

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

103

Thomas Hohe

Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union

Ein Plädoyer für eine funktionale Begriffsbildung



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 103

Thomas Hohe

Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union

Ein Plädoyer für eine funktionale Begriffsbildung



Nomos

Gefördert durch ein Promotionsstipendium der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2022

u.d.T.: „Funktionaler Arbeitnehmerbegriff in Europa“

Erstgutachter: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Clemens Höpfner

ISBN 978-3-8487-7562-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3537-7 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. 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.

Ceci n'est pas une béquille

Vorwort

Ich danke Herrn Professor Heinz-Dietrich Steinmeyer für sein stets offenes Ohr, seine offenen Worte und seine durchweg konstruktive Kritik. In ihm habe ich einen Doktorvater, der mich mit großem Einsatz fachlich wie menschlich unterstützte. Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Clemens Höpfner für dessen wohlwollendes Zweitgutachten und seine Fürsprache bei der Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Es braucht bekanntlich ein ganzes Dorf, um eine Promotion abzuschließen. Teil dieses Dorfes waren Gyde Jensen, seinerzeit Vorsitzende des Ausschusses für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages, die mir die Freiheit gab, dieses Projekt neben der Leitung ihres Abgeordnetenbüros anzugehen, Dr. Moritz von Rochow, der wie kein anderer mit Rat und Tat zur Seite stand, Marie-Sophie Keller, Georg Hiemann, Philipp Karl Eberle, die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit und die vielen anderen, die aus falscher Bescheidenheit nicht genannt sein wollen.

Berlin, September 2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union	19
I. Der menschliche Kern der europäischen Integration	19
II. Verbreitete Kritik an der Methodik des EuGH	23
III. Gang der Darstellung	26
Teil I – Methodologie	29
A. Methodische Anforderungen an die Begriffsbildung	29
I. Definitionen	29
II. Topik, Interessenjurisprudenz und funktionale Begriffsbildung	30
1. Die Tendenz der Untersuchung: ein vorgesetzlicher Raum	31
2. Die gebotene funktionale Begriffsbildung	33
III. Der methodische Umgang mit dem Statusbegriff des Arbeitnehmers	39
1. Der Begriff des Statusbegriffs	39
2. Die methodische Begriffsbildung des Statusbegriffs „Arbeitnehmer“	42
B. Systematisierung der Argumente nach Alexy	43
I. Institutionelle Argumente	44
II. Substantielle Argumente	45
III. Graphische Darstellung des Klassifikationssystems	46
IV. Relevanz der Schlussanträge für die Systematisierung der Argumente	46
C. Funktionaler Maßstab für die notwendige Begründungstiefe von Entscheidungen	48
I. Im Vorabentscheidungsverfahren	49
1. Rechtliches Gehör und Befriedungsfunktion	49
2. Präjudizielle und instruktive Funktion	51
3. Öffentlichkeitsfunktion und Rechtsstaatlichkeitsfunktion	52

4. Fehlende Kontrollfunktion mindert nicht die sonstige Begründungspflicht	52
II. Im Vertragsverletzungsverfahren	53
III. EuGH als Rechtsmittelinstanz	54
IV. Zusammenfassung der notwendigen Begründungstiefe	55
D. Besonderheiten der Auslegungsmethodik des EuGH	55
I. Auslegungsmethoden des EuGH	56
1. Wortlautauslegung	57
2. Historische Auslegung	60
3. Systematische Auslegung	61
4. Teleologische Auslegung	62
II. Legitimität der sekundärrechtsrespektierenden Auslegung des Primärrechts	65
1. Die Auslegungspraxis des EuGH	66
2. Legitimität der sekundärrechtsrespektierenden Auslegung	68
3. Zusammenfassung: Mit zunehmender Verfasstheit der EU ist die sekundärrechtsrespektierende Auslegung weniger legitim	71
III. Entscheidungskompetenz und Definitionsmacht des EuGH	72
1. Die Entscheidungskompetenz des EuGH – abstrakte Antworten für konkrete Fälle	73
a) Die Entscheidungspraxis des EuGH	73
b) Begriffsjuristische Kritik verfängt nicht	76
2. Grenzen sekundärrechtlich verwiesener, mitgliedstaatlicher Definitionsmacht	79
a) Umfassende Prüfkompetenz des EuGH	81
b) Materiell eingeschränkte Definitionsmacht der Mitgliedstaaten	83
c) Auslegung der Ergebnisverpflichtung: prima facie kein unionsweit einheitlicher Begriff	84
d) Teleologische Reduktion des Verweises der Definitionsmacht	87
e) Entscheiden zu müssen, ohne definieren zu dürfen: kein Dilemma	88
3. Umgang des EuGH mit verwiesener Definitionsmacht: Rs. C-212/04 – Adeneler	88
IV. Fazit zu den Herausforderungen der allgemeinen Methodik des EuGH	90

