmen die notwendigen Auskünfte nicht übermittelt hat.

(4) Das Recht zur fristlosen Entlassung bleibt unberührt. Fristlose Entlassungen werden bei Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nach Absatz 1 nicht mitgerechnet.

(5) Als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift gelten nicht

1. in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist,

2. in Betrieben einer Personengesamtheit die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen,

3. Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Personen, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind.“

Die für die Stellung des Geschäftsführers und die für den zwingenden Aufgabenkreis der Gesellschafter maßgeblichen Vorschriften des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) lauten:

„§ 6 Geschäftsführer

(1) Die Gesellschaft muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben.

(2) Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Geschäftsführer kann nicht sein, wer

...

(3) Zu Geschäftsführern können Gesellschafter oder andere Personen bestellt werden. Die Bestellung erfolgt entweder im Gesellschaftsvertrag oder nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnitts.

(4) ...

(5) Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt.

...

§ 35 Vertretung der Gesellschaft

(1) Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Hat eine Gesellschaft keinen Geschäftsführer (Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Gesellschafter vertreten.

(2) Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, sind sie alle nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. ...

(3) ...

...

§ 37 Beschränkungen der Vertretungsbefugnis

(1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.

(2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder dass die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Organs der Gesellschaft für einzelne Geschäfte erfordert ist.

...

§ 38 Widerruf der Bestellung

(1) Die Bestellung der Geschäftsführer ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

(2) Im Gesellschaftsvertrag kann die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen.

Als solche Gründe sind insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung anzusehen.

...

§ 43 Haftung der Geschäftsführer

(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

(2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.

(3) Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer

- 7 -

dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

(4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

...

§ 46 Aufgabenkreis der Gesellschafter

Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen:

1. die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses;

1a. die Entscheidung über die Offenlegung eines Einzelabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards (§ 325 Abs. 2a des Handelsgesetzbuchs) und über die Billigung des von den Geschäftsführern aufgestellten Abschlusses;

1b. die Billigung eines von den Geschäftsführern aufgestellten Konzernabschlusses;

2. die Einforderung der Einlagen;

3. die Rückzahlung von Nachschüssen;

4. die Teilung, die Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen;

5. die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben;

6. die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung;

7. die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb;

8. die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat.“

Die für die Weiterbildungsförderung nach dem Sozialgesetzbuch III maßgebliche Vorschrift lautete in der zum Zeitpunkt des Beginns der hier gegenständlichen Weiterbildungsmaßnahme von Frau P.S., dem 1.8.2012, maßgeblichen Fassung:

„§ 81 SGB III Grundsatz

(1) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können bei beruflicher Weiterbildung durch Übernahme der Weiterbildungskosten gefördert werden, wenn

1. die Weiterbildung notwendig ist, um sie bei Arbeitslosigkeit beruflich einzugliedern, eine ihnen drohende Arbeitslosigkeit abzuwenden oder weil bei ihnen wegen fehlenden Berufsabschlusses die Notwendigkeit der Weiterbildung anerkannt ist,

2. die Agentur für Arbeit sie vor Beginn der Teilnahme beraten hat und

- 8 -

3. die Maßnahme und der Träger der Maßnahme für die Förderung zugelassen sind.

Als Weiterbildung gilt die Zeit vom ersten Tag bis zum letzten Tag der Maßnahme mit Unterrichtsveranstaltungen, es sei denn, die Maßnahme ist vorzeitig beendet worden.

(2) Anerkannt wird die Notwendigkeit der Weiterbildung bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wegen fehlenden Berufsabschlusses, wenn sie

1. über einen Berufsabschluss verfügen, jedoch auf Grund einer mehr als vier Jahre ausgeübten Beschäftigung in an- oder ungelerner Tätigkeit eine dem Berufsabschluss entsprechende Beschäftigung voraussichtlich nicht mehr ausüben können, oder

2. nicht über einen Berufsabschluss verfügen, für den nach bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften eine Ausbildungsdauer von mindestens zwei Jahren festgelegt ist; Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne einen solchen Berufsabschluss, die noch nicht drei Jahre beruflich tätig gewesen sind, können nur gefördert werden, wenn eine Berufsausbildung oder eine berufsvorbereitende Bildungsmaßnahme aus in ihrer Person liegenden Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

Zeiten der Arbeitslosigkeit, der Kindererziehung und der Pflege eines Angehörigen der Pflegestufe I bis III stehen Zeiten einer Beschäftigung nach Satz 1 Nummer 1 gleich.

