

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>V.</b>
----------------------	-----------

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XXI</b>
------------------------------------	------------

<b>§1. Einleitung und Gang der Untersuchung .....</b>	<b>1</b>
---	----------

<b>§2. Der Arbeitnehmerbegriff im deutschen Recht .....</b>	<b>7</b>
---	----------

A. Bedeutung .....	7
B. Allgemeine Definition .....	8
I. Gesetzliche Ausgangslage .....	8
II. Der Arbeitnehmerbegriff nach der Rechtsprechung des BAG und herrschender Lehre .....	10
1. Abgrenzung zum Werkvertrag .....	11
2. Privatrechtlicher Vertrag .....	11
3. Persönliche Abhängigkeit .....	12
4. Irrelevante Kriterien .....	14
III. Alternative Bestimmungsansätze .....	15
1. Kritik an der Begriffsdefinition der herrschenden Meinung .....	15
2. Alternative Bestimmungsansätze .....	16
IV. Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung von BSG und BFH .....	17
C. Arbeitnehmereigenschaft von geschäftsführenden Organmitgliedern .....	19
I. Ausgangspunkt: Trennungstheorie .....	19
II. Gesetzliche Regelungen .....	22
III. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	22
1. GmbH-Geschäftsführer .....	23
a) Generell keine Arbeitnehmereigenschaft .....	23
aa) Rechtsprechung der Zivilgerichte .....	23

bb) Literatur .....	24
b) Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall anzunehmen ....	26
aa) Rechtsprechung der Arbeitsgerichte .....	26
bb) Rechtsprechung von BSG und BFH .....	27
cc) Literatur .....	28
2. Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften .....	30
a) Arbeitsrecht .....	30
b) Sozialversicherungs- und Steuerrecht .....	31
3. Leitungsorgane der SE .....	32
4. Geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften .....	34

### **§3. Der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht ..... 35**

A. Gesetzliche Ausgangslage .....	35
B. Die Begriffsbestimmung durch den EuGH .....	36
I. Allgemeine Definition .....	36
1. Unionsautonome Begriffsbestimmung im Rahmen von Art. 45 AEUV .....	36
2. Begriffsmerkmale .....	37
a) Kriterien der <i>Lawrie-Blum</i> -Formel .....	38
b) Insbesondere: Weisungsgebundenheit .....	39
3. Anwendung der <i>Lawrie-Blum</i> -Formel auch in anderen Regelungsbereichen .....	40
II. Bisherige Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen .....	41
III. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache <i>Danosa</i> .....	42
1. Sachverhalt .....	42
2. Entscheidung des Gerichts .....	43

### **§4. Geschäftsführende Organmitglieder als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts ..... 45**

A. Generalisierbarkeit der Aussagen des EuGH .....	45
B. Überprüfung der einzelnen Geschäftsführungsorgane .....	47
I. GmbH-Geschäftsführer .....	48
1. Meinungsstand .....	48
2. Stellungnahme .....	50
a) Fremdgeschäftsführer .....	50

aa)	Entgeltliche Leistungserbringung .....	50
bb)	Bestellung durch die Gesellschaft und Eingliederung .....	51
cc)	Weisung oder Aufsicht durch ein anderes Gesellschaftsorgan .....	53
	(1) Konkretisierung durch den EuGH .....	53
	(2) Rechenschaftspflichten des Geschäftsführers .....	54
	(3) Weisungsgebundenheit .....	55
	(a) Bedeutung des Weisungsrechts gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG .....	55
	(b) Maßgeblichkeit allein der rechtlichen Verhältnisse .....	57
dd)	Uneingeschränkte Abberufungsmöglichkeit .....	58
	(1) Grundsatz der freien Abberufung des Geschäftsführers .....	59
	(2) Auswirkungen einer Befristung der Bestellung .....	59
ee)	Zwischenergebnis .....	61
ff)	Auswirkungen modifizierender Satzungsbestimmungen .....	61
	(1) Einschränkung des Weisungsrechts .....	61
	(2) Einschränkung der Abberufungsmöglichkeit .....	62
	(3) Einschränkung sowohl des Weisungsrechts als auch der Abberufung .....	65
	(4) Einschränkungen im Anstellungsvertrag .....	66
	(5) Ergebnis .....	67
b)	Auswirkungen einer Anteilsinhaberschaft .....	67
aa)	Weisungsgebundenheit .....	68
	(1) Gesetzlicher Regelfall .....	68
	(2) Auswirkungen von modifizierenden Satzungsbestimmungen .....	68
	(3) Einfluss von Stimmbindungsverträgen? .....	70
bb)	Abberufbarkeit .....	70
cc)	Ergebnis .....	71
c)	Auswirkungen einer Mitbestimmung .....	72
aa)	Mitbestimmung nach dem DrittelbG .....	72
bb)	Mitbestimmung nach dem MitbestG und dem MontanMitbestG .....	74
cc)	Ergebnis .....	76