E. Ergebnis zu Teil I – Methodologie	91
Teil II – Europäische oder mitgliedstaatliche Begriffsbildung	93
A. Funktionale Argumentation	94
I. Wegweisendes konsequentialistisches Argument; Rs. 75/63 – Unger	95
II. Nicht harmonisierender Zweck bedingt mitgliedstaatliche Begriffsbildung; Rs. 105/84 – Danmols Inventar	96
III. Harmonisierender Zweck bedingt europäische Begriffsbildung; Rs. C-229/14 – Balkaya	98
1. EuGH argumentiert maßgeblich funktional	99
2. Funktionale Betrachtung rückt den Harmonisierungszweck in den Mittelpunkt	100
a) Auf Harmonisierung gerichtetes Zweckprogramm	100
b) Entgegen Kritik kein vorrangig individualschützender Zweck der Richtlinie	102
c) Differierende Anwendungsbereiche widersprechen dem Harmonisierungszweck	105
3. Kein Widerspruch zu mitgliedstaatlichem Begriff der Arbeitnehmervertreter	106
4. Rs. Danmols Inventar stützt keine andere Bewertung	109
5. Fazit: harmonisierender Zweck und europäische Begriffsbildung hängen zusammen	109
IV. Funktionaler Umgang mit Verweisen der Definitionsmacht	110
1. Funktionale Argumentation in den Rs. Del Cerro Alonso, O'Brien und Correia Moreira	111
a) Rs. C-307/05 – Del Cerro Alonso, Befristungsrahmenrichtlinie, RL 1999/70/EG	111
b) Rs. C-393/10 – O'Brien; Teilzeitrahmenvereinbarungsrichtlinie, RL 97/81/EG	113
c) Rs. C-317/18 – Correia Moreira; Betriebsübergangsrichtlinie, RL 2001/23/EG	114
d) Fazit: einheitliches Bild einer funktionalen Argumentation	115
2. Rs. C-216/15 – Ruhrlandklinik; Leiharbeitsrichtlinie, RL 2008/104/EG	116
a) Systematisierung der genutzten Argumente	116
b) Methodische Kritik	119
c) Methodische Anmerkung	125
d) Vergleich der Auslegungsergebnisse	128

3. Fazit: Funktionale Argumentation im Sinne der Adeneler-Rechtsprechung	129
V. Fazit: Funktional geprägte Entscheidungen folgen dem Zweckprogramm der Harmonisierung	130
B. Keine (funktionale) Argumentation	131
I. Rs. C-116/06 – Kiiski; Mutterschutzrichtlinie, RL 92/85/EWG	131
1. Methodische Kritik	133
2. Methodische Anmerkung	136
a) genetisches Argument: Historie enthält kein zwingendes Argument	136
b) linguistisches/kontextuelles Argument: Unterschied zwischen Art. 2 lit. a) und lit. b, c)	137
c) subjektiv-teleologisches Argument: verschiedene Schutzrichtungen	137
d) Fazit: Kein Gleichlauf der Begriffsbildung	139
3. Fazit: Unzureichende Begründungstiefe	140
II. Rs. C-428/09 – Union syndicale Solidaires Isères; Arbeitszeitgestaltungsrichtlinie, RL 2003/88/EG	141
1. Methodische Kritik	141
2. Methodische Anmerkung	142
a) Kein zwingendes präjudizielles Argument	142
b) Prinzipienabhängiges und konsistenzsicherndes Argument	143
c) Völkerrechtlicher Kontext stützt subjektiv-teleologisches Argument	147
3. Fazit: Unzureichende Begründungstiefe	147
III. Ein Irrweg: Rs. C-519/09 – May	148
IV. Fazit: Ein funktionaler Weg steht offen	150
C. Ergebnis zu Teil II: Der EuGH bestimmt den maßgeblichen Rechtrahmen mit funktionalen Argumenten	151
Teil III – Der ungeeignete Statusbegriff „Arbeitnehmer“ des EuGH	155
A. Die Levin-Formel: Anzeichen einer transparent funktionalen Begriffsbildung	156
I. Die funktionale Weiterentwicklung der Levin-Formel	157
1. Funktionale, qualitative Untergrenze der Arbeitnehmerfreizügigkeit	157
2. Die worthülsenartige Wendung „tatsächlich und echt“	158

3. Modifikation um das Merkmal „wirtschaftlich“; Rs. 139/85 – Kempf und Rs. 344/87 – Bettray	160
4. Die funktionale Prüffrage: untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit?	162
II. Funktionaler Tätigkeitsbegriff des Generalanwalts und Abkehr vom Statusbegriff; Rs. C-316/13 – Fenoll	163
1. Inhalt des Arbeitnehmerbegriffs wird durch die Entscheidung nicht berührt	164
a) Arbeitnehmerbegriff nicht endgültig konturlos	165
b) Inhaltliches Ende der „echten und tatsächlichen Tätigkeit“	166
2. Statusbegriff des EuGH ist rechtsfolgenunangemessen	167
3. Das funktionale Begriffsverständnis des Generalanwalts Mengozi	168
4. Fazit: drei Erkenntnisse der Rechtssache Fenoll	169
III. Fazit zur Levin-Formel: eine funktionale Begriffsbildung gewährleistet rechtsfolgenangemessene Entscheidungen	169
B. Die Lawrie-Blum-Formel: Herausforderungen einer nur beobachtenden Begriffsbildung	170
I. Feststellung der Unterbegriffe des Arbeitnehmerbegriffs	171
II. Beobachtende Begriffsbildung bewirkt schleichende Abstraktion der Unterbegriffe	173
III. Unterbegriffe schaffen ein eigenes Auslegungsbedürfnis	176
C. Ergebnis zu Teil III: gemischtes Bild einer funktionalen Begriffsbildung	177
Teil IV – Der Unterbegriff des Weisungsverhältnisses: die Qualifikation des Geschäftsführers	179
A. Rs. Merci, Asscher und C.P.M. Meeusen	180
B. Der Begriff des Weisungsverhältnisses im Mutterschutz: Rs. C-232/09 – Danosa	181
I. Methodische Kritik: Der Unterbegriff der Weisung ist rechtsfolgenunangemessen	183
1. Keine ständige Rechtsprechung zum persönlichen Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie	183
2. Weiterhin keine schematische Lösung bei Organen juristischer Personen	184
3. Zweifelhafte Öffentlichkeits- und Rechtsstaatlichkeitsfunktion	185