(3) ...

(4) ...

(5) ...“

3. Vorschriften des Unionsrechts

Die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen lautet auszugsweise:

„Artikel 1

(1) Für die Durchführung dieser Richtlinie gelten folgende Begriffsbestimmungen:

a) "Massenentlassungen" sind Entlassungen, die ein Arbeitgeber aus einem oder mehreren Gründen, die nicht in der Person der Arbeitnehmer liegen, vornimmt und bei denen - nach Wahl der Mitgliedstaaten - die Zahl der Entlassungen

- 9 -

i) entweder innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen
- mindestens 10 in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern,
- mindestens 10 v. H. der Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern,
- mindestens 30 in Betrieben mit in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmern,

ii) oder innerhalb eines Zeitraums von 90 Tagen mindestens 20, und zwar unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer in der Regel in dem betreffenden Betrieb beschäftigt sind,

beträgt;

b) "Arbeitnehmervertreter" sind die Arbeitnehmervertreter nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten.
Für die Berechnung der Zahl der Entlassungen gemäß Absatz 1 Buchstabe a) werden diesen Entlassungen Beendigungen des Arbeitsvertrags gleichgestellt, die auf Veranlassung des Arbeitgebers und aus einem oder mehreren Gründen, die nicht in der Person der Arbeitnehmer liegen, erfolgen, sofern die Zahl der Entlassungen mindestens fünf beträgt.

(2) Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf

a) Massenentlassungen im Rahmen von Arbeitsverträgen, die für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossen werden, es sei denn, daß diese Entlassungen vor Ablauf oder Erfüllung dieser Verträge erfolgen;

b) ...;

c) ...

...

Artikel 3

(1) Der Arbeitgeber hat der zuständigen Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen schriftlich anzuzeigen.

Die Mitgliedstaaten können jedoch vorsehen, daß im Fall einer geplanten Massenentlassung, die aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung über die Einstellung der Tätigkeit des Betriebs erfolgt, der Arbeitgeber diese der zuständigen Behörde nur auf deren Verlangen schriftlich anzuzeigen hat.

Die Anzeige muß alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung und die Konsultationen der Arbeitnehmervertreter gemäß Artikel 2 enthalten, insbesondere die Gründe der Entlassung, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen.

(2) Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmervertretern eine Abschrift der in Absatz 1 genannten Anzeige zu übermitteln.

Die Arbeitnehmervertreter können etwaige Bemerkungen an die zuständige Behörde richten.

Artikel 4

- 10 -

(1) Die der zuständigen Behörde angezeigten beabsichtigten Massenentlassungen werden frühestens 30 Tage nach Eingang der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Anzeige wirksam; die im Fall der Einzelkündigung für die Kündigungsfrist geltenden Bestimmungen bleiben unberührt.

Die Mitgliedstaaten können der zuständigen Behörde jedoch die Möglichkeit einräumen, die Frist des Unterabsatzes 1 zu verkürzen.

(2) Die Frist des Absatzes 1 muß von der zuständigen Behörde dazu benutzt werden, nach Lösungen für die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen.

(3) Soweit die ursprüngliche Frist des Absatzes 1 weniger als 60 Tage beträgt, können die Mitgliedstaaten der zuständigen Behörde die Möglichkeit einräumen, die ursprüngliche Frist auf 60 Tage, vom Zugang der Anzeige an gerechnet, zu verlängern, wenn die Gefahr besteht, daß die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme innerhalb der ursprünglichen Frist nicht gelöst werden können.

Die Mitgliedstaaten können der zuständigen Behörde weitergehende Verlängerungsmöglichkeiten einräumen.

Die Verlängerung ist dem Arbeitgeber vor Ablauf der ursprünglichen Frist des Absatzes 1 mitzuteilen und zu begründen.

(4) Die Mitgliedstaaten können davon absehen, diesen Artikel im Fall von Massenentlassungen infolge einer Einstellung der Tätigkeit des Betriebs anzuwenden, wenn diese Einstellung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung erfolgt.

...

Artikel 5

Diese Richtlinie läßt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder für die Arbeitnehmer günstigere tarifvertragliche Vereinbarungen zuzulassen oder zu fördern.

Artikel 6

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß den Arbeitnehmervetretern und/oder den Arbeitnehmern administrative und/oder gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinie zur Verfügung stehen.“

4. Entscheidungserheblichkeit der Auslegung des Unionsrechts

Die beiden Vorlagefragen sind für den Rechtsstreit entscheidungserheblich, weil es nur noch von ihrer Beantwortung abhängt, ob der Klage stattzugeben ist.

