

Monika Schlachter

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?

1. Einführung

Die Europäische Union garantiert den Bürgern der Mitgliedstaaten neben den wirtschaftlichen Grundfreiheiten auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 45 AEUV (Art 39 EGV). Diese Vorschrift gibt grundsätzlich allen Unionsbürgern¹ das Recht, sich zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit innerhalb der Union frei zu bewegen, sich dort aufzuhalten und mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates gleich behandelt zu werden². Nach den jüngsten Eurostat-Daten lebten 2008 11,3 Millionen EU-Bürger in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen³, haben also von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht.

In Art. 45 Abs. 3 AEUV wird den Arbeitnehmern das Recht zur Ausreise aus einem Mitgliedstaat und zur Einreise in einen anderen gewährt. Ebenso erhalten sie das Recht, sich dort aufzuhalten um Arbeit zu suchen, und während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses und in bestimmten Fällen nach Beschäftigungsende im Aufnahmestaat zu bleiben. Der Aufnahmemitgliedstaat darf diese Rechte nur noch aus Gründen öffentlicher Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einschränken. Art. 45 Abs. 2 AEUV legt das Gleichbehandlungsgebot bezüglich des Zugangs zum Arbeitsmarkt, bei den Arbeitsbedingungen und bei den sozialen Vergünstigungen für alle Wanderarbeitnehmer fest⁴. Der Anspruch auf Gleichbehandlung wird nicht nur als Verbot jeder Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit ausgestaltet, sondern umfasst auch das Verbot mittelbarer Diskriminierung⁵. Daher sind selbst unterschiedslos auf jeden Arbeitnehmer anwendbare Bestimmungen unzulässig, sobald sie die Freizügigkeit beeinträchtigen oder weniger attraktiv machen könnten, ohne durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt zu sein.

Der gleichberechtigte Zugang zur Erwerbstätigkeit gilt allerdings noch nicht für alle Unionsbürger gleichermaßen: Für die zum 1. Mai 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten Mittel- und Osteuropas⁶, einschließlich Ungarn, gilt nur die allgemeine Freizügigkeit

¹ Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, Art. 20 Abs. 1 AEUV (Art. 17 Abs. 1 EGV). Die Staatsangehörigkeit wird von den Mitgliedstaaten geregelt, die die Voraussetzungen für den Erwerb ihrer eigenen Staatsangehörigkeit autonom festlegen.

² Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 13.

³ Mitteilung der EU-Kommission "Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen" vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 2.

⁴ EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 (Bosman) Slg. 1995, I-04921; 6.6.2000, Rs. C-281/98 (Angonese) Slg. 2000, I-4139.

⁵ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 15.

⁶ Dieselben Einschränkungen wurden für den Beitritt von Rumänien und Bulgarien zum 1. Januar 2007 vereinbart.

des Art. 21 Abs. 1 AEUV (= 18 Abs. 1 EGV) uneingeschränkt, die ein allgemeines Aufenthalts- und Mobilitätsrecht in allen anderen Mitgliedstaaten gewährt. Für das Recht, gerade zum Zwecke der Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, sind in den Beitrittsverträgen Übergangsfristen vereinbart worden⁷. Diese können von den Alt-Mitgliedstaaten dazu genutzt werden, den Zugang zu ihren Arbeitsmärkten durch nationale Gesetze oder bilaterale Abkommen zu regulieren⁸. Technisch ist es dafür erforderlich, die Anwendbarkeit der Art. 1-6 der VO (EWG) Nr. 1612/68 zeitlich befristet auszusetzen. Deshalb dürfen die Alt-Mitgliedstaaten vorschreiben, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unter dem Vorbehalt einer Erlaubnis steht, der eine Arbeitsmarktprüfung vorangeht. Außerdem darf der Aufnahmestaat festlegen, dass eine Arbeitserlaubnis nur befristet und räumlich beschränkt erteilt wird. Er darf auch vorsehen, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt auf bestimmte Kontingente beschränkt oder nur für bestimmte Tätigkeitsfelder geöffnet wird. Das Verbot der Diskriminierung bei den Arbeitsbedingungen bleibt dagegen unbeschränkt gültig. Ist also eine Arbeitsgenehmigung erteilt worden oder im Ausnahmefall entbehrlich, dürfen diejenigen, die einer abhängigen Beschäftigung bei einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat nachgehen wollen (sogenannte „Wanderarbeitnehmer“) nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandelt werden⁹ als andere Beschäftigte. Deutschland hat, wie z.B. Belgien, Dänemark, Frankreich und Österreich, von diesen Beschränkungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht.

Deutschland und Österreich haben zum Schutz ihrer angespannten Arbeitsmärkte bei den Beitrittsverhandlungen außerdem noch die Sonderregelung erwirkt, dass sie nicht nur die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern auch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung einschränken dürfen, solange sie die Einschränkungsmöglichkeit zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in Anspruch nehmen¹⁰. Dadurch wird nicht nur die Grundfreiheit der Arbeitnehmer beschränkt, sondern auch die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen. Bestimmte Arten von Unternehmen dürfen deswegen zur Erbringung von Dienstleistungen ihre heimischen Arbeitskräfte nur dann nach Deutschland oder Österreich entsenden, wenn sie dafür eine besondere Erlaubnis besitzen. Dies betrifft vor allem Unternehmen im Baugewerbe, im Reinigungsgewerbe und in der Innendekoration.

