

Roja Erdmann

Arbeitsschutz bei ehrenamtlichen Beschäftigungsformen



Nomos

Arbeits- und Sozialrecht
Band 166

Roja Erdmann

Arbeitsschutz bei ehrenamtlichen Beschäftigungsformen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle Wittenberg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7753-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2373-2 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Großmutter Hedwig Erdmann, die ihrer Zeit weit voraus gewesen ist.

Danksagung

Obwohl ehrenamtlich Tätige regelmäßig den gleichen Gefahren wie Hauptamtliche in einem (Beschäftigungs-)Verhältnis ausgesetzt sind, ist die Anwendung von Arbeits- und Gesundheitsschutzvorschriften auf diese Gruppe bislang kaum erforscht. Aus diesem Grund habe ich mich für diese Thematik im Rahmen der vorliegenden Untersuchung entschieden. Das Rigorosum fand am 15.7.2020 statt, Literatur und Rechtsprechung konnte bis einschließlich November 2020 berücksichtigt werden.

Die Dissertation ist an der Martin-Luther-Universität in Halle entstanden. Einen besonderen Dank möchte ich meinen Doktorvater Prof. Dr. Wolfhard Kohte aussprechen, der die Promotion umfassend betreut und mit dem in Halle bestehenden System der vielfältigen und interessanten Seminare und der Abhaltung des HFC eine sehr gute Möglichkeit der Förderung geschaffen hat, gerade für die vorliegend extern entstandene Promotion. Bei Herrn Prof. Dr. Daniel Ulber möchte ich mich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Gleichsam danke ich dem Team der Kanzlei TowaRA:Arbeitsrecht und vor allem meinem Mentor Jörg Towara, der nicht nur meine Begeisterung für den Anwaltsjob mit geweckt, mich stets motiviert und vor allem meine Entwicklung kontinuierlich gefördert hat, sondern auch flexibel und aufgeschlossen durch Freistellungen für das Gelingen der Arbeit neben dem Anwaltsalltag gesorgt hat.

Mein außerordentlicher Dank gilt meinem tollen Mann Christian, der mich jederzeit unermüdlich, liebevoll und ohne Zögern – nicht nur bei der Erstellung dieser Arbeit – unterstützt, wofür ich ihm sehr verbunden bin. Der größte Dank gilt meinen Eltern Dr. Ute und Dr. Ferry Erdmann. Es ist nicht in Worten ausdrückbar, was es heißt, sich immer auf das liebevolle Dasein und die Unterstützung verlassen zu können, die mir durch sie zuteil wird.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
§ 1 Einleitung	19
§ 2 Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391/EWG	22
A. Kein feststehender Begriff des Arbeitnehmers im Europäischen Recht	22
I. Ausgangspunkt der Abgrenzung	23
II. Konsequenz für diese Untersuchung	23
B. Einzelne Arbeitnehmerbegriffe und Anwendungsbereiche im Primärrecht	24
I. Art. 45 AEUV	24
1. Zielsetzung und Gewährleistung	24
2. Nationaler oder autonomer Begriff?	25
3. Inhalt des Arbeitnehmerbegriffes	26
a) Lawrie-Blum Formel	26
aa) Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisungen	28
(1) Andere Sprachfassungen	29
(2) Gesellschaftsrechtliche Fragestellungen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit	30
(3) Weitere EuGH – Rechtsprechung zur Weisung	34
(4) Ergebnis	36
bb) Erbringung von Leistungen für einen anderen	36
(1) Rechtsprechung des EuGH	37
(2) Situation von Studien- und Rechtsreferendaren sowie Praktikanten	40
cc) Vergütung	41
b) Arbeitnehmerähnliche Person	42
aa) Rechtsprechung	42
bb) Literatur	43
cc) Eigene Meinung	44

II. Art. 48 AEUV	45
1. Gewährleistung und Inhalt	45
2. Nationaler oder autonomer Begriff?	46
a) Rechtsprechung	47
b) Literatur	47
c) Stellungnahme	48
3. Inhalt des Arbeitnehmerbegriffes des Art. 48 AEUV	49
a) Rechtsprechung	50
b) Literatur	50
c) Stellungnahme	51
4. Arbeitnehmerbegriff in der VO 883/04	51
5. Zusammenfassung	52
III. Exkurs: Art. 3 ESC	52
1. Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen	53
2. Anwendungsbereich	54
IV. Kompetenznorm des Art. 153 AEUV	55
1. Inhalt und Gewährleistung	55
2. Autonome oder nationale Grundlage?	56
3. Reichweite der Rechtsgrundlage	56
a) Literatur	57
b) Stellungnahme	59
aa) Wortlaut	59
bb) Sinn und Zweck	60
cc) Ergebnis	61
V. Ergebnis	61
C. Persönlicher Anwendungsbereich in der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie	63
I. Allgemeines zur Arbeitsschutzrahmenrichtlinie	63
1. Frühere Arbeitsschutzrichtlinien	63
2. Entstehungsgeschichte	63
3. Ziel der Richtlinie	65
II. Persönlicher Anwendungsbereich	66
1. Entwicklung des Arbeitnehmerbegriffs	67
a) Frühere Richtlinien	67
b) Verfahren in der Rahmenrichtlinie	67
2. Gemeinschaftsrechtlicher oder nationaler Begriff?	68
3. Inhalt des persönlichen Anwendungsbereichs	70
a) Judikatur	70
b) Literatur zum persönlichen Anwendungsbereich der RL 89/391/EWG	71