Gründe, die unabhängig von einem etwaigen Verstoß gegen § 17 KSchG zu einer Unwirksamkeit der Kündigung führen könnten, sind nach dem bislang Vorgetragenen nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht ersichtlich.

- 11 -

Im Rahmen der Anwendung des § 17 KSchG ist nach einhelliger Auffassung von der Zahl der *im Betrieb in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer* auszugehen. Weder eine Stichtagsbetrachtung noch eine Durchschnittsberechnung ist vorzunehmen. Entscheidend ist die Beschäftigtenzahl bei regelmäßigem Gang des Betriebes (Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), Bearbeiter Weigand, 10. Auflage, § 17 KSchG Rdnr. 28 m.w.N.). Grundsätzlich ist maßgebender Zeitpunkt für die Bestimmung der Beschäftigtenzahl der Zeitpunkt der Kündigung, dabei bedarf es allerdings grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke (KR a.a.O. Rdnr. 28 a m.w.N.). Entscheidend ist bei dieser Betrachtung, wann der Arbeitgeber noch eine regelmäßige Betriebstätigkeit entwickelt und wie viele Arbeitnehmer er dafür benötigt hat.

Das vorlegende Gericht geht in Anwendung dieser Grundsätze davon aus, dass der zum 7.12.2012 ausgeschiedene Arbeitnehmer C.S. zu den regelmäßig Beschäftigten, die nach § 17 KSchG zu berücksichtigen sind, gehört. Rechnet man ihn den 18 unstrittig zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung beschäftigten Arbeitnehmern hinzu, ergibt sich eine Zahl von insgesamt 19 Arbeitnehmern.

Sollten sowohl der Geschäftsführer Herr L. als auch die Umschülerin Frau P.S. als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie anzusehen sein, wären beide in unionsrechtskonformer Auslegung des § 17 KSchG auch zu den regelmäßig Beschäftigten gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG zu zählen. Die Beklagte hätte dann einen Betrieb mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern. Sie hat zusammen mit

dem Kläger (deutlich) mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen und wäre verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der Kündigung eine Massentlassungsanzeige bei der Bundesagentur für Arbeit zu erstatten. Der Umstand, dass sie dies unterlassen hat, würde zu einer Unwirksamkeit der Kündigung führen mit der Folge, dass der Kündigungsschutzklage stattzugeben wäre.

5. Gegenstand der Vorlagefragen

a) Zur ersten Vorlagefrage

aa) Inhalt und Begründung der Vorlagefrage

Gegenstand der ersten Vorlagefrage ist, ob das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen, dahin auszulegen ist, dass es nationalen gesetzlichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, die bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt lassen, auch wenn es seine Tätigkeit nach

- 12 -

Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält und selbst keine Anteile an der Gesellschaft besitzt.

Das vorliegende Gericht sieht sich zu dieser Frage veranlasst, weil § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG regelt, dass in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift gelten. Das hat zum einen zur Konsequenz, dass Organmitglieder, die sich gegen ihre Entlassung wehren, sich nicht darauf berufen können, dass die ihnen gegenüber ausgesprochene Kündigung aufgrund der unterbliebenen Erstattung einer Massentlassungsanzeige unwirksam sei. Es bedeutet aber auch, dass - wie hier - bei der Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl, ab der eine Massentlassungsanzeige zu erstatten ist, Organmitglieder nicht mitzuzählen sind. In Grenzfällen - wie hier - kann davon die Frage, ob eine Massentlassung vorliegt oder nicht, abhängig sein.

bb) Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union

Mit Urteil vom 18.1.2007 - C-385/05 - CGT, Slg 2007, I-611-652, hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgeführt, dass Artikel 1 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern - und sei es zeitweilig - bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl unberücksichtigt lässt. Diese Regelung, die ein Mindestmaß an Schutz in Bezug auf die Information und die Konsultation von Arbeitnehmern im Fall von Massentlassungen schaffen sollte, könne nämlich nicht dahin ausgelegt werden, dass die Berechnungsmodalitäten für die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl

und damit diese Schwellenwerte selbst zur Disposition der Mitgliedsstaaten stehen, da eine derartige Auslegung es den Mitgliedstaaten erlaubte, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu verändern und ihr somit ihre volle Wirksamkeit zu nehmen.