4. Lawrie-Blum-Formel ist kein geeigneter Statusbegriff für die Mutterschutzrichtlinie	187
II. Methodische Anmerkung: funktionale Begriffsbildung ist möglich	189
1. Lawrie-Blum- und Levin-Formel	189
2. Vergütung für die Tätigkeit, die sich nicht als untergeordnet und unwesentlich darstellt	190
3. Weisungsverhältnis	191
a) Motivbündel der Mutterschutzrichtlinie	191
b) Inhalt eines unbeschränkten Vertragsverhältnisses	191
c) Der Begriff der Weisung ist nicht maßgeblich	192
4. Ein Verhältnis, das es rechtfertigt, Privaten soziale Lasten aufzubürden	193
5. Anwendung auf die Rechtssache Danosa	196
C. Der Begriff des Weisungsverhältnisses in der Massenentlassung: Rs. C-229/14 – Balkaya	198
I. Methodische Kritik: Lawrie-Blum-Formel ist als Statusbegriff ungeeignet	200
1. Wiederholung des Erörterungsdefizits der Rechtssache Danosa	200
2. Lawrie-Blum-Formel ist kein geeigneter Statusbegriff für die Massenentlassungsrichtlinie	201
3. Zitierte Urteile und 2. Erwägungsgrund setzen bereits Arbeitnehmer voraus	202
4. Widersprüchlicher Bezug auf mitgliedstaatliches Recht	203
5. Qualifikation des Geschäftsführers als Arbeitnehmer um der sonstigen Arbeitnehmer willen	204
II. Methodische Anmerkung: funktionaler Anknüpfungspunkt der Begriffsbildung ist das Interesse an der begünstigenden Rechtsfolge	205
1. Die Anzeigepflicht ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt für eine funktionale Begriffsbildung	205
2. Bedeutung der Anzeigepflicht für einen Geschäftsführer einer GmbH	206
3. Ein individuelles Interesse, das es rechtfertigt, eine Anzeigepflicht auszulösen	208
4. Grenzfälle bergen naturgemäß eine Rechtsunsicherheit	209
III. Fazit: Zuverlässig rechtsfolgenangemessene Qualifikation nur durch funktionale Begriffsbildung	210

D. Der Passivgerichtsstand des Geschäftsführers I: Rs. C-47/14 – Holterman	210
I. Keine funktionale Begriffsbildung	211
II. Methodische Kritik: Lawrie-Blum-Formel ist als Statusbegriff ungeeignet	213
1. Lawrie-Blum-Formel bildet das Zweckprogramm der Verordnung nicht ab	214
a) Das Schutzbedürfnis hinter Art. 20ff. Brüssel Ia-Verordnung	214
b) Kein zwingender Zusammenhang zwischen Weisungsverhältnis und Schutzbedürfnis	216
c) Weisungsbegriff berührt die autonome Begriffsbildung nicht	216
d) Fazit: Lawrie-Blum-Formel bedingt keinen Zusammenhang zwischen Voraussetzung und Folge	217
2. Rs. 266/85 – Shenavai; Brüsseler Übereinkommen, 72/454/EWG	218
III. Ein Kräfteungleichgewicht, das eine Ausnahme zur Regel rechtfertigt	218
IV. Vermeintlich abstrakte Unterbegriffe schaffen keine Rechtssicherheit	220
E. Der Der Passivgerichtsstand des Geschäftsführers II: Rs. C-603/17 – Bosworth	221
I. Kein Unterordnungsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft	222
II. Generalanwalt: Europarechtlicher Arbeitnehmerbegriff nicht übertragbar auf Lugano II und Brüssel I	223
1. Verweis auf die Rechtssachen Falco Privatstiftung und Nogueira u.a.	225
2. Mitgliedstaatliches Recht unterwirft das Rechtsverhältnis mitgliedstaatlichem Gesellschaftsrecht	226
3. Risiko auseinanderfallender Gerichtsstände bei gesamtschuldnerischer Haftung	227
4. Regelungsziel muss maßgebliches Auslegungskriterium sein	228
III. Folge für die Systematisierung der Argumente des EuGH	229
IV. Anzeichen für eine funktionale Begriffsbildung	230