c) Eigene Meinung	73
aa) Danosa	73
(1) Entscheidung des EuGH	74
(2) Literatur	76
bb) Fenoll	77
(1) Entscheidung des EuGH	78
(2) Literatur	80
cc) Matzak	81
(1) Entscheidung des EuGH	82
(2) Literatur	82
dd) Governo della Repubblica italiana	84
ee) Eigene Analyse zu Danosa, Fenoll, Matzak und Governo della Repubblica italiana	85
(1) Doch ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff im Europäischen Recht?	86
(2) Eigener Lösungsansatz	88
ff) Schlussfolgerung für den persönlichen Anwendungsbereich in der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie	98
(1) Herangehensweise des EuGH	98
(2) Eigene Auslegung	101
D. Ergebnis	113
E. Wechselwirkung zwischen Richtlinie und Grundrecht: Arbeitsschutzrahmenrichtlinie und Art. 31 Abs. 2 GRC	114
I. Literatur	116
II. Eigene Meinung	117
§ 3 Ausgestaltung ehrenamtlicher Beschäftigungsformen nach nationalem (Rechts-) Verständnis	119
A. Verständnis vom Ehrenamt	120
I. Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis nach dem BAG	120
1. Sachverhalt	120
2. Entscheidung des BAG	121
3. Eigene Einschätzung	122
II. Keine allgemeingültige Definition des Ehrenamtsbegriffs	123
III. Gewährleistung des freiwilligen Engagements	124
1. „Neues Ehrenamt“	124
2. Engagement	125

IV. Funktionen des Rechts für die Förderung des (bürgerschaftlichen) Engagements	126
V. Organisationstypen des Engagements	127
VI. Ergebnis	128
B. Analyse des Parallelgebiets der gesetzlichen Unfallversicherung	129
I. Aufgaben und System der gesetzlichen Unfallversicherung	129
II. Ehrenamtliche in der Unfallversicherung kraft Gesetzes	130
1. Versicherung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 SGB VII	131
2. § 2 Abs. 1 Nr. 12 SGB VII	134
3. Stellung der Betriebsratsmitglieder in der gesetzlichen Unfallversicherung	135
4. Versicherungsschutz für „Wie-Beschäftigte“ nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 SGB VII	136
a) Einem fremden Unternehmen dienende Tätigkeit (Nr. 1)	138
b) Wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Unternehmers	139
c) Dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnendes Beschäftigungsverhältnis	139
d) Arbeitnehmerähnlichkeit	140
5. Ehrenamtliche als Wie-Beschäftigte?	141
6. Ergebnis	142
C. Situation in der Freiwilligen Feuerwehr	142
I. Zweck, Arten und Organisation der Feuerwehr	143
II. Einstellungsvoraussetzungen für Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr	145
III. Freistellung und Entgelt in der Freiwilligen Feuerwehr	145
IV. Dienstplichten und Weisungsverhältnis in der Freiwilligen Feuerwehr	146
V. Beendigung des ehrenamtlichen Feuerwehrdienstes	147
VI. Analyse der Rechtslage	148
VII. Arbeits- und Gesundheitsschutz und der Feuerwehrdienst	149
1. Gesetzliche Unfallversicherung	150
2. Staatliche Kontrolle	151
VIII. Ergebnis	153

§ 4 Anwendung des Arbeitsschutzgesetzes auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen	154
A. Anwendung auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen?	155
I. Umsetzung der Richtlinie	155
II. Persönlicher Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes	156
1. Arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes	157
a) Wirtschaftliche Auslegung	157
aa) Wirtschaftliche Abhängigkeit	158
bb) Vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit	159
b) Arbeitsschutzrechtliche Auslegung	160
c) Differenzierende Auslegung	163
d) Literatur zur Anwendung des Arbeitsschutzgesetzes auf Ehrenamtliche	164
e) Eigene Meinung	165
aa) Richtlinienkonforme Auslegung	166
bb) Folgen für die Bearbeitung	169
cc) Umsetzung	170
(1) Einschränkung der Gesetzesauslegung	171
(2) Teleologische Reduktion	173
dd) Zwischenergebnis	175
ee) Kriterien für die arbeitnehmerähnliche Person I	176
(1) Welche Kriterien der Wie-Beschäftigung gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII passen zum staatlichen Arbeitsschutz?	176
(2) Welche Anwendungsfälle des § 2 Abs. 1 SGB VII würden auf das Arbeitsschutzgesetz passen?	180
2. Kriterien	183
a) Ausgangspunkt: Eigenverantwortlichkeit vs. staatliche Kontrolle und die Besonderheit des betrieblichen Arbeitsschutzes	185
b) Wann benötigt man die staatliche Kontrolle?	185
c) Herausforderungen des betrieblichen Arbeitsschutzes und Handlungsmöglichkeiten der Behörde	186
III. Schlussfolgerungen für die Anwendung des Arbeitsschutzgesetzes auf besondere Personengruppen	186
1. Matzak und Tätigkeiten in der Freiwilligen Feuerwehr	187
a) Matzak	187