Das politische Ziel solcher Beschränkungen in den Beitrittsverträgen bestand darin, die Arbeitsmärkte der alten Mitgliedstaaten so lange vor massenhaftem Zuzug von Arbeitnehmern aus den neuen Staaten abzuschotten, bis sich dort die Arbeitsbedingungen an den durchschnittlichen Standard in den alten Mitgliedstaaten weiter annähern würden¹¹. Damit hoffte man zu verhindern, dass ein Angebot von ausländischen Arbeitnehmern das inländische Lohnniveau so weitgehend unterschreiten würde, dass auf dem inländischen Arbeitsmarkt schwere Störungen auftreten. Tatsäch-

⁷ Fuchs, Die Beschränkung des Arbeitsmarktzugangs für Angehörige aus den EU-8-Staaten, ZESAR 2007, 97 ff.

⁸ Solka, Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt für Staatsangehörige aus den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZAR 2008, 87 f.

⁹ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 15.

¹⁰ Solka, ZAR 2008, 87, 92.

¹¹ Schlachter, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie* (2008), Vor Art. 19 Rn. 3 ff.

lich ist dieser politischen Maßnahme wenig Erfolg beschieden gewesen: Die interessierten Dienstleister sind entweder in die Scheinselbständigkeit ausgewichen und haben sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen¹². Oder sie haben für grenzüberschreitend tätige Unternehmen als entsandte Arbeitskräfte gearbeitet. Dadurch sind sie technisch dem Geltungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entzogen. Zwar sind auch solche ausländischen Dienstleister als Arbeitnehmer tätig, die sich nicht um einen im Inland angebotenen Arbeitsplatz bewerben, sondern von einem ausländischen Arbeitgeber beschäftigt und zur Ausführung seiner Aufträge ins Inland entsandt werden. Auch diese Arbeitnehmer machen von dem Recht Gebrauch, grenzüberschreitend ihre Arbeitsleistung im Ausland zu erbringen und sich zu diesem Zweck in Gastland aufzuhalten¹³. Daher ging man zunächst davon aus, dass auch entsandte Arbeitnehmer zur Erbringung ihrer Leistungen im Ausland von den Rechten Gebrauch machen, die ihnen die Freizügigkeitsregelung einräumt. Dass mit Hilfe der Entsendung der Geltungsbereich der Freizügigkeitsregelungen samt ihrer zeitlichen Einschränkung entzogen werden konnte, lag dementsprechend nicht in der Absicht der alten Mitgliedstaaten. Dies hat vielmehr der EuGH in der Rechtssache *Rush Portuguesa*¹⁴ festgelegt. Seit dieser Entscheidung hat er behauptet, entsandte Arbeitnehmer unterlägen der Freizügigkeit deshalb nicht, weil sie am Arbeitsmarkt des Gastlandes nicht in Erscheinung träten¹⁵. Diese Analyse trifft zwar nachweislich nicht zu, weil Entsendefälle den Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes massiv beeinträchtigen können¹⁶, aber die Entsendesituation wird dennoch seither der Dienstleistungsfreiheit der Entsendeunternehmen zugeordnet.

Seither besteht im Geltungsbereich der Grundfreiheiten eine Lücke, da nicht mehr jede grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung auf eine dieser Freiheiten gestützt werden kann: Wer grenzüberschreitend selbständige Dienste anbietet, kann sich auf seine eigene Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit berufen. Wer dagegen unselbständige Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringt, dem steht das Freizügigkeitsrecht samt dem daraus abgeleiteten Diskriminierungsverbot nur zu, wenn er einen Arbeitgeber im Aufnahmestaat hat. Wer dieselbe grenzüberschreitende Tätigkeit für einen Arbeitgeber aus dem eigenen Herkunftsstaat erbringt, also entsandt wird, kann sich nicht mehr auf eine ihm selbst zustehende Grundfreiheit berufen. Das Diskriminierungsverbot gilt für die entsandten Arbeitnehmer nicht, ihre Arbeitsbedingungen werden nur aus der Perspektive ihrer Arbeitgeber gesehen. Daher werden die Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer als „Kostenfaktor“ ihrer heimischen Arbeitgeber eingeordnet. Deren

¹² Schlachter, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie* (2008), Vor Art. 19 Rn. 5 ff.; Knöfel, *Ausländische Scheinselbständige, Grundfreiheiten und Qualifikation*, *IPRax* 2006, 552 ff.

¹³ Vgl. insoweit die 4. Begründungserwägung zur VO 1612/68.

¹⁴ EuGH, 27.3.1990, Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*) Slg. 1990, I-1417.

¹⁵ EuGH, 25.10.2001, Rs. C-49/98 (*Finalarte*) Slg. 2001, I-7831; zustimmend Krebber, *Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer - Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken*, Anmerkung zu EuGH vom 23.11.1999, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 (*Arblade*), *ZEuP* 2001, 358, 365 f.; Franzen, „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort?“ - Die Entsendung von Arbeitnehmern aus der EU nach Deutschland, *DZWiR* 1996, 89, 96.