Inhaltsverzeichnis

F. Ergebnis zu Teil IV: Kein erkennbar funktionales Verständnis vom Unterbegriff des Weisungs- und Unterordnungsverhältnisses	231
G. Exkurs: nur vermeintliche Entscheidungen zur Arbeitnehmereigenschaft von Geschäftsführern	232
I. Rs. C-350/96 – Clean Car	232
II. Rs. C-114/97 – Kommission/Spanien 1998	234
Teil V – Ist die EU auf dem Weg zu einem expliziten Statusbegriff?	237
A. Keine umfassend funktionale Argumentation	237
I. Funktional bestimmter Rechtsrahmen	237
II. Funktionaler Tätigkeitsbegriff	238
III. Statusbegriff der Lawrie-Blum-Formel statt funktionaler Begriffsbildung	238
B. Tendenzen in der Normsetzung unterstreichen den Statusbegriff Lawrie-Blum-Formel	240
C. Normsetzer und EuGH auf verschiedenen Wegen?	244
Peter Hebel: Gutes Wort, böse That.	247
Quellenverzeichnis	249
Literatur	259
Sonstige Quellen	277

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Fn.	Fußnote
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/s
i.V.m.	in Verbindung mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

Duden - Die deutsche Rechtschreibung, 28. Auflage, Berlin 2020, Dudenverlag.
Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
9. Auflage, Berlin 2018, De Gruyter.

Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union

Im Zentrum dieser Untersuchung steht der methodische Umgang des Europäischen Gerichtshofs mit einem der Kernbegriffe der Generationenaufgabe der europäischen Einigung: dem Begriff des Arbeitnehmers.¹ Letztlich wird hier ein Plädoyer für eine konsequent funktionale Begriffsbildung stehen. Es braucht dazu mehr methodische Transparenz und mehr Methodenehrlichkeit aufseiten der Rechtsprechung. Angebracht ist aber auch mehr Besonnenheit und Fairness im Umgang mit denjenigen, die als Richter des Europäischen Gerichtshofs dazu berufen sind, in einer unfertigen Europäischen Union mit nicht immer formvollendeter Gesetzgebung den Begriff des Arbeitnehmers mit Inhalt zu füllen.

Der hier untersuchte Prozess der Begriffsbildung lässt sich an einer Alltagssituation veranschaulichen, wie sie sich am ersten Tag eines Frühlings zutragen könnte: Drei Freunde planen, gemeinsam in den Biergarten zu gehen. Ihre Bedingung: Wir gehen nur, falls es warm ist. Des Abends kommt es zum erwartbaren Streit. Der zaudernde Erste ist gegen den Besuch, denn ihm persönlich sei es zu kalt. Die erlebnisorientierte Zweite deutet auf das geeichte, 17° Celsius anzeigende Thermometer und befürwortet einen Besuch. Der nachdenkliche Dritte überlegt, ob die drei mit ihrem Besuch eine Erkältung riskieren. Die Entscheidungsnot ist offensichtlich, doch von vornherein ist keiner der Ansätze zur Bestimmung des Begriffs „warm“ überlegen. In einer gleichen Situation findet sich der EuGH wieder, wenn sich ihm die Frage stellt: Wer oder was ist ein Arbeitnehmer? Für den Arbeitnehmerbegriff wird hier letztlich die Forderung stehen, dass es auf die Gesundheit der drei Freunde ankommen muss und nicht auf das subjektive Begriffsverständnis des Ersten oder das objektive der Zweiten.

I. Der menschliche Kern der europäischen Integration

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit und ihr Arbeitnehmerbegriff sind für das Gelingen der europäischen Idee von zentraler Bedeutung. Über 163 Mio.

1 Dieser Text unterscheidet grammatisches und natürliches Geschlecht und folgt regelmäßig dem generischen Maskulinum.

der insgesamt über 191 Mio. erwerbstätigen Personen der Europäischen Union und mehr als 40,5 Mio. der über 44,5 Mio. erwerbstätigen Personen der Bundesrepublik Deutschland sind Arbeitnehmer.² Damit machen sie rund 85 % bzw. 91 % der erwerbstätigen Bevölkerung aus. Im Regelfall verdient ein Bürger der Europäischen Union seinen Lebensunterhalt also mit unselbständiger Arbeit. Das gesellschaftliche Leben ist daher notwendig geprägt vom Umgang mit den Möglichkeiten und Herausforderungen, die ein Leben als Arbeitnehmer mit sich bringt. Auch aus diesem Grund waren und sind Arbeitnehmerrechte einerseits und der politische Ausgleich der Interessen der Tarifpartner andererseits regelmäßig Gegenstand des politisch und rechtlich ausgetragenen Meinungskampfes.