Mit dieser Entscheidung hat der Gerichtshof nach dem Verständnis des vorliegenden Gerichts deutlich gemacht, dass die Definition, wer als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie anzusehen ist und wer nicht, nicht der Rechtsordnung des einzelnen Mitgliedsstaates überlassen werden kann. Die Frage, ob Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts vorliegt, ist vielmehr - gemessen am Schutzzweck und den Zielen der einzelnen Richtlinie - vom Gerichtshof selbst zu beantworten.

Mit Urteil vom 11.11.2010 - C-232/09 - Danosa (im Folgenden: „Danosa“) hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Auslegung der Richtlinie 92/85 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz entschieden, dass die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, zu bejahen ist, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als

- 13 -

Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält. Es sei Sache des nationalen Gerichts, die Tatsachenprüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob dies in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit der Fall ist.

Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts sei es insoweit ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis sei. Sofern eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringe, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalte, sei die Art der Rechtsbeziehung zwischen ihr und der anderen Partei des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung für die Anwendung der Richtlinie 92/85. Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft könne außerdem nicht als solche ausschließen, dass sich die betroffene Person in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der betreffenden Gesellschaft befunden habe. Zu prüfen seien nämlich die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt worden sei, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt würden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der er innerhalb der Gesellschaft unterliege, sowie die Umstände, unter denen er abberufen werden könne.

cc) Nationale Rechtslage

§ 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG nimmt in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, vom Anwendungsbereich des § 17 KSchG vollständig aus. Sie sind nicht Arbeitnehmer im

Sinne dieser Vorschrift. Der nationale Gesetzgeber setzt damit voraus, dass sie auch nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Massentlassungsrichtlinie anzusehen sind.

Die zahlenmäßig bedeutsamste Gruppe der von § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG erfassten Personen sind die Geschäftsführer der Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist die in Deutschland bei mittelständischen Unternehmen beliebteste und am meisten verbreitete Form der Kapitalgesellschaft. Ihre Rechtsverhältnisse, insbesondere ihre Vertretung und Geschäftsführung sowie ihre Organe, sind im Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) geregelt. Mächtigstes Organ der Gesellschaft ist die Gesellschafterversammlung. Die Bildung eines Aufsichtsrates *kann* gemäß § 52 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Das erfolgt in der Praxis bei mittelständischen GmbHs nur selten. Die Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates besteht nach den Mitbestimmungsregelungen des Drittelbeteiligungsgesetzes nur in Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten. Im vorliegenden Fall war ein Aufsichtsrat nicht gebildet.

Im Hinblick auf das Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft unterscheidet das deutsche Recht streng zwischen *zwei voneinander zu trennenden Rechtsverhältnissen, der Organstellung als solcher und den Rechten und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft*. Der Erwerb der Organstellung geschieht mittels Bestellung durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung kann die Bestellung zum Geschäftsführer

- 14 -

zu jeder Zeit widerrufen (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Im Gesellschaftsvertrag kann die Zulässigkeit des Widerrufs allerdings auf den Fall beschränkt werden, dass wichtige Gründe diesen notwendig machen (§ 38 Abs. 2 GmbHG). Die *Rechte und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft* hingegen werden durch den *Geschäftsführer-Anstellungsvertrag* geregelt. Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ist Dienstvertrag in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 611 ff, 675 BGB; vgl. nur BGH, Urteil vom 10.5.2010 - II ZR 70/09, NJW 2010, 2343). Er ist nach ganz herrschender Meinung nicht Arbeitsvertrag und der Geschäftsführer ist grundsätzlich kein Arbeitnehmer (BGH, Urteil vom 8.1.2007 - II ZR 267/05, DB 2007, 1072; Urteil vom 10.5.2010 - II ZR 70/09, NJW 2010, 2343; ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Dementsprechend schließt § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG die Mitglieder des Organs einer juristischen Person - also insbesondere GmbH-Geschäftsführer - von der Anwendung des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes, der wichtigsten nationalen Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer vor Kündigungen, aus.

Im Hinblick auf Weisungen unterscheidet das deutsche Recht zwischen rein gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und Beschränkungen, wie sie typischerweise die Gesellschaft, in der Regel vertreten durch die Gesellschafterversammlung, dem Geschäftsführer macht, und einem - weitergehenden und anders ausgeprägten - arbeitsrechtlichen Weisungsrecht. Dementsprechend geht die nationale Rechtsprechung davon aus, dass sich die beiden Rechtsverhältnisse *nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erbringung der Dienstleistung unterscheiden*. Arbeitnehmer ist, wer die vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung

in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt. Dieses kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort und sonstige Modalitäten der Tätigkeit betreffen (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. nur BAG, Urteil vom 26.5.1999 - 5 AZR 664/98 - NZA 1999, 987). Die Gesellschaft beschränkt sich dagegen gegenüber dem Geschäftsführer typischerweise auf allgemeine unternehmerische Vorgaben.