¹⁶ Hanau, *Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, *NJW* 1996, 1369, 1371; Birk, *Freizügigkeit und Entsendung - die europarechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufträgen*, in: Kohte/Dörner/Anzinger (Hrsg.), *Arbeitsrecht im sozialen Dialog*, FS für Wissmann (2005), S. 527; Konzen, *Europäische Dienstleistungsfreiheit und nationaler Arbeitnehmerschutz*, *NZA* 2002, 781.

von der EU gewährleistete Dienstleistungsfreiheit darf nicht ungerechtfertigt beschränkt werden, und wenn Arbeitsbedingungen im Aufnahmestaat teurer sind als im Inland, gilt dies als rechtfertigungsbedürftige Einschränkung der Freiheit der Arbeitgeber¹⁷. Die Gruppe der entsandten Arbeitnehmer verliert also mit dem Recht, sich auf die Freizügigkeit zu berufen, auch den damit einhergehenden Diskriminierungsschutz. Ihre Arbeitsbedingungen werden nur noch als Wettbewerbsbedingungen ihrer Arbeitgeber diskutiert¹⁸. Der Vorteil, trotz zeitweiliger Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dennoch sofort auf dem Arbeitsmarkt des Gastlandes tätig sein zu können, wird mit dem Verlust der Anwendbarkeit eigener Grundfreiheit erkaufte.

Die genannten Beschränkungen der Freizügigkeit dürfen aber längstens bis zum 1. Mai 2011 dauern, enden also in absehbarer Zeit. Danach herrscht die volle Freizügigkeit für alle Arbeitnehmer aus den im Jahre 2004 der EU beigetretenen Ländern. An der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern mit und ohne Arbeitsvertrag zu einem Arbeitgeber im Aufnahmestaat wird sich dadurch aber nichts ändern. Die entsandten Arbeitnehmer haben auch nach Wegfall der Regelungen, um deren Ausschaltung es dem EuGH in der Entscheidung „Rush Portuguesa“¹⁹ ging, nicht an den Garantien des Art. 45 AEUV teil.

2. Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Für abhängige Beschäftigungsverhältnisse gilt grundsätzlich, dass ein Sachverhalt mit Bezug zu mehreren Mitgliedstaaten, der die Tätigkeit eines Unionsbürgers als „Arbeitnehmer“ betrifft, von den unionsrechtlichen Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts zur Freizügigkeit erfasst wird²⁰.

Mit der Gewährleistung der Freizügigkeit soll der unionsweite Binnenmarkt gefördert werden. Dafür geht es zunächst einmal um einen wirtschaftlichen Zweck, nämlich um die Herstellung eines bedarfsgerechten Marktausgleichs unter den Arbeitskräften: Der Binnenmarkt profitiert davon, wenn Arbeitnehmer, die in einer Region beschäftigungslos bleiben würden, in eine andere mit Arbeitskräftebedarf abwandern²¹. Im optimalen Falle erspart dies dem Herkunftsland, Sozialleistungen an Arbeitslose zu erbringen, und dem Zuzugsland ermöglicht es die Befriedigung seines Arbeitskräftebedarfs. Weil aber Arbeitnehmer anders als Güter oder Kapital ihren Standort nur mit erheblichen persönlichen und materiellen Kosten wechseln können, muss die Union ihnen im Gegenzug die Chance auf dauerhafte Integration in den Aufnahmestaat bieten. Die soziale Komponente tritt mithin zwingend zur Beseitigung jeder Form wirtschaftlicher

¹⁷ EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking Line) Slg. 2007, I-10779; 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval) Slg. 2007, I-11767.

¹⁸ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 21.

¹⁹ EuGH, 27.3.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa) Slg. 1990, I-1417.

²⁰ Mitteilung der EU-Kommission „Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen“ vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 4.

²¹ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 7.

Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern hinzu, so dass ein umfassender Anwendungsbereich dieser Freizügigkeitsregeln gewollt ist.

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist Freizügigkeit nicht nur den grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmern gewährt, sondern auch auf ihre Familienangehörigen erstreckt worden, die sie in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten wollen²². Die Bestimmungen in Art. 3 ff. der Richtlinie 2004/38/EG²³ bilden diese Rechtsprechungsentwicklung ab. Damit soll sichergestellt werden, dass die EU ihrer Pflicht zur Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK nachkommt. Um diesem Anspruch gerecht werden zu können, besitzt die Union eine umfassende Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit, Art. 46 AEUV (= Art. 40 EGV), die sie zum Erlass von Verordnungen über die Mobilitäts-, Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrechte der Wanderarbeitnehmer nutzt. Der ausschließlichen Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten unterliegen daher im Wesentlichen nur diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich als „öffentliche Verwaltung“ auf die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV stützen können²⁴. Das betrifft aber keineswegs den gesamten öffentlichen Dienst, sondern nur Beschäftigungsverhältnisse, bei denen hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden²⁵, weil die Betroffenen Verantwortung für die Wahrung staatlicher Belange übernehmen²⁶, wie z. B. Polizei, Steuerverwaltung, Gerichtsvollzieher usw. Derartige Ausnahmen von einer Grundfreiheit legt der EuGH grundsätzlich einschränkend aus²⁷. Daher kann ein Mitgliedstaat nur solche Rechtsverhältnisse von der Anwendung der Freizügigkeitsregelungen ausnehmen, bei denen das zur Wahrung berechtigter staatlicher Interesse unbedingt erforderlich ist.