Die Zeiten, in denen auf dem europäischen Kontinent individuelle und kollektive Rechte von Arbeitnehmern im Grundsatz in Frage standen und erst noch erkämpft werden mussten, sind zwar überwunden. So normieren Art. 23 Allgemeine Erklärung über die Menschenrechte,³ Art. 11 Europäische Menschenrechtskonvention,⁴ Art. 12 Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁵ wie auch Art. 8 Grundgesetz⁶ die Koalitionsfreiheit. Und spätestens mit der Erosion der Deutschen Demokratischen Republik und dem folgenden Zusammenbruch der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken stand Arbeitnehmerrechten auf dem gesamten Gebiet der heutigen Europäischen Union nichts mehr im Wege. Auch danach war die Arbeits- und Sozialrechtsgesetzgebung aufgrund der sich entwickelnden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und Wertvorstellungen einem Wandel unterlegen. Doch unabhängig davon, wie sich Rechte und Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in der jeweiligen Gesetzgebung abbildeten und abbilden, haben die verschiedenen Gesetze eines gemein: Anknüpfungspunkt der einschlägigen Normen ist der Arbeitnehmerstatus einer Person.

2 EUROSTAT, Beschäftigung nach Geschlecht, Alter und Stellung im Beruf, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/bookmark/983de041-128f-4f63-9f69-1dd1617641a7?lang=de>; VGR des Bundes, 4. Quartal 2020, Tabellen 2.5 und 2.6, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Volkswirtschaftliche-Gesamtrechnungen-Inlandsprodukt/Publikationen/Downloads-Inlandsprodukt/inlandsprodukt-vierteljahr-pdf-2180120.pdf>.

3 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UN Doc. GA/RES 217 A (III) (AEMR).

4 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung der Protokolle Nr. 11 und 14, SEV Nr. 005 (EMRK).

5 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 202 v. 07.06.2016, S. 389ff.

6 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. Teil I Nr. 1 v. 23.05.1949, S. 1ff.

Es überrascht nicht, dass mit der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Arbeitnehmer auch im Zentrum der europäischen Integration steht. Ein Zusammenwachsen der verschiedenen Gründungsstaaten nach dem Jahrhundertkrieg, der zum Zeitpunkt der Gründung der Montanunion gerade einmal sieben und zum Zeitpunkt der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft keine zwölf Jahre zurücklag, war undenkbar, hätte man nicht ein Hauptaugenmerk auf diejenigen gerichtet, die das Zusammenwachsen in ihrem Alltag zu vollziehen haben würden. Ursprünglich noch in Art. 48 EWG-Vertrag verortet, später in Art. 48 EG-Vertrag, Art. 39 EG-Vertrag und heute in Art. 45 AEUV, wurde und wird mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit die für das menschliche Gelingen der europäischen Integration notwendige Grundfreiheit geregelt.⁷ Gemeinsam mit der Niederlassungsfreiheit in Art. 49ff. AEUV, der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56ff. AEUV, der Warenverkehrsfreiheit in Art. 34ff. AEUV und der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs in Art. 63ff. AEUV bilden sie den Kern des heutigen Binnenmarktkonzepts.⁸ Doch dienten die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das Binnenmarktkonzept bereits zu Beginn der europäischen Einigung nicht dem Binnenmarkt allein, sondern sollten sie die Grundlage bereiten für einen stärkeren politischen Zusammenschluss.⁹

Das Binnenmarktkonzept nahm seinen Ausgang in den europäischen Verträgen in Art. 2 EWG-Vertrag und wurde später mit Art. 13 EEA entscheidend weiterentwickelt.¹⁰ Als die EWG gegründet wurde, waren die Gründungsmitglieder von der Notwendigkeit der Konstituierung eines gemeinsamen Marktes überzeugt und

„[es erschien ihnen] wirtschaftlich gesehen [...] evident, dass man [...] einen großen europäischen Markt mit freiem Verkehr der Personen, Güter und

7 Die innereuropäische Mobilität innerhalb der arbeitenden Bevölkerung liegt bislang bei nur 4,3 %, Europäische Kommission, Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2020, S. 19, <https://op.europa.eu/s/pkoM>; zu sonstigen Hürden für Arbeitnehmer beim Übertritt in einen anderen Arbeitsmarkt s. *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, S. 79f.

8 *Epiney* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, 2. Aufl. 2018, Art. 45 AEUV Rn. 2; *Steinmeyer* in *Franzen/Gallner/Oetker*, 3. Aufl. 2020, Art. 45 AEUV Rn. 1; vgl. zur früheren Sprachfassung, „die Freizügigkeit der Arbeitnehmer [wird] hergestellt“ Art. 48 Abs. 1 EWG-Vertrag.

9 *Küsters*, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 17.

10 *Sagan* in *Preis/Sagan*, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 7.

Kapitalien zu schaffen hatte, um Wachstum und Produktivität der europäischen Wirtschaft zu stärken.“¹¹

Hinter der für die Entstehung der EWG vor allem retrospektiv¹² denkwürdige Regierungskonferenz in Messina 1955 standen gleichermaßen ideelle und materielle Motive und naturgemäß waren die Interessen der vertretenen Regierungen verschieden.¹³ Doch überwog bei der Mehrheit der Vertreter, auch nach der Ablehnung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft durch die französische Nationalversammlung im Sommer des Vorjahres, der Wille zu einer Zusammenarbeit, um einen Weg der friedlichen Streitbeilegung zu gewährleisten und künftige kriegerische Auseinandersetzungen auszuschließen.¹⁴ Der neue gemeinsame Markt wurde anknüpfend an die Messina-Konferenz konzipiert, zu deren Ende die sechs Teilnehmer- und späteren Gründungsstaaten der EWG in einer gemeinsamen Entschließung erklärten,