Nach *außen* ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers grundsätzlich nicht beschränkbar, wie sich aus § 37 Abs. 2 GmbHG ergibt. Im Innenverhältnis kann die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers nach § 37 Abs. 1 GmbHG beschränkt werden. Derartige Beschränkungen der Kompetenzen des Geschäftsführers können durch die Satzung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag und/oder durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung herbeigeführt werden. Wie weitgehend die hierdurch herbeigeführten Vorgaben und Beschränkungen der Tätigkeit des Geschäftsführers sein können, ist nicht klar geregelt. Als jedenfalls unzulässig werden Regelungen angesehen, die dem Geschäftsführer jede eigene Geschäftsentscheidung nehmen, d.h., seine Geschäftsbefugnis vollständig beseitigen, da Geschäftsführer dadurch zu reinen Vertretungsmarionetten ohne jede Autorität gegenüber dem Personal des Unternehmens würden (Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 37 Rdnr. 18 m.w.N.). Werden dem „Geschäftsführer“ derart intensive Beschränkungen gemacht, dass er in eine persönliche Abhängigkeit zur Gesellschaft gerät, werden ihm also insbesondere detaillierte Vorgaben im Hinblick auf Ort, Zeit und Art seiner Leistungserbringung gemacht, so ist er nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts trotz seiner nominellen Stellung als Geschäftsführer rechtlich als Arbeitnehmer zu behandeln (vgl. BAG, Urteil vom 26.5.1999 - 5 AZR 664/98 - NZA 1999, 987 m.w.N.).

- 15 -

dd) Offene unionsrechtliche Fragen

(1) Nach den Ausführungen des Gerichtshofs erfüllt ein Mitglied der Unternehmensleitung, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, dem ersten Anschein nach die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer zu gelten (Danosa Randnr. 51). Das vorlegende Gericht hält es für erforderlich, dass der Gerichtshof nähere Ausführungen dazu tätigt, *wie er in diesem Zusammenhang den Begriff der Weisung konkret versteht*. Wie bereits ausgeführt, unterscheidet das deutsche Recht zwischen den rein gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und Beschränkungen der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer und den ihrer Natur nach andersartigen und weitaus umfangreicheren Weisungsbefugnissen des Arbeitgebers, die gegenüber einem Arbeitnehmer ausgeübt werden. Diese Differenzierung stellt nach der Überzeugung des vorlegenden Gerichts auch nicht etwa nur eine Besonderheit des Rechtes eines einzelnen Mitgliedsstaates dar, die bei der Anwendung von Unionsrecht vernachlässigt werden könnte. Vielmehr bestehen zwischen beiden Arten von Vorgaben *grundlegende tatsächliche Unterschiede*. Dem Arbeitnehmer kann der Ort, die Zeit und die Art und Weise seiner Leistungserbringung vorgegeben werden. Der Arbeitgeber macht hiervon auch

typischerweise umfassend Gebrauch, indem er dem Arbeitnehmer die Tage, an denen dieser zu arbeiten hat, Beginn und Ende der Arbeitszeit, häufig auch die Lage der Pausen und den oder die Orte der Arbeitserbringung im Einzelnen vorschreibt. Vor allem aber kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ganz konkret - Tag für Tag - vorgeben, welche Arbeitsleistungen von diesem zu erbringen sind und auch, wie diese zu bewerkstelligen sind, z.B. mit welchem Werkzeug und Material, mit welchen Bearbeitungsverfahren usw. Demgegenüber macht die Gesellschaft dem Geschäftsführer lediglich die Vorgabe allgemeiner Unternehmensziele. Ihre gesellschaftsrechtlichen Befugnisse umfassen keine Vorgaben zu Umfang, Beginn und Ende der Arbeitszeit, die der Geschäftsführer in der Regel frei und eigenverantwortlich gestalten kann. Das Gesellschaftsrecht lässt dem Geschäftsführer auch die Wahl, den Ort seiner Leistungserbringung selbst zu wählen und z.B. teilweise von zu Hause aus zu arbeiten. Vor allem aber sieht das Gesellschaftsrecht nicht vor, dass die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Anweisungen erteilt, ihm also vorgibt, welche konkreten Tätigkeiten er ausführen soll und auf welche Weise oder in welcher Reihenfolge dies zu geschehen hat.