2.1. Arbeitnehmerbegriff

Obwohl das Unionsrecht eine Vielzahl von Folgen an den Arbeitnehmerstatus knüpft, ist er als Begriff im geschriebenen Recht nirgends definiert. Im Primärrecht ist das schon deshalb erstaunlich, weil der Arbeitnehmerstatus zur Abgrenzung des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten dient. Auf die Freizügigkeit des Art. 45 AEUV können sich nur Arbeitnehmer berufen, während die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV (Art. 49 ff. EGV), Art. 49 ff. AEUV (Art. 43 ff. EGV), den Selbständigen vorbehalten sind. Wird der Geltungsbereich einer dieser Freiheiten durch eine großzügige Begriffsbestimmung erweitert, begrenzt dies zwangsläufig die jeweils anderen, bedarf als Einschränkung also einer Rechtfertigung. Daher hat der EuGH eine französische Regelung, die eine Vermutung für das Vorliegen der Ar-

²² EuGH, 14.10.2010, Rs. C-16/09 (Schwemmer) n.v.

²³ Richtlinie 2004/38/EG vom 29. März 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABL. EG 2004, L 158 vom 30.4.2004, S. 77.

²⁴ EuGH, 14.9.2000, Rs. C-343/98 (Collino und Chiappero) Slg. 2000, I-6659.

²⁵ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 10.

²⁶ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121; 30.9.2003, Rs. C-47/02 (Anker u.a.) Slg. 2003, I-10447, Rn. 60 ff.; 10.12.2009, Rs. C-345/08 (Pešla) NJW 2010, 137 ff.

²⁷ Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht* (2009), § 3 Rn. 23.

beitnehmereigenschaft begründete, sobald ein Künstler seinem Auftraggeber über eine Agentur vermittelt wurde, als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gewertet²⁸.

Der im Unionsrecht stets nur vorausgesetzte Arbeitnehmerbegriff wird also erst durch die Rechtsprechung soweit konkretisiert²⁹, dass er praktisch anwendbar wird. Der Vereinbarung zwischen den Parteien soll für die rechtliche Einordnung des Vertragstypus Bedeutung zukommen, um die Vertragsfreiheit zu respektieren. Andererseits ist aber auch dem EuGH bewusst, dass Möglichkeiten der Vertragsgestaltung genutzt werden können, um eine tatsächlich bestehende Abhängigkeit des Dienstleistenden zu verschleiern und damit die Rechtsform des selbständigen Dienstvertrages zu missbrauchen³⁰. Die bloße Bezeichnung des Vertrages als Vereinbarung über selbständige Dienste kann also keinesfalls genügen, seine Beurteilung als Arbeitsverhältnis auszuschließen. Bei der Beurteilung ist vielmehr auf die Art und Weise der Vertragsdurchführung abzustellen und zu prüfen, ob die vereinbarte Weisungsfreiheit bei der Ausübung der zugesagten Leistung tatsächlich besteht³¹. Das ist immer dann zweifelhaft, wenn dem Leistungsempfänger das Recht zukommt, den Leistungsinhalt, Art, Ort und Form der Leistungserbringung nachträglich zu konkretisieren oder abzuändern.

Wegen seiner besonderen Wichtigkeit wird der Arbeitnehmerbegriff stets unionsrechtsautonom ausgelegt³². Die in den Mitgliedstaaten vorherrschenden Gepflogenheiten können weder zu einer Einschränkung noch zu einer Erweiterung des Begriffs führen, weil beides jeweils den Geltungsbereich einer anderen Grundfreiheit begrenzen würde³³. Die Beibehaltung besonderer Beschäftigten-Kategorien des nationalen Rechts, wie z.B. die Beamten, wird dadurch nicht generell in Frage gestellt. Für Belange des Unionsrechts kommt es auf diese Unterscheidung aber nicht an, die Grundfreiheiten der Arbeitnehmer erstrecken sich auch auf diese Gruppe³⁴, soweit es sich nicht um Anwendungsfälle der Ausnahmebestimmung des Art. 45 Abs. 4 AEUV handelt, weil die Betroffenen staatliche Hoheitsaufgaben wahrnehmen.

a) Tätigkeit von gewisser Dauer

Nach der Rechtsprechung ist Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV, wer auf Weisung eines Anderen während eines bestimmten Zeitraums Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält³⁵. Dass die geschuldete Tätigkeit „während

²⁸ EuGH, 15.6.2005, Rs. C-255/04 (KOM/Frankreich) Slg. 2006, I-5251.

²⁹ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691, Rn. 31; 13.1.2004, Rs. C-256/01 (Allonby) Slg. 2004, I-00873, Rn. 63.

³⁰ EuGH, 22.12.2008, Rs. C-161/07 (KOM/Österreich) Slg. 2008, I-10671 Rn. 37 f.

³¹ Fuchs, Der rechtliche Status von Pflegekräften aus den neuen EU-Staaten, NZA 2010, 980, 984; Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 7.

³² Schlachter, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, ZfA 2007, 249, 253; Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht* (2009), § 3 Rn. 9.

³³ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 26.2.1992, Rs. C-3/90 (Bernini) Slg. 1992, I-1071, Rn. 14; 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani) Slg. 2004, I-7573, Rn. 15.

³⁴ EuGH, 12.2.1974, Rs. 152/73 (Sotgiu) Slg. 1974, 153.