b) Freiwillige Feuerwehr nach dem System in Deutschland	188
2. Tätigkeit in der Telefonseelsorge	189
B. Ergebnis	192
§ 5 Anwendungsbereich weiterer Rechtsvorschriften auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen eröffnet?	194
A. Verordnungen	194
I. BetrSichV	194
II. GefStoffV	196
1. Anwendungsbereich	197
a) Verpflichteter Kreis	197
b) Geschützter Kreis	198
2. Eigene Meinung	198
III. BioStoffV	199
IV. BaustellV	201
V. Ergebnis	203
B. Anwendung des Arbeitssicherheitsgesetzes und der DGUV- Vorschrift 2	203
I. Regelungsgegenstand des ASiG und der DGUV-Vorschrift 2	204
II. Anwendungsbereich des ASiG	206
1. Ausschließliche Anwendung auf Arbeitnehmer?	207
2. Eigene Analyse	207
III. Folgen für die DGUV Vorschrift 2	210
IV. Folgen der Einbeziehung am Beispiel der Angehörigen im Bereich der Freiwilligen Feuerwehr	211
C. Ergebnis	213
§ 6 Praxisbeispiele: Bundesfreiwilligendienst und Betriebsratsarbeit	214
A. Bundesfreiwilligendienst	214
I. Einführung	215
II. Gesetzliche Regelungen	215
III. Anwendbarkeit des Arbeitsschutzgesetzes	217
IV. Anwendbarkeit des Arbeitssicherheitsgesetzes	218
1. Anwendung über § 13 BFDG?	218
2. Direkte Anwendung des ASiG	219
V. Schwellenwerte des § 22 SGB VII und der DGUV 2 Vorschrift	220

VI. Ergebnis	221
B. Einleitung: Arbeitszeit und Arbeitsschutz bei Betriebsratsmitgliedern	221
I. Rechtsstellung des Betriebsratsmitglieds	222
1. Ehrenamt gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG	223
a) Ist das Ehrenamt noch zeitgemäß?	224
b) Betriebsratsamt als besonderes Ehrenamt	225
2. Die weiteren Regelungen des § 37 BetrVG	226
3. Ergebnis	228
II. Arbeitszeit und Betriebsratsmitglieder	228
1. Rechtsprechung	229
a) BAG-Urteil vom 18.1.2017	229
b) BAG-Beschluss vom 21.3.2017	231
2. Weitere Rechtsprechung und Literatur	231
a) Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes	232
b) Keine Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes	233
3. Eigene Meinung	235
a) Autonomie des Betriebsrats	236
aa) BAG, Beschluss vom 11.11.1997	237
bb) Folgerungen für den Betriebsrat	239
b) Keine europarechtliche Hilfestellung	239
c) Rechtsfolgen der Autonomie des Betriebsrates	241
aa) Ruhezeiten nach § 5 ArbZG	241
bb) Eigener Begründungsweg	242
cc) Ungenauigkeit des Merkmals der Unzumutbarkeit	243
d) Lösung über § 618 BGB	243
aa) Anwendungsbereich	245
bb) Welches Arbeitsschutzrecht ist von der Transformation umfasst?	248
cc) Ergebnis für Freistellungen nach § 37 Abs. 2 BetrVG	250
e) Anwendung auch bei längerer Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG und § 38 BetrVG?	251
f) Anwendung des § 3 ArbZG	251
aa) Anwendung auch bei längerer Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG und § 38 BetrVG?	252
bb) Kurzzeitige Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG	253

4. Arbeitszeit als Verhinderungsgrund im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG?	255
a) Rechtsprechung	255
b) Literatur	256
c) Eigene Meinung	257
5. Aufsicht	258
a) Rechtsprechung und Literatur	260
b) Eigene Meinung	260
aa) § 38 BetrVG	261
bb) Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG	263
(1) Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers anhand von konkreten Beispielen	263
(2) Herausforderung der Pause nach § 4 ArbZG	264
cc) Schlussfolgerungen	264
c) Spezialfall: Betriebsversammlung	265
aa) Betriebliche Konsequenzen	265
bb) Rechtsprechung	266
cc) Literatur	267
dd) Eigene Meinung	268
III. Arbeitsschutz und Betriebsratsmitglieder	270
1. Rechtsprechung	270
2. Literatur	271
3. Eigene Meinung	271
a) Autonomie des Betriebsrats führt zur differenzierten Anwendung	273
aa) Gefährdungsbeurteilung im Betriebsratsbüro	273
bb) Psychische Gefährdungsbeurteilung	274
cc) Unterweisung nach § 12 ArbSchG	274
4. § 40 BetrVG	275
5. Aufsicht	275
6. Ergebnis	276
C. Ergebnis	276
§ 7 Ergebnis	277
Literaturverzeichnis	283

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauStellV	Baustellenverordnung
BetrSichV	Betriebssicherheitsverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BioStoffV	Biostoffverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESC	Europäische Sozialcharta
Etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GefStoffV	Gefahrstoffverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
ILO	International Labor Organisation
LAG	Landarbeitsgericht
PSA-BV	PSA-Benutzungsverordnung
RESC	Revidierte Europäische Sozialcharta
RL	Richtlinie
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

§ 1 Einleitung

Die Arbeitswelt befindet sich im Wandel – die Auswirkungen moderner Arbeitsformen sind derzeit in aller Munde. Ob Crowdworking, mobile Arbeit, Telearbeit oder Drittpersonaleinsatz, es wird sowohl im neuartigen Bereich der Beschäftigung als auch bei klassischeren Arbeitsformen, wie beispielsweise dem konventionellen Arbeitsverhältnis, Augenmerk auf die Fragestellungen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes gelegt, beziehungsweise werden diese kontrovers diskutiert.¹

Dieses Bild spiegelt sich jedoch bei anderen bekannten und gängigen Arbeitsformen, wie beispielsweise im Rahmen von ehrenamtlichen Beschäftigungsformen, nicht wider.

Nach Angaben des Freiwilligen surveys aus dem Jahr 2014 waren zum dortigen Zeitpunkt 30,9 Millionen Menschen in Deutschland freiwillig engagiert.² Auffällig ist, dass bei der ehrenamtlichen Beschäftigung, sei es im klassischen Ehrenamt, bei der nach § 37 Abs. 1 BetrVG ehrenamtlichen Tätigkeit als Betriebsrat oder in der Telefonseelsorge, Fragen des Arbeitsschutzes schon bezüglich der Anwendung keinen Eingang in die (arbeits-) rechtliche Diskussion finden.