Zusammengefasst stellt sich die Frage, ob es für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ausreicht, dass der Geschäftsführer einer irgend gearteten

- 16 -

Aufsicht, Vorgaben und Beschränkungen eines anderen Organs der Gesellschaft, unabhängig von deren Ausprägung und Intensität, unterworfen ist. Sollte der Gerichtshof dies so beurteilen, erschiene es bedeutsam, in der zu fällenden Entscheidung eine klare dahingehende Aussage zu treffen. Daraus ergäbe sich die Folge, dass jeder Fremd- und wohl auch jeder Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung im unionsrechtlichen Sinne als Arbeitnehmer anzusehen wäre, da jeder Geschäftsführer gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und Beschränkungen der Gesellschafterversammlung (oder, falls gebildet, eines Aufsichtsrates) unterworfen ist. Es bestünde damit fortan zumindest Rechtsklarheit.

Das vorliegende Gericht meint allerdings, die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wie sie insbesondere in der Danosa-Entscheidung zum Ausdruck kommt, anders zu verstehen. So führt der Gerichtshof zu Randnr. 47 dieser Entscheidung aus, für die Feststellung, dass ein Unterordnungsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft bestand, seien zu prüfen die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt wurden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der er innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen er abberufen werden kann. Insbesondere der Verweis auf den *Rahmen, in dem die Aufgaben vom Geschäftsführer ausgeführt werden, den Umfang seiner Befugnisse sowie die Kontrolle, der er unterliegt*, kann dabei nach dem Verständnis des vorlegenden Gerichts nur so interpretiert werden, dass ein Unterordnungsverhältnis und damit auch ein Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinne nur dann zu bejahen ist, wenn das Mitglied der Unternehmensleitung bei der Ausübung seiner Tätigkeit verbindlichen Festsetzungen, Vorgaben und Einschränkungen *von einigem Gewicht und von bestimmter inhaltlicher Ausprägung* unterliegt. Ansonsten wäre es nämlich

nicht angezeigt gewesen, auf die Notwendigkeit der Prüfung der zahlreichen aufgeführten Kriterien zu verweisen, sondern der Gerichtshof hätte sich darauf beschränken können, festzustellen, dass schon eine irgend geartete Weisungsmacht, Aufsicht oder Kontrolle gegenüber dem Betreffenden zum Bestehen einer Arbeitnehmereigenschaft führe.

(2) Eine an den in der Danosa-Entscheidung genannten Kriterien orientierte Prüfung des jeweils zuständigen nationalen Gerichts hat den Vorteil, dass sie eine hohe *Einzelfallgerechtigkeit* nach sich zu ziehen vermag. Das vorliegende Gericht fragt sich jedoch, ob die bislang praktizierte Beschränkung des Gerichtshofes auf die Vorgabe eines Kataloges relevanter Merkmale zur Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft nicht auch absehbare Nachteile mit sich bringt. Es steht aus Sicht des vorliegenden Gerichts zu befürchten, dass die nationalen Gerichte den Grad an Weisungsabhängigkeit und Kontrolle, dem ein Geschäftsführer ausgesetzt sein muss, um als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts zu gelten, sehr unterschiedlich bemessen werden. Dies wird dazu führen, dass vollständig vergleichbare Sachverhalte - also Fälle von Mitgliedern der Unternehmensleitung, die jeweils zu gleichen oder jedenfalls zu im Wesentlichen vergleichbaren Bedingungen beschäftigt werden - von den Gerichten je nach Mitgliedsstaat rechtlich ganz unterschiedlich bewertet werden. Auch innerhalb eines Mitgliedsstaates, innerhalb einer Gerichtsbarkeit und sogar unter den Kammern ein und desselben Gerichts können Meinungsverschiedenheiten und unterschiedliche Maßstäbe bei der praktischen Anwendung der vom Gerichtshof aufgezählten Prüfungsfragen auftreten, die zu einer *vollständigen Zersplitterung der Rechtsanwendung* und damit zu *erheblicher*

- 17 -

Rechtsunsicherheit führen würden. Dementsprechend wäre es selbst rechtskundigen und umfassend beratenen Vertragsparteien kaum mehr möglich, die Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft vertraglich so auszugestalten, dass von Anfang an Klarheit über die - fehlende oder vorhandene - unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft besteht.