³⁵ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 11.9.2008, Rs. C-228/07 (Petersen) Slg. 2008, I-6989, Rn. 45.

eines bestimmten Zeitraums“ durchgeführt werden muss, ist nicht gleichbedeutend mit einer auf bestimmte Zeit vereinbarten Laufzeit des Vertrages. Ein solches befristetes Arbeitsverhältnis zum Regelfall zu erheben, wäre auch für die Freizügigkeit nicht zweckentsprechend. Was der Gerichtshof mit diesem Merkmal erreichen wollte, war der Ausschluss lediglich ganz kurzzeitig andauernder Aufträge aus dem Begriff des Arbeitsverhältnisses. Einen Anknüpfungspunkt im Normtext gibt es dafür aber nicht. Auch im Vergleich zu der Rechtslage in den Mitgliedstaaten ist kein zwingender Grund dafür ersichtlich, warum es keine „Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse“ geben sollte. Wer solche kurzfristigen Aufgaben grenzüberschreitend anbietet, benötigt dafür in der Regel die Gewährleistungen des Freizügigkeitsrechts ebenfalls. Ein stark eingeschränkter Umfang der Berufstätigkeit könnte allenfalls ein widerlegliches Indiz dafür bilden, dass die Tätigkeit so unwesentlich ist, dass sie nicht als echte wirtschaftliche Betätigung aufgefasst werden kann³⁶. In aller Regel wird dieses Indiz aber nicht so stark gewichtet werden können, dass mit dieser Begründung die Arbeitnehmereigenschaft ausgeschlossen wird. Der Gerichtshof hat denn auch dreiwöchige Praktika³⁷ ohne weiteres unter die Freizügigkeit subsumiert. Eine besondere Abgrenzungswirkung kommt dem Merkmal mithin nicht zu. Lediglich in der gelegentlich äquivalent verwendeten Formulierung vom Erfordernis der Ausübung „echter wirtschaftlichen Tätigkeit“³⁸ wird noch eine Abgrenzung zu Tätigkeiten mit reiner Rehabilitationsfunktion ermöglicht³⁹. Wenn jemand auf unbestimmte Zeit nicht in der Lage ist unter normalen Bedingungen zu arbeiten, sondern durch Maßnahmen der Rehabilitation in das Arbeitsleben wieder eingegliedert werden muss, handelt es sich nicht um eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. Dann kann sie auch keine Arbeitnehmereigenschaft begründen.

b) Weisungsbindung/ Unterordnungsverhältnis

Als entscheidendes Abgrenzungskriterium wird auf die „Weisungsgebundenheit“ eines Arbeitnehmers abzustellen sein⁴⁰, da sie den maßgeblichen Unterschied zur selbständigen Berufstätigkeit markiert. Arbeitsverträge berechtigen den Arbeitgeber, die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung näher zu konkretisieren, sei es ihren Inhalt, die Art und Weise der Leistungshandlung oder Zeit und Ort der Tätigkeit⁴¹. Eine solche Weisungsbefugnis ist in der Regel erforderlich, soweit Arbeitsverhältnisse eine langfristige Bindung der Vertragsparteien schaffen wollen. In einer langfristigen Rechtsbeziehung können die geschuldeten Leistungen bei Vertragsschluss nur gattungsmäßig festgelegt werden, der genaue Inhalt der Vertragspflicht muss zukunfts offen vereinbart

³⁶ EuGH, 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin) Slg. 1992, I-1027, Rn. 14; 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc) NZA 2010, 213, Rn. 26 ff.

³⁷ EuGH, 1.7.2004, Rs. C-169/03 (Wallentin) Slg. 2004, I-6443; 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin) Slg. 1992, I-1027.

³⁸ EuGH, 26.11.1998, Rs. C-1/97 (Birden) Slg. 1998, I-7747; 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani) Slg. 2004, I-7573.

³⁹ EuGH, 31.5.1989, Rs. 344/87 (Bettray) Slg. 1989, 1621.

⁴⁰ Mitteilung der EU-Kommission „Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen“ vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 5.

⁴¹ Kritisch: Fredmann, Marginalising Equal Pay Laws, *Industrial Law Journal* Vol. 33, No. 3, S. 281, 285.

und später entsprechend den tatsächlichen Entwicklungen angepasst werden. Daher ist die Weisungsgebundenheit bereits funktional ein taugliches Abgrenzungskriterium zur Unterscheidung von selbständiger und unselbständiger Dienstleistung.

c) Vergütung als Gegenleistung

Wer sich auf eine wirtschaftliche Grundfreiheit berufen möchte, muss auch am Wirtschaftsleben teilnehmen. Eine völlig unentgeltliche Dienstleistung für einen Anderen kann also selbst dann nicht auf Art. 45 AEUV gestützt werden, wenn sie im Ausland erbracht wird. Solange aber nur überhaupt eine Gegenleistung vereinbart ist, kommt es auf deren Art und Höhe nicht an⁴²: Ob eine Gegenleistung als Geldzahlung oder Sachleistung erfolgt, ist für die Begriffsbestimmung des Arbeitsverhältnisses ebenso unerheblich wie ihre absolute Höhe⁴³. Auch wenn die Vergütung das Existenzminimum oder den maßgeblichen Mindestlohn so deutlich unterschreitet⁴⁴, dass der Betroffene davon nicht leben kann, sondern zur Gewährleistung seiner wirtschaftlichen Existenz anderweitige Unterhaltsansprüche heranziehen oder Sozialleistungen beanspruchen müsste, hindert das die Einordnung als Arbeitsverhältnis nicht.

d) Grenzüberschreitender Bezug

Auf die Freizügigkeit des Unionsrechts kann sich nur berufen, wer sich (zum Zwecke der Ausübung einer abhängigen Beschäftigung) in einen anderen Mitgliedstaat begibt, oder aus dem EU-Ausland in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückkehrt⁴⁵. Auf Sachverhalte, die sich lediglich innerhalb eines einzigen Mitgliedstaates abspielen, greifen die Freizügigkeitsregeln nicht durch⁴⁶.