Dies ist neben der hohen Anzahl an ehrenamtlich Beschäftigten³ speziell vor dem Hintergrund überraschend, dass gerade im Bereich der gemeinnützigen Tätigkeit enorme und vielfältige Belastungen auf die ehrenamtlich Tätigen einwirken können. Beispielhaft genannt sei hier nur eine Tätigkeit in der Freiwilligen Feuerwehr mit den entsprechenden physischen und auch psychischen Herausforderungen.

Dies führt zu der Frage, ob ehrenamtliche Beschäftigungsformen überhaupt unter die verschiedenen arbeitsschutzrechtlichen Gesetze fallen können. Ziel dieser Arbeit soll sein, den Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendung von arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen bei den besonderen

1 Bsw. Aligbe, ArbRAktuell 2016, 132 (132ff.); Oberthür, NZA 2013, 246 (246ff.).

2 Simonson/Vogel/Tesch-Römer, Freiwilligen survey 2014, S. 85.

3 In der nachfolgenden Untersuchung wird statt der emanzipatorischen Endung stets die männliche Form angewandt. Dies geschieht aus Gründen der Lesbarkeit, wobei stets Vertreter aller Geschlechter ohne jegliche Absicht der Diskriminierung gemeint sind.

Beschäftigungsformen im Bereich des weiten ehrenamtlichen Bereichs zu begegnen.

Vor diesem Hintergrund wurden folgende Untersuchungsinhalte im Rahmen dieser Analyse gewählt:

Unter § 2 („*Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391/EWG*“) wird unter Auswertung der Arbeitnehmerbegriffe bzw. persönlichen Anwendungsbereiche von wichtigen Ermächtigungsgrundlagen im Primärrecht und unter Analyse jüngerer EuGH-Rechtsprechung untersucht, wie der persönliche Anwendungsbereich der Rahmenarbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG zu verstehen ist. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass das deutsche Arbeitsschutzrecht durch die Vorgaben des Europäischen Rechts sehr stark geprägt worden ist.⁴

Sodann erfolgt unter § 3 („*Ausgestaltung ehrenamtlicher Beschäftigungsformen nach nationalem (Rechts-)Verständnis*“) eine Analyse der Ausformung ehrenamtlicher Tätigkeit in Deutschland mit besonderen Blick auf das Schutzbedürfnis. Weitergehend wird untersucht, inwieweit ehrenamtliche Beschäftigungsformen im parallelen Rechtsgebiet der gesetzlichen Unfallversicherung geschützt sind.

Im Rahmen des § 4 („*Anwendung des Arbeitsschutzgesetzes auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen*“) dieser Arbeit wird aufbauend und verknüpfend auf die Erkenntnisse des § 2 und § 3 untersucht, inwieweit bestimmte ehrenamtliche Beschäftigungsformen unter das Arbeitsschutzgesetz fallen können.

Daraufhin erfolgt unter § 5 („*Anwendungsbereich weiterer Rechtsvorschriften auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen eröffnet?*“) eine Analyse, welche nationalen Verordnungen Anwendung finden würden und welchen persönlichen Anwendungsbereich, insbesondere im Hinblick auf ehrenamtliche Beschäftigungsformen, das Arbeitssicherheitsgesetz umfasst. Ferner wird untersucht, wann der Anwendungsbereich der DGUV 2-Vorschrift eröffnet ist und welche Auswirkungen die ehrenamtliche Beschäftigungsformen (am Beispiel der Freiwilligen Feuerwehr) auf die DGUV 2 Vorschrift haben

In § 6 („*Praxisbeispiele: Bundesfreiwilligendienst und Betriebsratsarbeit*“) werden die Besonderheiten des Bundesfreiwilligendienstes und die Anwendung und Auswirkung auf das Arbeitsschutzgesetz, das Arbeitssicherheitsgesetz sowie die Schwellenwerte des § 22 SGB VII und der DGUV 2 Vorschrift diskutiert. Weiter wird im zweiten Teil des Kapitels das Augenmerk auf die Herausforderungen der ehrenamtlichen Beschäftigungsform

4 Kollmer in Kollmer/Klindt/Schucht, Vor § 1 Rn. 23.

im Betriebsratsamt gelegt. Die besondere Beschäftigung als Betriebsratsmitglied wirft insbesondere arbeitszeitrechtliche Fragen auf, die analysiert werden. Weiterhin werden Fragen der Anwendung des Arbeitsschutzgesetzes geklärt.

§ 2 Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391/EWG

A. Kein feststehender Begriff des Arbeitnehmers im Europäischen Recht

Im Europäischen Recht besteht kein feststehender, exklusiver Begriff des Arbeitnehmers. Vielmehr existiert eine Korrelation zu den unterschiedlichen Sach- und Anwendungsbereichen und der Terminus muss daher unterschiedlich untersucht beziehungsweise ausgelegt werden.⁵

Der europäische Gesetzgeber hat verschiedene Optionen zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes: Möglich ist eine Verweisung auf nationales Recht oder auch eine Nutzung eines unionsautonomen Terminus. Darüber hinaus kann auch eine Mischform beider Varianten Anwendung finden.⁶

Ziel dieses Abschnittes ist die inhaltliche Konkretisierung des persönlichen Anwendungsbereichs in der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG. Auf diese Weise kann sodann geprüft werden, welche Folgen dies für den Anwendungsbereich des nationalen Arbeitsschutzgesetzes hat.