d)	Auswirkungen einer Konzernstruktur .....	76
aa)	Faktischer Konzern .....	77
bb)	Vertragskonzern .....	78
(1)	Wirkungen des Beherrschungsvertrages .....	79
(2)	Auswirkungen für den Fremd- und den Minderheits- Gesellschafter-Geschäftsführer .....	79
(3)	Auswirkungen für den mehrheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer .....	80
cc)	Ergebnis .....	83
e)	Auswirkungen einer Mehrpersonengeschäftsführung .....	83
II.	Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften .....	84
1.	Meinungsstand .....	84
2.	Stellungnahme .....	85
a)	Erfüllung der Arbeitnehmerkriterien .....	85
aa)	Entgeltliche Leistungserbringung und Eingliederung .....	85
bb)	Handeln nach Weisung bzw. unter Aufsicht? .....	86
(1)	Rechenschaftspflichten des Vorstandes .....	86
(2)	Weisungsfreiheit .....	87
(3)	Abberufung nur aus wichtigem Grund .....	88
cc)	Ergebnis .....	90
b)	Auswirkungen einer Konzernstruktur .....	91
aa)	Meinungsstand .....	91
bb)	Stellungnahme .....	91
cc)	Ergebnis .....	93
c)	Auswirkungen einer Mitbestimmung .....	93
3.	Ergebnis .....	94
III.	Mitglieder des Leitungsgremiums einer SE .....	94
1.	Dualistisches System .....	95
2.	Monistisches System .....	96
a)	Mitglieder des Verwaltungsrates .....	96
b)	Geschäftsführende Direktoren .....	97
3.	Ergebnis .....	100
IV.	Gesellschafter von Personengesellschaften .....	100
1.	Meinungsstand .....	100
2.	Stellungnahme .....	100
a)	Persönlich haftende Gesellschafter .....	101
b)	Kommanditisten einer KG .....	103

3. Ergebnis .....	104
V. Zusammenfassung von § 4 .....	105

## **§5. Folgen für die Anwendung**

<b>arbeitsrechtlicher Vorschriften .....</b>	<b>107</b>
A. Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben .....	107
I. Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts .....	107
II. Auswirkungen nur im unionsrechtlich determinierten Arbeitsrecht .....	109
III. Maßgeblichkeit des Arbeitnehmerbegriffs der jeweiligen Richtlinie .....	110
B. Untersuchung der einzelnen Richtlinien .....	113
I. Die Mutterschutzrichtlinie .....	113
1. Regelungsgehalt der Richtlinie .....	113
2. Umsetzung im nationalen Recht .....	115
3. Meinungsstand zur Anwendbarkeit des MuSchG auf Gesellschaftsorgane .....	116
4. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	117
a) Normative Grundlagen .....	118
b) Rechtsprechung des EuGH .....	118
c) Literatur .....	119
d) Stellungnahme .....	121
aa) Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff oder Verweis auf nationales Recht? .....	121
(1) Wortlaut und Systematik .....	121
(2) Entstehungsgeschichte .....	122
(3) Sinn und Zweck .....	123
(4) Zwischenergebnis .....	125
bb) Art. 45 AEUV oder Art. 3 lit. a) ArbSchRL? .....	125
cc) Ergebnis .....	126
5. Konsequenzen für den persönlichen Anwendungsbereich des MuSchG .....	126
a) Meinungsstand .....	126
b) Stellungnahme .....	127
aa) Richtlinienkonforme Auslegung von § 1 Nr. 1 MuSchG .....	128
(1) Wortlaut .....	129
(2) Systematik .....	130
(3) Gesetzgeberischer Wille .....	131

bb) Ergebnis .....	132
6. Reichweite der Anwendbarkeit des MuSchG im Rahmen des Anstellungsverhältnisses .....	132
a) Gespaltene Auslegung des MuSchG? .....	133
b) Ergebnis .....	135
7. Erstreckung des Kündigungsschutzes auf die Bestellung? .....	136
a) Meinungsstand .....	136
b) Stellungnahme .....	138
aa) Bedeutung der Aussagen des EuGH .....	138
bb) Erfordernis einer Erstreckung des Kündigungsschutzes auf das Organverhältnis ....	139
(1) Wortlaut der Richtlinie .....	139
(2) Sinn und Zweck des Kündigungsverbot .....	140
(a) Schutz vor physischen und psychischen Belastungen .....	140
(b) Schutz vor Diskriminierung .....	143
cc) Situation bei Koppelungsklauseln .....	145
(1) Problematik .....	145
(2) Grundsätzliche Anforderungen an die Zulässigkeit von Koppelungsklauseln .....	146
(3) Unwirksamkeit bei Umgehung von § 9 Abs. 1 MuSchG .....	147
c) Ergebnis .....	148
8. Exkurs: Mutterschutz für selbständige Organmitglieder .....	149
a) Obiter Dictum des EuGH .....	149
b) Kein Schutz durch die RL 76/207/EWG bzw. GbRL 2006/54/EG .....	150
c) Schutz durch die SelbstGbRL 86/613/EWG (heute SelbstGbRL 2010/41/EU) .....	151
aa) Kündigungsschutz für Selbständige? .....	152
(1) Meinungsstand .....	152
(2) Stellungnahme .....	153
(a) Wortlaut .....	153
(b) Systematik .....	154
(c) Sinn und Zweck .....	155
(d) Primärrechtliche Vorgaben .....	157
(3) Ergebnis .....	158
bb) Umsetzung des Kündigungsschutzes im deutschen Recht .....	158