2.2. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs für die Grundfreiheiten

Europarechtlich scheint diese Abgrenzung auf den ersten Blick womöglich unspektakulär zu sein: Während sich der unselbständig Beschäftigte auf die Freizügigkeit berufen kann, kann der selbständig Tätige die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen. Dabei scheint es mehr um eine technische als um eine inhaltliche Unterscheidung zu gehen. Diese Annahme wäre allerdings in mehrerer Hinsicht verfehlt. Einerseits knüpft der Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Richtlinien an die Arbeitnehmereigenschaft an⁴⁷, so dass sich ein selbständig Tätiger auf

⁴² EuGH, 17.3.2005, Rs. C-109/04 (Kranemann) Slg. 2005, I-2421.

⁴³ EuGH, 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin) Slg. 1982, 1035, Rn. 11; 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche) Slg. 2003, I-13187.

⁴⁴ EuGH 18.7.2007, Rs. C-213/05 (Geven) Slg. 2007, I-6347, Rn. 27.

⁴⁵ EuGH, 7.7.1992, Rs. C-370/90 (Singh) Slg. 1992, I-4265, Rn. 23.

⁴⁶ Mitteilung der EU-Kommission "Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen" vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 6.

⁴⁷ Dass daraus nicht die automatische Übernahme des Arbeitnehmerbegriffs gemäß Art. 45 AEUV in alle arbeitsrechtlichen Richtlinien folgt, wird unten noch näher diskutiert.

die spezifischen Schutzrechte der (umgesetzten) Richtlinien seinem Vertragspartner gegenüber nicht berufen kann. Aber auch auf Primärrechtsebene hat die Abgrenzung die bereits angesprochenen Konsequenzen. Die Übergangsvorschriften bei der Osterweiterung der Union ab dem Jahre 2004 beschränkten lediglich die Freizügigkeit, nicht aber generell die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit. Der Gerichtshof hat den Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen durch Einbeziehung der „Entsendefälle“ ausgeweitet, und damit die Wirkung der Beschränkungen der Freizügigkeit verringert. Die „alten“ Mitgliedstaaten konnten die Ziele nicht erreichen, die sie in den Beitrittsverträgen verfolgt hatten. Die Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten können auch schon vor Ablauf der Übergangsfristen in den alten Mitgliedstaaten arbeiten. Sie können dies aber nicht aus eigenem Recht, also zu den Bedingungen des Diskriminierungsverbots aus Art. 45 Abs. 2 AEUV, sondern nur aus „abgeleitetem“ Recht. Sie gelten als Mitwirkende an der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers und unterliegen damit dem Regime der Entsenderichtlinie, die ihnen keine Gleichbehandlung gewährt, sondern nur Mindeststandards. Im Aufnahmestaat haben sie daher keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt in Höhe der regulären Löhne der einheimischen Kollegen, sondern nur in Höhe des dort geltenden Mindestlohns.

3. Reichweite des Arbeitnehmerbegriffs

Weil der zum Freizügigkeitsrecht entwickelte Arbeitnehmerbegriff von großer praktischer Bedeutung ist, wurde er dort am intensivsten diskutiert. Das Ergebnis wird vom EuGH auch für die Auslegung von anderen primärrechtlichen Normen, wie etwa dem Gebot der Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen⁴⁸, herangezogen. Einheitlich anwendbar auf das gesamte Unionsrecht ist der Begriff deswegen aber nicht. Vielmehr betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung⁴⁹, dass der Arbeitnehmerbegriff abhängig von der jeweils anwendbaren Rechtsmaterie zu bestimmen ist⁵⁰. Das ist für den mit Auslegung befassten Rechtsanwender nicht sehr komfortabel, andererseits aber auch nichts völlig Ungewohntes, zumindest für einen deutschen Arbeitsrechtler. Auch der deutsche Gesetzgeber scheut vor der Festschreibung einer allgemeinen Begriffsbestimmung zurück und überlässt es den Gerichten, auf Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie zu reagieren. Die Situation kann als „unschön aber nicht unlösbar“ beschrieben werden. Gilt dasselbe allerdings auch für eine vergleichbar unklare Rechtslage auf Unionsebene? Das kann man mit einigen Gründen bezweifeln:

Anders als es bei einer Betrachtung vom primären Unionsrecht erscheinen könnte, geht es bei einer Definition des Arbeitnehmerbegriffs in den Richtlinien nicht mehr um die Abgrenzung parallel konstruierter Rechte und Freiheiten. Wer sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht stützen kann, kann ersatzweise meist die den Selbst-

⁴⁸ EuGH, 13.1.2004, Rs. C-256/01 (Allonby) Slg. 2004, I-00873, Rn. 64; Calliess/Ruffert-Krebbler EUV/EGV (3. Aufl., 2007) Art. 141, Rn. 17.

⁴⁹ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691; 7.6.2005, Rs. C-543/03 (Dodl u.a.) Slg. 2005, I-5049.