Voraussetzung für die Konkretisierung des persönlichen Anwendungsbereichs in der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie ist, sich einen Überblick über die wichtigsten Verständnisse der Arbeitnehmerbegriffe bzw. persönlichen Anwendungsbereiche zu machen um Parallelen und Gegensätze verstehen und auch erarbeiten zu können.

Der Arbeitnehmerbegriff des EuGH hat besonders bei der Rechtsprechung zu Art. 48 EGV (sodann Art. 39 EG, jetzt Art. 45 AEUV) seine Begründung⁷ und Progression erfahren und hat insgesamt bei den verschiedenen Arbeitnehmerbegriffen eine maßgebliche Bedeutung inne.⁸ Aufgrund dessen wird zunächst diese Judikatur und Literatur untersucht.

5 EuGH, Urteil vom 12.5.1998 (Martinez Sala), C-85/96, Slg. 1998, I-2691, Rn. 31, juris; EuGH, Urteil vom 7.6.2005 (Dodl/Oberholzener), C-543/03, Slg 2005, 1–5049, Rn. 27, juris; Rebhahn, EuZA 2012, 3 (5), siehe nur die Dissertation von Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe.

6 Wank in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 14 Rn. 2.

7 Kohte, EAS B 6100, Rn. 30.

8 Frey, Arbeitnehmerähnliche Person in der Betriebsverfassung, S. 76; Preis/Sagan, § 1 Rn. 1.112.

Zu beachten ist, dass im Vertrag von Lissabon Art. 45 AEUV nur geringe Wortlautänderungen im Vergleich zu der vorherigen Vorschrift – Art. 39 EG – erhalten hat. Demnach sind die vorherige Rechtsprechung und Literatur hierzu nutzbar.⁹ Gleiches gilt ausweislich des Wortlauts der beiden Normen auch bei der Änderung von Art. 48 EWGV auf Art. 39 EG.

I. Ausgangspunkt der Abgrenzung

Arbeitnehmer und Selbstständiger – in dieser Abgrenzung liegt auf europarechtlicher Ebene der Ausgangspunkt. Innerhalb der europäischen Mitgliedsstaaten werden verschiedene Wege zur Bestimmung des Begriffes des Arbeitnehmers beschritten. Beispielsweise verwenden Finnland und Italien eine gesetzliche Legaldefinition des Arbeitnehmers. In Polen nutzt man eine Mischform aus Legaldefinition und Rechtsprechung.¹⁰

Hinsichtlich der arbeitnehmerähnlichen Person ist zu konstatieren, dass es das ausdrückliche Konstrukt der arbeitnehmerähnlichen Person im Europarecht bislang nicht gibt.¹¹ Pottschmidt stellt diesbezüglich fest, dass für eine genaue Festlegung der arbeitnehmerähnlichen Person im Unionsrecht eine Analyse der Formen von Beschäftigung in allen Mitgliedsstaaten von Nöten wäre, um die einzelnen Kriterien für die arbeitnehmerähnliche Person in diesem großem Rahmen richtig zu bestimmen.¹²

Eigenes Risiko und dementsprechend auch Tätigwerden auf eigene Rechnung sollen die Merkmale für selbstständiges Arbeiten sein.¹³ Die autonome Wahl bezüglich der Tätigkeit sowie die ungebundene Auswahl der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des Arbeitspersonals können Anzeichen für eine selbstständige Tätigkeit darstellen.¹⁴

II. Konsequenz für diese Untersuchung

Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei jeder Bestimmung im Primär- und Sekundärrecht genau zu prüfen ist, ob und inwieweit sie von dem jeweiligen

9 *Wißmann* in *ErfK*, AEUV, Art. 45 Rn. 3.

10 Bauschke, *öAT* 2016, 69 (69).

11 Pottschmidt, *Arbeitnehmerähnliche Person*, S. 54, 61.

12 Pottschmidt, *Arbeitnehmerähnliche Person*, S. 61, 63.

13 *Wank* in *Hanau/Steinmeyer/Wank*, § 14 Rn. 14.

14 *Brechmann* in *Callies/Ruffert*, AEUV, Art. 45 Rn. 14.

Begriff, speziell in funktionaler Hinsicht, umfasst ist. Insbesondere ist nunmehr auch deutlich, dass vor allem im Bereich der Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Person nicht von einem unionsweiten Verständnis ausgegangen werden kann, da dieser im Unionsrecht nicht existiert.

B. Einzelne Arbeitnehmerbegriffe und Anwendungsbereiche im Primärrecht

Daher hat eine Analyse der wichtigsten Arbeitnehmerbegriffe und persönlichen Anwendungsbereiche im Primärrecht zu erfolgen, um Rückschlüsse für den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391/EWG erhalten zu können.

I. Art. 45 AEUV

1. Zielsetzung und Gewährleistung

Die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die älteste europäische Norm über die Regulierung der Arbeitsmärkte und Grundpfeiler der Europäischen Gemeinschaft. Sie ist „konstituierender“ Bestandteil des europäischen Binnenmarktes nach Art. 3 Abs. 3 EUV sowie Art. 26 AEUV und gilt seit den Römischen Verträgen im Jahr 1957 als Recht der Betroffenen.¹⁵ Auch die internationale Diskussion hebt die Verbindung zu Art. 26 AEUV hervor, die die wirtschaftliche Zielrichtung des Art. 45 AEUV und die funktionale Rolle dieser Grundfreiheit im Binnenmarkt aufzeige.¹⁶

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist Teil der Personenverkehrsfreiheit. Sie begründet das Recht der nicht selbstständigen Beschäftigung.¹⁷ Gegenüber der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV beinhaltet sie eine besondere oder speziellere Regelung, denn Einreise, Aufenthalt und Verbleib werden hier ausschließlich für die Tätigkeit in einem Abhängigkeitsverhältnis gestattet.¹⁸

15 Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, § 3, Rn. 1; Blanpain/Schmidt/Schweibert, Europäisches Arbeitsrecht, S. 162; *Wißmann* in ErfK, AEUV, Art. 45 Rn. 1.