*„[...] daß die Errichtung eines gemeinsamen europäischen Marktes ohne Zölle und mengenmäßige Beschränkungen das Ziel ihres Handelns auf wirtschaftlichem Gebiet“*¹⁵

sei und dass die schließlich Jahrzehnte später realisierte Arbeitnehmerfreizügigkeit schrittweise hergestellt werden solle.¹⁶ Die Präambel lässt keinen Zweifel an der Stoßrichtung hin zu einem langfristig auch politisch geeinten Europa:

„Die Regierungen [...] halten den Augenblick für gekommen, einen neuen Abschnitt auf dem Wege zum Aufbau Europas in Angriff zu nehmen. Sie sind der Meinung, dass dies zunächst auf wirtschaftlichem Gebiet geschehen muss. Sie sind der Ansicht, dass auf dem Wege zur Schaffung eines geeinten Europa weitergegangen werden muss durch Entwicklung gemeinsamer Institutionen, durch fortschreitende Verschmelzung der Nationalwirtschaften,

11 Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 1995, S. 270.

12 So habe die Öffentlichkeit kaum Notiz von der Konferenz genommen und zurückhaltend auf die Messina-Konferenz reagiert, Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 127, 135.

13 Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 1995, S. 269.

14 Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 1995, S. 268ff.

15 Außenminister der Mitgliedstaaten der Montangemeinschaft, Messina-Erklärung, Ziel E.

16 Außenminister der Mitgliedstaaten der Montangemeinschaft, Messina-Erklärung, Ziel E lit. f).

*durch Errichtung eines gemeinsamen Marktes und durch fortschreitende Harmonisierung ihrer Sozialpolitik. Eine solche Politik erscheint ihnen unerlässlich, um Europa seinen Platz in der Welt zu erhalten, um ihm seinen Einfluss und seine Geltung zurückzugeben und um die Lebenshaltung seiner Bevölkerung ständig zu heben.*¹⁷

Diese grundsätzliche Ausrichtung schlug sich in den späteren Verhandlungen über den EWG-Vertrag nieder, wenn auch der engere politische Zusammenschluss ausweislich der Präambel und Art. 2 EWG-Vertrag deutlich hinter den wirtschaftlichen Zielen zurückstand. Unter den Verhandlungsteilnehmern war anerkannt, dass ein beabsichtigter Prozess der wirtschaftlichen Integration unter anderem Liberalisierungsmaßnahmen wie die Freizügigkeit der Personen und Arbeitskräfte erforderlich machte und so bestand über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer relativ schnell grundsätzliche Einigkeit.¹⁸ Ein für Arbeitnehmer grenzenloses Europa wurde errichtet, aus wirtschaftlichen und nicht zuletzt aus hehren politischen Zielen. Doch traten bereits bei den Verhandlungen zum EWG-Vertrag Schwierigkeiten auf, die Bedeutung und Reichweite einer an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfenden Freizügigkeit zu erfassen oder den Arbeitnehmerbegriff abstrakt zu konturieren.¹⁹ Im Normtext blieb der Begriff unbestimmt und so wurde dem EuGH die Aufgabe zuteil, ihn mit Leben zu füllen. Zu untersuchen, inwieweit der Europäische Gerichtshof diese Aufgabe methodisch überzeugend wahrnimmt, ob eine funktionale Begriffsbildung zu beobachten ist und welche Lehren daraus für die Zukunft zu ziehen sind, wird den wesentlichen Teil dieser Darstellung ausmachen.

II. Verbreitete Kritik an der Methodik des EuGH

Wie der EuGH diese und andere Aufgaben wahrnimmt, wird aufmerksam beobachtet. Der EuGH bewegt sich als die maßgebliche Instanz zur Entscheidung über Fragen des europäischen Rechts naturgemäß im Schnittfeld von Politik und Recht, außerdem steht er im Kreuzfeuer verschiedener rechtlicher Kulturen. Erwartbar sieht sich der EuGH vielfältiger Kritik ausgesetzt, politischer, inhaltlicher, rechtlicher und auch methodischer

17 *Außenminister der Mitgliedstaaten der Montangemeinschaft, Messina-Erklärung, Präambel.*

18 *Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 361f.*

19 *Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 362.*

Natur. Das beschränkt sich nicht auf die Fachpresse, auch in der allgemeinen Presse wurden und werden Entscheidungen des EuGH intensiv diskutiert und bewertet. Mehr oder weniger verhalten wurde mancherorts ein Corpsgeist der luxemburgischen Richter festgestellt oder moniert,²⁰ ein persönliches Machtinteresse erwogen, sogar eine Agententätigkeit des EuGH im Dienste der Zentralisierung.²¹ Es wurden Entscheidungen beobachtet, die um den Preis jeglicher Logik und Tatsachen dem Zeitgeist frönten²² und auch waghalsige, nicht oder lediglich mit Leerformeln begründete juristische Interpretationen wurden diagnostiziert.²³ So wurde anlässlich der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Gattoussi*²⁴ beim Historiker und Politikwissenschaftler *Jacques Schuster* aus dem „Motor der Integration“²⁵ schon einmal „Europas Sargnagel.“²⁶ Sein rechtsmethodisches Urteil: Der Gerichtshof setze sich über den Wortlaut des Vertrags hinweg und verkehre dessen Bestimmung ins Gegenteil.²⁷ Der ehemalige Bundesverfassungsrichter und Bundespräsident *Roman Herzog* prangerte vielbeachtet, auch anlässlich der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Mangold*,²⁸ „fragwürdige Urteile“ und „die exzessive Rechtsprechung“ des EuGH an und stellte sich schließlich auf den für die Kritik am Wirken des EuGH stellvertretenden Standpunkt,