⁵⁰ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691, Rn. 31.

ständigen zugebilligte Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit beanspruchen. Als Grundfreiheiten sind sie gleichwertig, den Betroffenen entsteht durch die Einordnung in die eine oder die andere Kategorie anscheinend kein Nachteil. Lediglich die vom EuGH entwickelte Kategorie der „entsandten“ Arbeitnehmer, die dem Schutz der Freizügigkeitsregeln entzogen sind, fallen aus dem primärrechtlichen Schutzkonzept heraus. Richtet man den Blick zudem auf das auch unionsrechtlich ausgestaltete Arbeitsrecht, werden die Schutzlücken weit zahlreicher. Eine gleichwertige Alternative für „Nicht-Arbeitnehmer“ schafft das Recht dort überhaupt nicht, weil die besonderen Bestimmungen des Arbeitsrechts stets mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer gerechtfertigt werden. Wer kein Arbeitnehmer ist, hätte dann den speziellen Schutzbedarf auch nicht. Eine dem Arbeitsrecht vergleichbare Regelungsdichte ist für Selbständige gar nicht bezweckt. In diesem Bereich kommt dem Arbeitnehmerbegriff also eine ausgrenzende Wirkung zu, die eine besondere Sorgfalt bei der jeweils maßgeblichen Abgrenzung verlangt. Nur wenn ein vergleichbarer Schutzbedarf tatsächlich fehlt, ist eine Ausgrenzung aus dem Schutzregime des Arbeitsrechts angemessen⁵¹. Der Arbeitnehmerbegriff muss dieser Funktion entsprechend konstruiert werden, nicht allein nach dogmatischen Kriterien.

Die wichtigsten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zum Selbständigen werden dadurch verstärkt, dass Schutzrechte für Arbeitnehmer typischerweise Kosten verursachen, die zumindest zum Teil von ihren Vertragspartnern getragen werden müssen. Das schafft einen starken Anreiz, solche Kosten – und damit den Abschluss von Arbeitsverträgen – zu vermeiden⁵². Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass in der EU die Zahl sog. „atypischer“ Arbeitsverhältnisse ebenso wächst, wie diejenige von „kleinen Selbständigen“, die durch geeignete Vertragsgestaltung bei der Dienstleistung ebenso abhängig von ihrem Auftraggeber sind wie Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber⁵³. Die Strategien zur Vermeidung des Arbeitsverhältnisses als Rechtsform haben also Erfolg. Sie können von denjenigen, die den Text des Vertrages über die Leistungserbringung vorformulieren, in der Regel ohne viel Widerstand durchgesetzt werden. Das alles ist bereits länger bekannt⁵⁴ und an sich keine Besonderheit des Unionsrechts. Auf mitgliedstaatlicher Ebene liegen die Abgrenzungsprobleme ganz parallel hierzu.

Ein spezifisches unionsrechtliches Problem ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel von Primär- und Sekundärrecht der Union, insbesondere bei den arbeitsrechtlichen Richtlinien. Die einheitliche Gestaltung und Auslegung des Primärrechts kann durch den EuGH weitestgehend gewährleistet werden. Der EuGH hat mit den für Grundfreiheiten regelmäßig verwendeten Argumentationsmustern entschieden, dass

⁵¹ Welti, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, *SGb* 2010, 441, 443.

⁵² Schubert, Das Normalarbeitsverhältnis in der arbeits- und sozialrechtlichen Wirklichkeit, *NJW* 2010, 2613, 2615.

⁵³ Waltermann, Wesentliche Aussagen des Gutachtens zur Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentages in Berlin 2010, *NZA* 2010, 860, 861; vgl. auch Kocher, Diskontinuität von Erwerbsbiografien und das Normalarbeitsrecht – Der Umgang mit Unsicherheiten, *NZA* 2010, 841 ff.; Fuchs, *NZA* 2010, 980, 982; Neumann, Alterssicherung und „Solo-Selbständigkeit“, *SGb* 2010, 463, 464.

⁵⁴ Vgl. Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, *ZSR* 1985, 415 ff.; Welti, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, *SGb* 2010, 441 ff.

die Freizügigkeit weit auszulegen ist⁵⁵, die dazu vorgesehene Ausnahme entsprechend eng, und dass eine unionsrechtsautonome Begriffsbestimmung erforderlich ist um eine einheitliche, von den Mitgliedstaaten nicht relativierbare Garantie der Grundfreiheiten im gesamten Unionsgebiet zu gewährleisten.

Würden diese Muster auf die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in den Richtlinien übertragen, könnte dem Schutzgedanken besser entsprochen werden. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Zwar gibt es arbeitsrechtliche Richtlinien, die keine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs niederlegen, wie etwa § 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge⁵⁶ oder Art. 1 Abs. 1 RL 80/987/EWG⁵⁷ (Zahlungsunfähigkeit). In solchen Fällen kann der Gerichtshof auf einer unionsrechtsautonomen, einheitlichen Begriffsbestimmung bestehen⁵⁸, die sich weitestgehend an den zu Art. 45 AEUV erarbeiteten Kriterien orientiert. Die notwendige Flexibilität zur Anpassung an die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie⁵⁹ kann ebenfalls gewährleistet werden. Die Richtlinien erreichen dies, indem sie den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlauben, einzelne Beschäftigtengruppen aus dem Geltungsbereich ihres Umsetzungsgesetzes auszunehmen: § 1 Nr. 2 RL 97/81/EG⁶⁰ (Teilzeit) erlaubt, Gelegenheitsarbeiten vom Anwendungsbereich auszunehmen. Beim Jugendarbeitsschutz⁶¹ gilt dasselbe für gelegentliche oder kurzfristige Tätigkeiten in Privathaushalten oder im Familienbetrieb. Obwohl die so Beschäftigten „an sich“ Arbeitnehmer sind, die jeweiligen Schutzregeln für sie also ebenfalls gelten müssten, dürfen sie im konkreten Regelungszusammenhang ausgenommen werden. Der Schutzzweck der Richtlinie fordert eben nicht zwingend ihre Anwendung auch auf diese Fälle. Obwohl also die Einheitlichkeit der Auslegung und damit die Rechtssicherheit durch Ausnahmeklauseln begrenzt wird, bleibt ihr Schutzzweck gewahrt: Die Regelsetzer auf EU-Ebene entscheiden selbst darüber, ob dieser Schutzzweck es im konkreten Fall erlaubt, Ausnahmen vorzusehen.