16 *Orlandini* in Ales/Deinert/Robin-Olivier, International and European Labour Law, Art. 45 TFEU, Rn. 1.

17 *Hanau* in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 15 Rn. 1.

18 Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 4; Krebber, EuZA 2019, 62 (64).

Zweck des Art. 45 AEUV ist also eine unterstützende Verwirklichung des Binnenmarktes ohne Grenzen und Diskriminierung.¹⁹ Die internationale Diskussion betont als Basis der Arbeitnehmerfreizügigkeit die wirtschaftlichen Aspekte beziehungsweise Grundlagen.²⁰

2. Nationaler oder autonomer Begriff?

In der Rechtssache *Unger*²¹ musste der EuGH erstmals entscheiden, ob der Arbeitnehmerbegriff im Sinne der damaligen Art. 48–51 EWGV (heute Art. 45–48 AEUV) als ein autonomer Begriff oder als ein Begriff nach nationalen Grundsätzen anzusehen ist. Er plädierte für den autonomen Begriff: Der EuGH konstatierte, dass durch die Kodifizierung von Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit in die Artikel 48 – 51 EWGV des damaligen Vertrages dem Begriff autonome Bedeutung übertragen wurde. Denn *„wäre die Bestimmung dieses Begriffes dem innerstaatlichen Recht überlassen worden, so wäre jeder Staat in der Lage, den Inhalt des Begriffes „Wanderarbeiternehmer“ Veränderung zu unterwerfen und bestimmten Personengruppen nach Belieben den Schutz des Vertrages zu entziehen“*.²²

Die Intentionen des Vertrages wären bedroht und die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit seien *„jeglicher Bedeutung beraubt“*, wenn nach nationalem Recht der Inhalt unilateral variiert werden könnte.²³

Diese Grundsätze stellen seitdem ständige Rechtsprechung des Luxemburger Gerichts dar.²⁴

Die Literatur hat sich dieser Ansicht angeschlossen.²⁵ Die Gewährleistungen des Art. 45 AEUV dürften nicht in der Einschätzung der Mitgliedsstaaten stehen – sonst könnten unterschiedliche Anwendungs- und damit

19 *Khan* in Geiger/Khan/Kotzur, AEUV, Art. 45 Rn. 1f.

20 *Orlandini* in Ales/Deinert/Robin-Olivier, International and European Labour Law, Art. 45 TFEU, Rn. 2; Blanpain, European Labour Law, S. 324 Rn. 643.

21 EuGH, Urteil vom 19.3.1964 (*Unger*), C-75/63, Slg. 1964, 379, juris; vgl. Müller, Die arbeitnehmerähnliche Person, S. 203.

22 EuGH, Urteil vom 19.3.1964 (*Unger*), C-75/63, Slg. 1964, 379, S. 396, juris.

23 EuGH, Urteil vom 19.3.1964 (*Unger*), C-75/63, Slg. 1964, 379, S. 396, juris.

24 St. Rspr.; bsw. EuGH, Urteil vom 8.6.1999 (*Meeussen*), C-337/97, I-03289, Rn. 13, juris; EuGH, Urteil vom 12.5.1998 (*Martinez Sala*), C-85/96, Slg. 1998, I-2691, Rn. 32; juris; EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 16f.

25 Siehe nur *Wank* in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 14 Rn. 5; Thüsing, EurArbR, § 2 Rn. 12; *Franzen* in Streinz, Art. 45 Rn. 15; *Steinmeyer* in EUArbR, AEUV, Art. 45 Rn. 10; *Orlandini* in Ales/Deinert/Robin-Olivier, International and European

auch Schutzkonzepte entstehen. Im Gegenteil – Grundkonzept des Art. 45 AEUV sei die homogene Anwendung im Unionsrecht.²⁶

Dem ist zuzustimmen, da sonst eine Missbrauchsgefahr entstünde, wenn es in der Hand der Mitgliedstaaten liegen würde, den Arbeitnehmerbegriff zu definieren. Dies liegt vor allem darin begründet, dass sie bereits die Reichweite des Terminus verändern könnten.

3. Inhalt des Arbeitnehmerbegriffes

Art. 45 AEUV enthält keine Definition des Terminus des Arbeitnehmers. Auch findet sich keine Definition im aufgrund des Artikels ergangenen Sekundärrecht.²⁷

a) Lawrie-Blum Formel

Grundlegend für die EuGH – Rechtsprechung zum Inhalt des europäischen Arbeitnehmerbegriffes ist die Entscheidung *Lawrie-Blum*.²⁸

Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob die britische Staatsangehörige *Lawrie-Blum*, die in Freiburg im Breisgau an der Universität Lehramt studiert hat, zum Vorbereitungsdienst, welcher mit dem Erreichen des 2. Staatsexamens endet und der bislang nur von deutschen Staatsangehörigen besucht werden durfte, zugelassen werden musste. Das Verwaltungsgericht Freiburg und der Verwaltungsgerichtshof in Baden-Württemberg verneinten den Zugang, da nach dem damaligen Art. 48 Abs. 4 EWGV (nunmehr Art. 45 Abs. 4 AEUV) die Regelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung anzuwenden seien. Das Bundesverwaltungsgericht legte die Rechtssache dem EuGH vor.²⁹

Labour Law, Art. 45 TFEU, Rn. 19; Blanpain, European Labour Law, S. 350 Rn. 704f.