(3) Nach Auffassung des vorliegenden Gerichts sollte bei der Beurteilung der Frage, ob Mitglieder von Unternehmensleitungen im Allgemeinen und Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Besonderen als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen sind, auch Berücksichtigung finden, dass diese Personengruppe - insbesondere gegenüber den übrigen Beschäftigten - in der Regel typische Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen ausübt. Diese Wahrnehmung herausgehobener Aufgaben, die für den Erfolg und Bestand des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung sind, bringt auch ein nachvollziehbares, existentielles Interesse der Unternehmenseigner mit sich, sich ohne die durch arbeitsrechtliche Schutzvorschriften erzeugten Beschränkungen von einem Mitglied der Unternehmensleitung zu trennen, wenn die Gesellschafterversammlung das für eine erfolgreiche Zusammenarbeit notwendige Vertrauensverhältnis zu dem betreffenden Geschäftsführer als nicht mehr gegeben erachtet. Das vorliegende Gericht fragt an, ob es gerechtfertigt erscheinen könnte, diesen Interessen der Unternehmenseigner bei der Bestimmung des Grades an Weisungsunterworfenheit Rechnung zu tragen, der für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses als erforderlich erachtet wird.

(4) Das vorlegende Gericht gibt zu bedenken, dass die persönliche Abhängigkeit, die sich aus den Weisungen des Unternehmers gegenüber dem Beschäftigten ergibt, welche Ort, Zeit, aber vor allem die konkrete Art und Weise der Leistungserbringung betreffen, ein sachlich begründetes, trennscharfes und in der Praxis handhabbares Kriterium für die Definition der Arbeitnehmereigenschaft auch im unionsrechtlichen Kontext bilden könnte. Im nationalen Recht Deutschlands wird sie nicht nur im Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung von Geschäftsführern, sondern insbesondere auch bei der Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbstständigen verwendet. Der Ausspruch des Gerichtshofs, dass es für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ohne Bedeutung ist, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist (Danosa Randnr. 40), würde damit nicht in Frage gestellt, sondern hätte vielmehr uneingeschränkt Bestand. Die nationalen Gerichte wären auch im Fall von Mitgliedern der Unternehmensleitung verpflichtet, jeweils zu prüfen, ob ein anderes Organ ihnen diesbezügliche Weisungen erteilt. Ist dies in nennenswertem Umfang der Fall, folgte hieraus die Bejahung der Eigenschaft als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne. Es sprechen somit aus Sicht des vorlegenden Gerichts gute Argumente dafür, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung in diesem Sinne nuanciert.

(5) Sollte der Gerichtshof andere als die genannten Kriterien für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne für maßgeblich halten, wäre es aus Sicht des vorlegenden Gerichts aus den bereits aufgeführten Gründen der Rechtssicherheit und Bestimmbarkeit erforderlich, dass der Gerichtshof zu einer Präzisierung und Konkretisierung der die Arbeitnehmereigenschaft konstituierenden Merkmale, des Maßes, in dem diese jeweils vorliegen müssen, und der Gewichtung der Merkmale untereinander weitergehende Ausführungen als in den bislang gefällten Entscheidungen tätigt. Gleiches gilt, wenn der Gerichtshof die Auffassung vertreten sollte, dass für den Begriff des Arbeitnehmers i.S.v. Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der

- 18 -

Mitgliedstaaten über Massenentlassungen andere Kriterien maßgeblich sein sollten als für den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne anderweitigen Unionsrechts, beispielsweise i.S. der Richtlinie 92/85. Für diesen Fall wäre das vorlegende Gericht dankbar, zu erfahren, welches ggf. die Besonderheiten des Arbeitnehmerbegriffs i.S. der Massenentlassungsrichtlinie sind, woraus sie resultieren und welche Folgerungen sich für die praktische Rechtsanwendung des nationalen Gerichts hieraus ergeben.

b) Zur zweiten Vorlagefrage

Gegenstand der zweiten Vorlagefrage ist, ob das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, dahin auszulegen ist, dass es zwingend vorgibt, dass bei der in dieser Vorschrift vorgesehenen Berechnung der Beschäftigtenzahl als Arbeitnehmer auch diejenigen Personen mitzuzählen sind, die ohne Vergütung durch den Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für

Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, praktisch mitarbeiten, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren („Praktikant“), oder ob es den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt, hierüber nationale gesetzliche Bestimmungen oder Gepflogenheiten aufzustellen.