Genau dieser Standard wird aber nicht gewährleistet, wenn Richtlinien für den Arbeitnehmerbegriff auf das nationale Recht zurückverweisen, wie z. B. im § 2 Abs. 1 RL 1999/70/EG⁶² (Befristung), Art. 2 Abs. 2 RL 96/71/EG⁶³ (Entsendung) und Art. 3

⁵⁵ EuGH 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 17.7.2008, Rs. C-94/07 (Raccanelli) Slg. 2008, I-5939, Rn. 41.

⁵⁶ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43-48.

⁵⁷ Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EWG L 283 vom 28.10.1980, S. 23-27.

⁵⁸ EuGH, 11.3.2003, Rs. C-40/01 (Ansul) Slg. 2003, I-2439, Rn. 26.

⁵⁹ EuGH, 12.10.2004, Rs. C-55/02 (KOM/Portugal) Slg. 2004, I-9387, Rn. 45.

⁶⁰ Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit - Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. EG L 14 vom 20.1.1998, S. 9-14.

⁶¹ Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. Juni 1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. EG L 216 vom 20.8.1994, S. 12-20.

⁶² Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43-48.

⁶³ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG L 18 vom 21.1.1997, S. 1-6.

Abs. 1 a RL 2008/104/EG⁶⁴ (Leiharbeit). Diese Regelungstechnik wird auch in der Betriebsübergangsrichtlinie⁶⁵, in der Massenentlassungsrichtlinie⁶⁶ und in der Unterrichtsrichtlinie⁶⁷ zugrunde gelegt. Damit ist sowohl die Einheitlichkeit der Auslegung aufgegeben worden, wie auch der Geltungsbereich des gewährten Arbeitnehmerschutzes. Selbst wenn eine solche Richtlinie einen unionsweit geltenden Mindestschutzstandard etabliert, könnten die Mitgliedstaaten den personellen Geltungsbereich dieses Schutzes selbst festlegen. Vertreten sie das wirtschaftspolitische Konzept, dass Personen ohne Arbeitnehmerschutz besonders begehrte Bewerber seien, können sie versuchen, Problemgruppen des Arbeitsmarktes aus dem Umsetzungsgesetz auszuklammern⁶⁸: „Für die Belange dieses Umsetzungsgesetzes gelten Jugendliche unter 25 Jahre, ältere über 52 Jahre, Behinderte, Langzeitarbeitslose ... nicht als Arbeitnehmer...“. Je nach ihren aktuellen sozialpolitischen Vorstellungen oder ihrer Einschätzung der wirtschaftlichen Erfordernisse können Personengruppen in einem Land ausgenommen werden, in einem anderen nicht. Das Schutzkonzept der Richtlinie würde auf diese Weise nicht wie vorgesehen verwirklicht. Ein Rückverweis auf nationales Recht für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs sollte im europäischen Arbeitsrecht vermieden werden.

4. Ausblick

Der Arbeitnehmerbegriff des Primärrechts der Union wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt, die wenigen bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Einschränkungs-möglichkeiten werden eng begrenzt. Das ermöglicht den betroffenen Dienstleistern grundsätzlich Zugangsrechte, Verbleiberechte und Gleichbehandlungsansprüche für sich und ihre Familienangehörigen in der gesamten Union. Mit Wirkung ab Mai 2011 gilt das auch für die Arbeitnehmer aus den 2004 beigetretenen Staaten. Nur die Gruppe der entsandten Arbeitnehmer ist von den Gewährleistungen der EU-Grundfreiheiten ausgenommen; sie gelten lediglich als notwendig bei der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ihrer Arbeitgeber, ohne selbst Grundfreiheiten beanspruchen zu dürfen. Die eigentlichen arbeitsrechtlichen Schutznormen werden in den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff jedoch nicht eingeschlossen. Sie sind im primären Unionsrecht nicht geregelt, sondern ganz überwiegend durch Richtlinien, und dort fehlt es an einem unionseinheitlichen Rahmen, der die für ein Arbeitsverhältnis kon-

⁶⁴ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. EG L 327 vom 5.12.2008, S. 9-14.

⁶⁵ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. EG L 82 vom 22.3.2001, S. 16-20.

⁶⁶ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. EG L 225 vom 12.8.1998, S. 16-21.

⁶⁷ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft - Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. EG L 80 vom 23.3.2002, S. 29-34.

⁶⁸ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 6.

stitutiven Indikatoren festlegt. Angesichts der tatsächlich verstärkt zu beobachtenden Flucht aus dem Arbeitsverhältnis ist eine solche Entwicklung fatal. Wer nicht in den Arbeitnehmerbegriff einbezogen ist, erhält keinen gleichwertigen Schutz durch andere Regelungsbereiche. Wenn die EU ihr Sozialmodell bewahren möchte, muss sie hier eine Vereinheitlichung erreichen.