26 Wank in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 14 Rn. 5; Franzen in Streinz, AEUV, Art. 45 Rn. 15.

27 Franzen in Streinz, AEUV, Art. 45 Rn. 16; Orlandini in Ales/Deinert/Robin-Olivier, International and European Labour Law, Art. 45 TFEU, Rn. 17.

28 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121; Juncker, EuZA 2016, 184 (188).

29 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 1–9.

Der EuGH widersprach der Auffassung der Instanzgerichte. Nach Ansicht des Luxemburger Gerichts fällt eine Studienreferendarin nicht unter den Anwendungsbereich der Ausnahme für die öffentliche Verwaltung nach dem damaligen Art. 48 Abs. 4 EWGV (nunmehr Art. 45 Abs. 4 AEUV).³⁰ Als einer der europäischen Grundsätze handle es sich um einen unionsautonomen Terminus.³¹ Eine Studienreferendarin unterfalle dem Begriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 Abs. 1 EWGV (jetzt Art. 45 Abs. 1 AEUV), wenn sie nach Weisung und unter Aufsicht der Schulbehörde das Referendariat absolviere, bei dem sie durch das Unterrichten das Tatbestandsmerkmal der Leistungserbringung erfülle und vergütet werde. Hierbei komme es nicht auf die „*Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses*“ an.³²

Der EuGH konstatiert nach diesem Auftakt nunmehr in ständiger Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmerbegriff anhand objektiver Kriterien zu definieren sei, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Er zieht die aus dem dargestellten Urteil resultierende sogenannte *Lawrie-Blum* Formel heran und definiert als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV denjenigen, der „*während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält*“.³³ Insbesondere müsse eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt werden, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben sollen, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.³⁴

Weiterhin muss der Begriff des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung des EuGH extensiv beziehungsweise weitläufig ausgelegt und dementsprechend etwaige Sonderfälle eingeschränkt werden.³⁵ Begründet wird dies mit der hochrangigen Gewichtung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als

30 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, 2. Leitsatz.

31 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 16.

32 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 22.

33 St. Rspr. EuGH; bsw. EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 31.5.1989 (*Bettray*), 344/87, Slg. 1989, 1621, Rn. 12f., juris; EuGH, Urteil vom 26.2.1992 (*Raulin*), C-357/89, Slg. 1992, I-1027, Rn. 10, juris.

34 St. Rspr. EuGH; EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 31.5.1989 (*Bettray*), 344/87, Slg. 1989, 1621, Rn. 12f., juris; EuGH, Urteil vom 26.2.1992 (*Raulin*), C-357/89, Slg. 1992, I-1027; Rn. 10, juris.

35 EuGH, Urteil vom 23.3.1982 (*Levin*), C-53/ 81, Slg. 1982, 1035, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 3.6.1986 (*Kempf*), C-139/85, Slg. 1986, 1741, Rn. 13, juris.

Grundfreiheit für die Realisierung und Umsetzung der Ziele des Vertrags.³⁶ Ferner soll diese Grundfreiheit auch volle Durchsetzung erfahren („*effet utile*“).³⁷

Insgesamt bestimmt der EuGH unter Nutzung der *Lawrie-Blum* Formel also folgende Tatbestandsmerkmale für die Begriffsbestimmung des Arbeitnehmerbegriffes nach Art. 45 Abs. 1 AEUV: Weisung, Leistung – hiermit verbunden das Merkmal der tatsächlichen und echten Tätigkeit – sowie die Vergütung. Diese Merkmale werden im Folgenden genauer untersucht.

aa) Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisungen

Das Merkmal der Weisungsgebundenheit fungiert als Abgrenzung zum Selbstständigen.³⁸ Der selbstständig Tätige ist wiederum durch die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV sowie die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV geschützt.³⁹ Dies zeigt, dass die verschiedenen Personengruppen immer vom Unionsrecht erfasst sind und somit keine Schutzlücken entstehen können.⁴⁰

Im Unterschied zum nationalen Recht wird in der europäischen Judikatur nicht auf das arbeitsvertragsrechtliche Verhältnis abgestellt. Vielmehr ist es beispielsweise seit Mitte der 70er Jahre europäischer Grundsatz, dass als Weisungsverhältnis auch das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis erfasst sein kann.⁴¹ Weiterhin kann das Weisungsverhältnis auch auf einem atypischen Arbeitsverhältnis basieren.⁴² Ferner ist auch ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis unerheblich, solange der Arbeitnehmer nach seinem Ermessen eine Tätigkeit im Abhängigkeitsverhältnis ausüben wollte.⁴³

36 Siehe auch *Franzen* in Streinz, AEUV, Art. 45 Rn. 16.

37 Wienbracke, EuR 2012, 483 (488).

38 *Wank* in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 14 Rn. 14.

39 *Brechmann* in Callies/Ruffert, AEUV, Art. 45 Rn. 14.

40 *Kreuschitz* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Vor Art. 45–48 AEUV, Rn. 27; Rebhahn, EuZA 2012, 3 (8); EuGH, Urteil vom 5.2.1991 (*Roux*), C-363/89, Slg. 1991, I-273, Rn. 23.

41 EuGH, Urteil vom 12.2.1974 (*Sotgi*), C 152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 5; *Steinmeyer* in EUArbR, AEUV, Art. 45 Rn. 11.