„dass der EuGH zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegen-

20 *Scheerer*, Europas wahre Entscheider, in Handelsblatt v. 02.12.2002; *Geiger*, Wer keine guten Argumente hat, braucht einen Generalanwalt, in Stuttgarter Zeitung v. 05.05.2009.

21 *Vaubel*, Der Gerichtshof als Agent der Zentralisierung, in FAZ v. 14.01.2013.

22 *Frommer/Schmidt*, Mit diesem Urteil hat die europäische Vernunft ausgedient, in FAZ v. 01.08.2018, <https://www.faz.net/-gx5-9cu95>.

23 *Klenk*, Integrationsmotor unter Legitimationsdruck, in FAZ v. 20.05.2020.

24 EuGH, ECLI:EU:C:2006:780 - *Gattoussi*.

25 Die Phase der Stagnation der Integration bis zur Einheitlichen Europäischen Akte wurde durch den EuGH in dieser Rolle kompensiert, *Calliess*, NJW 2005, 929ff., 933; die Verdienste des EuGH um die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts am Beispiel der Grundsatzentscheidungen *Van Gend & Loos* und *Costa/ENEL* insbesondere politisch würdigend *van Middelaar*, Vom Kontinent zur Union, 2016, S. 98ff.; heute krit. zum Begriff des "Motors der Integration" ("überkommen") m.w.N. *Joel Reyes y Ráfales*, EuR 2018, 498ff., 500.

26 *Schuster*, Europas Sargnagel, in Die Welt v. 11.02.2017, S. 3.

27 *Schuster*, Europas Sargnagel, in Die Welt v. 11.02.2017, S. 3.

28 EuGH, ECLI:EU:C:2005:709 - *Mangold*.

*teil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann.*²⁹

Nun ist die allgemeine Presse nicht der Maßstab für ein Urteil über die gezeigte Methodik eines mitgliedstaatlichen Gerichts oder des EuGH.³⁰ Doch findet sich jenseits der nur fachgeneigten Presse ebenfalls ausdrückliche und teils drastische Kritik an der Methodik des EuGH. Einzelnen Entscheidungen des EuGH wurde attestiert, dass sie widersinnig und mit schweren Brüchen versehen seien.³¹ Mal war die Rede von einem zentralen inneren Widerspruch,³² pointierter von einer zu Lasten der Mitgliedstaaten kompetenzaushöhlenden und zentralisierenden Sogwirkung³³ oder auch von einer ausufernden Rechtsprechungspraxis, die zunehmend in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreife.³⁴ Der ebenfalls in diese Richtung deutenden Formulierung von einem „Gericht mit einer Agenda“³⁵ scheinen auch die ehemaligen Verfassungsrichter *Dieter Grimm* und *Andreas Voßkuhle* etwas abgewinnen zu können.³⁶ Begrifflich nicht ganz ernst gemeint, in der Sache allerdings durchaus ist die Formulierung von der „schwarzen Serie“ des EuGH im Arbeitsrecht.³⁷ Manch einer stellte „Methodenwillkür“³⁸ fest, ein anderer befürchtete gar das „Ende

29 *Herzog/Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, in FAZ v. 08.09.2008.

30 Rechtlich völlig neben der Sache z.B. *Schieritz*, Konfus, euroskeptisch, ökonomisch fragwürdig, in Zeit Online v. 05.05.2020, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-05/anleihekauefe-ezb-bundesverfassungsgericht-waehrungsunion-coronahilfen?print> zum bereits am Tag der Verkündung legendären Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (2 BvR 859/15); zu EuGH, ECLI:EU:C:2018:1000 - *PSPP-Programm*.

31 *Hohenstatt/Naber*, EuZA 2016, 22ff., 25f.

32 *Wißmann*, RdA 1995, 193ff.; *Preis/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 418ff., 423.

33 *Temming*, SR 2016, 158ff., 165.

34 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 402.

35 *Wahl*, Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union in *FS Kloepper* 2013, S. 233ff., S. 248, m.w.N. in Fn. 41.

36 *Grimm*, *Leviathan* 2015, 325ff., 330; *Kaufmann*, "Befangener kann man nicht sein", in Legal Tribune Online v. 22.06.2021, https://www.lto.de/persistent/a_id/45273/; die postwendende und drastische Antwort des ehemaligen Richters am EuGH *Jose Luis da Cruz Vilaca* auf *Andreas Voßkuhle* demonstriert, wie scharf der Vorwurf aufgefasst werden kann, *Gutschker/Schuller*, EU-Kommission gegen Voßkuhle-Vorwürfe, in FAZ v. 11.07.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/außland/verdeckte-zentralisierung-eu-kommission-gegen-vosskuhle-vorwurfe-17430454.html>.