Frau P.S. absolvierte bei der Beklagten eine nach § 81 SGB III von der Agentur für Arbeit geförderte berufliche Weiterbildungsmaßnahme. Maßnahmeziel war die Ausbildung zur Bürokauffrau. Die theoretische Unterweisung erfolgte durch die Berufsschule, die praktische Unterweisung bei der Beklagten. Die Beklagte selbst zahlte keine Ausbildungsvergütung oder vergleichbare Vergütung an Frau S. Die Agentur für Arbeit erbrachte während der Maßnahmedauer unmittelbare Zahlungen an Frau S.

Gewöhnlich erfolgt die Berufsausbildung zu einem anerkannten Ausbildungsberuf durch Abschluss eines Berufsausbildungsvertrages zwischen Ausbilder und Auszubildendem. Für solche Ausbildungsverhältnisse sind die Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) maßgeblich. Gemäß § 17 Abs. 1 BBiG haben Ausbildende den Auszubildenden eine angemessene Vergütung zu gewähren. Um ein solches „reguläres“ Berufsausbildungsverhältnis handelte es sich vorliegend nicht. Die Beklagte war offenbar aufgrund des fortgeschrittenen Alters von Frau S., deren mangelnder Qualifikationen und/oder eines nicht vorhandenen betrieblichen Ausbildungsbedarfs nicht gewillt, ein solches einzugehen.

Im nationalen Recht ist einschlägige Rechtsprechung zu der Frage, ob Personen, die von der Agentur für Arbeit geförderte berufliche Weiterbildungsmaßnahmen durchlaufen, als Arbeitnehmer i.S. des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG zu zählen sind, nicht nachgewiesen. Die einschlägigen Kommentare zum KSchG gehen ohne nähere Begründung oder Differenzierung davon aus, dass Auszubildende und Volontäre,

- 19 -

Praktikanten (soweit das Praktikum nicht Bestandteil schulischer Ausbildung sei) und Umschüler als Arbeitnehmer i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG mitzuzählen seien (KR/Weigand aaO Rz. 29; vgl. auch Erfurter Kommentar/Kiel, 14. Aufl. 2014, § 17 KSchG Rn. 9).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (Danosa Randnr. 39 m.w.N.). Das vorlegende Gericht fragt an, ob der Erhalt einer Vergütung unmittelbar vom Arbeitgeber ein nicht verzichtbares Kriterium des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist. Für diesen Fall wäre Frau P.S. folgerichtig nicht als Arbeitnehmerin im unionsrechtlichen Sinne und insbesondere nicht als Arbeitnehmerin i.S.d. Art. 1 Abs. 1 a) der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen anzusehen. Sollte hingegen nach der Auffassung des Gerichtshofs der Erhalt einer Vergütung unter bestimmten Voraussetzungen für die Eigenschaft als Arbeitnehmer entbehrlich sein, wird der Gerichtshof gebeten, dazu Ausführungen zu tätigen, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, und insbesondere dem vorlegenden Gericht die nötigen Hinweise zu geben, damit es beurteilen kann, ob von der Agentur für Arbeit geförderte berufliche

Weiterbildungsmaßnahmen die Kriterien für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses im unionsrechtlichen Sinne bzw. im Sinne der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen erfüllen.

Art. 5 der Richtlinie bestimmt, dass sie die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt lässt, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden. Das vorlegende Gericht geht davon aus, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit besitzen, im Rahmen der Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie in nationales Recht den Begriff des Arbeitnehmers, jedenfalls soweit dieser Begriff für die Berechnung der Beschäftigtenzahl von Bedeutung ist, weiter auszulegen, als dies unionsrechtlich geboten ist, und dementsprechend auch Personen als Arbeitnehmer - hier: im Sinne der gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG mitzuzählenden Beschäftigten - anzusehen, die für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringen, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Diese Annahme des vorlegenden Gerichts hat zu der konkreten Formulierung der zweiten Vorlagefrage geführt. Sollte der Gerichtshof der Auffassung sein, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff als solcher, bzw. soweit er in der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen Verwendung findet, einer solchen erweiternden Verwendung im nationalen Recht bei der Umsetzung der Richtlinie nicht zugänglich sei, wird er gebeten, hierzu Ausführungen zu tätigen.

Verden, den 06.05.2014

Der Vorsitzende der 1. Kammer
des Arbeitsgerichts

Dr. Rinck

Direktor des Arbeitsgerichts