42 EuGH, Urteil vom 11.11.2010 (*Danosa*), C-232/09, Slg. 2010, I-11405, Rn. 40 ff, juris.

43 *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, AEUV, Art. 45 Rn. 13; *Franzen* in Streinz, AEUV, Art. 45 Rn. 17 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 31.5.1989 (*Bettray*),

Schließlich spielt weder die Dauer des Arbeitsverhältnisses noch die Differenzierung zwischen Voll- und Teilzeittätigkeit eine Rolle.⁴⁴

Doch was beinhaltet das Weisungsrecht im Einzelnen?

Im dargestellten Fall *Lawrie-Blum* beschreibt der EuGH, dass die Klägerin durch die von der Schule festgesetzten zu erbringenden Leistungen und durch die Bestimmung der Arbeitszeit der Weisung und der Aufsicht der Schule unterliege.⁴⁵ Im Allgemeinen beschreibt das Weisungsrecht in der Regel Zeit, Ort, Inhalt sowie Art und Weise der Tätigkeit. Hierfür müssen nicht immer alle Aspekte vorliegen, vielmehr kommt es auf eine Gesamtwertung an.⁴⁶

(1) Andere Sprachfassungen

Rebhahn verweist in diesem Zusammenhang aber auf andere Sprachfassungen und zeigt auf, dass diese einen weiteren Begriff nutzen dürften als der Terminus „Weisung“ es impliziert. So würden die englische, französische und italienische Fassung „*direction/direzione*“ für „nach Weisung“ nutzen. Weiter finde sich in der französischen, italienischen, und der zeitlich späteren spanischen und portugiesischen Sprachfassung anstatt „für einen anderen“ die Formulierung „zum Vorteil eines anderen.“ In der englischen und holländischen wird wie in der deutschen Fassung vorgegangen. Er schließt daraus, dass dies für eine stärkere Bedeutung wirtschaftlicher Abhängigkeit sprechen könnte, die sich jedoch im Arbeitnehmerfreizügigkeitsrecht nicht durchgesetzt habe.⁴⁷

Für diese Auslegung könnte ein EuGH-Urteil aus dem Jahr 1989 sprechen. In der Rechtssache *Agegate* kommt der EuGH zu dem Schluss, dass zur Prüfung des Arbeitnehmerbegriffes immer eine Prüfung der Gesamtumstände unter Würdigung und Einbindung aller Aspekte zu erfolgen habe. Dies impliziere eine Analyse der Beziehungen. Charakteristika seien etwa die Teilhabe am unternehmerischen Risiko, die autonome Festsetzung der Arbeitszeit und der selbstständige Einsatz eigener Mitarbeiter. Eine Ertragsbeteiligung an sich schließe die Arbeitnehmereigenschaft nicht aus.⁴⁸

C-344/87, Slg. 1989, 1621, Rn. 13: *Personen, „die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen“.*

44 Steinmeyer in EUArbR, AEUV Art. 45 Rn. 17.

45 EuGH, Urteil vom 3.7.1986 (*Lawrie-Blum*), C- 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 18.

46 Franzen in Streinz, AEUV, Art. 45 Rn. 18.

47 Rebhahn, EuZA 2012, 3 (10).

48 EuGH, Urteil vom 14.12.1989 (*Agegate*), C-3/87, Slg 1989, I-4459, Rn. 36, juris.

Diese Charakteristika wurden in den danach ergangenen Entscheidungen jedoch nicht mehr erörtert.⁴⁹ Unabhängig davon, was dies bedeutet, bleibt aber die wichtige Feststellung, dass es immer auf eine Gesamtabwägung aller Faktoren der fraglichen Beziehung ankommt.

Die von *Rebhahn* herangezogenen Sprachfassungen der *Lawrie-Blum* Formel sprechen nach Ansicht der Verfasserin als ein starkes Anzeichen dafür, dass das Merkmal der Weisungsgebundenheit weiter auszulegen ist als das starre Abstellen auf den Terminus „*Weisung*“ allein. Hierfür spricht auch die internationale Diskussion im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Hier wird als Beispiel für „subordination“ folgendes angeführt: „*control of the employer*“⁵⁰

Dem Begriff der Weisung dürfte ein größerer Anwendungsbereich zukommen, demnach müssten die Grenzen weitergezogen werden. Zu Recht verweist *Rebhahn* in diesem Zusammenhang weiterhin auf den regelmäßig in EuGH-Urteilen verwendeten Terminus „*subordination*“. *Rebhahn* benennt „*subordination*“ als Merkmal unselbstständiger Arbeit – in der deutschen Fassung werde er oftmals mit Unterordnungsverhältnis oder auch Abhängigkeitsverhältnis übersetzt.⁵¹

Diese Umschreibungen scheinen besser in das Bild des Arbeitnehmerbegriffes zu passen. Dazu soll im Folgenden eine Auswertung ausgewählter Fälle der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfolgen.

(2) Gesellschaftsrechtliche Fragestellungen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Das Merkmal des Unterordnungsverhältnisses wird vor allem in den unterschiedenen Fällen für Gesellschafter im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit deutlich.

49 *Rebhahn*, EuZA 2012, 3 (10), ist der Meinung, dass diese Gesichtspunkte nun in der Rechtsprechung keine Rolle mehr spielen, Kreuschitz geht wohl von dem Bestehen aus, von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, vor Art. 45–48, Rn. 27, dortige Fn. 77.

50 *Orlandini* in Ales/Deinert/Robin-Olivier, International and European Labour Law, Art. 45 TFEU, Rn. 18.

51 *Rebhahn*, EuZA 2012, 3(11).