37 *Junker*, NJW 1994, 2527f., 2527.

38 *Jahn*, NJW 2008, 1788f., 1788.

rationaler Jurisprudenz durch den EuGH.³⁹ Auch zur grundlegenden und für diese Untersuchung bedeutsamen Entscheidung in der Rechtssache *Lawrie-Blum*⁴⁰ wurde analysiert, dass die Begründung des EuGH gekünstelt wirke.⁴¹ In weniger umfangreichen Beiträgen für Fachzeitschriften ist nicht stets Raum für die eine weitere, relativierende Differenzierung, die einer Aussage die möglicherweise überspitzte Schärfe nimmt. Doch kann man durchaus konstatieren, dass es im deutschen Rechtsraum einen nicht lediglich unerheblichen Anteil deutlicher Kritiker an der Art und Weise gibt, wie der EuGH die ihm übertragene Aufgabe und Rolle übernimmt und ausfüllt.

Wie der EuGH seine Aufgabe im Hinblick auf den Arbeitnehmerbegriff in methodischer Hinsicht erfüllt, inwiefern Kritik zu üben ist an seiner Urteilspraxis und welche konstruktiven, methodischen Hinweise deshalb für die Zukunft zu geben sind, wird Kern dieser Untersuchung sein. Die Rechtsprechung des EuGH, die erkenntnisreich ist in Bezug auf die Methodik des Gerichts, ist umfassend dokumentiert.⁴² Zumeist konzentriert sich die Literatur dabei auf die Darstellung der zu beobachtenden Praxis.⁴³ Deshalb soll der Schwerpunkt hier einerseits darauf liegen, die Methodik der Bildung des Arbeitnehmerbegriffs im europäischen Recht durch den EuGH zu untersuchen und andererseits dessen Argumentation zu systematisieren und zu beurteilen. Diese Untersuchung wird die Methodik des EuGH im Kontext des Arbeitnehmerbegriffs daran messen, ob sie das Erfordernis einer funktionalen Begriffsbildung beherzigt. Sie soll aber insbesondere einen konstruktiven Beitrag zu einer methodengerechten, funktionalen Begriffsbildung im europäischen Recht leisten.

III. Gang der Darstellung

Diese Untersuchung gliedert sich dazu in fünf Teile:

Zunächst wird unter „Teil I – Methodologie“ insbesondere die Notwendigkeit einer funktionalen Begriffsbestimmung kompakt begründet

39 Hailbronner, NJW 2004, 2185ff.

40 EuGH, ECLI:EU:C:1986:284 - *Lawrie-Blum*.

41 Forch, NVwZ 1987, 27ff., 28.

42 s. zur maßgeblichen Literatur die Nachweise in *Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, 2009, S. 560 Fn. 2.

43 Vogenauer, ZEuP 2005, 234ff., 245f., der pointiert eine bloße Darstellung der Methodenpraxis moniert.

und die für diese Untersuchung gebrauchte Systematisierung von Argumenten nach *Alexy* im Überblick dargestellt. Angesichts der häufigen Kritik an einem apodiktischen Stil des EuGH wird zudem dargestellt, welchen Anforderungen Entscheidungsgründe insbesondere im Vorabentscheidungsverfahren zu genügen haben. Die im Umgang mit Entscheidungen des EuGH besonders häufig zu beobachtenden Diskussionspunkte, die Reichweite der Entscheidungskompetenz und der Umgang des EuGH mit Verweisen von Definitionsmacht an Mitgliedstaaten, werden ebenfalls vorweg abstrakt betrachtet.

„Teil II – Europäische oder mitgliedstaatliche Begriffsbildung“ wird sich der Systematisierung der Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff widmen, welche die Begriffsbildung wahlweise europäischem oder mitgliedstaatlichem Recht zubilligen. Die Systematisierung wird sich danach richten, ob der EuGH das Gebot funktionaler Argumentation beherzigt. Ein Schwerpunkt wird auf dem gelebten Umgang des EuGH mit sekundärrechtlichen Verweisen der Definitionsmacht an die Mitgliedstaaten liegen.

Die Behandlung der Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs durch den EuGH steht im Fokus der weiteren Teile III und IV. „Teil III – Der ungeeignete Statusbegriff ‚Arbeitnehmer‘ EuGH“ wird verdeutlichen, dass die *Levin-* und *Lawrie-Blum-*Formeln zur rechtsaktübergreifenden Begriffsbildung nicht uneingeschränkt geeignet sind. Das zeigt sich gerade bei der Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft von Geschäftsführern, die im Zentrum der Untersuchung der Argumentation des EuGH im „Teil IV – Der Unterbegriff des Weisungsverhältnisses: die Qualifikation des Geschäftsführers“ steht.

Schließlich soll im „Teil V – Ist die EU auf dem Weg zu einem expliziten Statusbegriff?“ eine Aussage darüber getroffen werden, wie sich die Methodik der Begriffsbildung durch den EuGH insbesondere vor dem Hintergrund aktueller Gesetzgebung und Gesetzgebungsinitiativen entwickeln wird.