cc) Gewährung von Mutterschaftsleistungen .....	159
(1) Vorgaben der Richtlinie .....	159
(2) Meinungsstand zur Richtlinienkonformität des deutschen Rechts .....	160
(3) Stellungnahme .....	161
II. Die Gleichbehandlungsrichtlinien 2006/54/EG, 2000/43/EG und 2000/78/EG .....	163
1. Regelungsgehalt der Richtlinien im Überblick .....	164
a) GbRL 2006/54/EG .....	164
b) GbRL 2000/43/EG .....	165
c) GbRL 2000/78/EG .....	165
2. Umsetzungen im nationalen Recht .....	166
3. Meinungsstand zur Anwendbarkeit des AGG auf Organmitglieder .....	167
4. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinien .....	170
a) Normative Grundlagen .....	170
aa) GbRL 2006/54/EG .....	170
bb) GbRL 2000/43/EG .....	170
cc) GbRL 2000/78/EG .....	171
b) Rechtsprechung des EuGH .....	171
c) Literatur .....	172
d) Stellungnahme .....	174
aa) Anwendbarkeit der Richtlinien auf Selbständige ....	174
(1) Wortlaut und Systematik .....	175
(2) Sinn und Zweck .....	177
(3) Ergebnis .....	179
bb) Arbeitnehmerbegriff .....	179
(1) GbRL 2006/54/EG .....	179
(a) Wortlaut und Systematik .....	180
(b) Entstehungsgeschichte .....	180
(c) Sinn und Zweck .....	181
(d) Zwischenergebnis .....	182
(2) GbRL 2000/43/EG und GbRL 2000/78/EG ....	182
5. Konsequenzen für den persönlichen Anwendungsbereich des AGG .....	183
a) Vorliegen eines Schutzdefizits .....	184
b) Europarechtskonforme Auslegung des AGG .....	186
aa) Keine einschränkende Auslegung von § 6 Abs. 3 AGG .....	186

bb)	Richtlinienkonforme Auslegung von § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG .....	187
cc)	Ergebnis .....	189
6.	Geschützte Rechtsverhältnisse .....	189
a)	Meinungsstand .....	190
b)	Stellungnahme .....	191
aa)	Wortlaut .....	191
bb)	Gesetzesbegründung .....	192
cc)	Teleologische Erwägungen .....	192
dd)	Ergebnis .....	194
7.	Rechtfertigungsgründe .....	195
a)	Kein generell gelockerter Rechtfertigungsmaßstab für Organmitglieder .....	195
b)	§ 5 AGG .....	196
aa)	Bedeutung der Vorschrift .....	196
bb)	Exkurs: Europarechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen .....	197
c)	§ 8 AGG .....	200
aa)	Bedeutung der Vorschrift .....	200
bb)	Kein modifizierter Maßstab für Organmitglieder .....	201
d)	§ 10 AGG .....	204
aa)	Befristende Höchstaltersgrenzen .....	204
(1)	Gesetzliches Renteneintrittsalter als Höchstaltersgrenze .....	205
(2)	Niedrigere Altersgrenzen .....	207
(a)	Meinungsstand .....	207
(b)	Stellungnahme .....	208
bb)	Unternehmerische Interessen als legitime Ziele im Sinne von Art. 6 GbRL 2000/78/EG? .....	209
cc)	Kein anerkennenswertes unternehmerisches Interesse .....	212
dd)	Ergebnis .....	214
ee)	Zugangsbeschränkende Altersgrenzen .....	214
(1)	Mindestaltersgrenzen .....	214
(2)	Höchstaltersgrenzen .....	215
8.	Rechtsfolgen einer Diskriminierung .....	218
a)	Wirksamkeit diskriminierender Organisationsakte ....	218
aa)	Diskriminierende Beendigung des Organverhältnisses .....	219



(1) Abberufung .....	219
(a) Meinungsstand .....	219
(b) Stellungnahme .....	219
(aa) Wortlaut und Systematik des AGG .....	219
(bb) Vorgaben der Richtlinien .....	220
(c) Ergebnis .....	223
(2) Automatische Beendigung .....	223
bb) Diskriminierende Nichtbestellung .....	224
cc) Bestellung von Dritten .....	226
b) Anwendbarkeit des AGG bei diskriminierender Kündigung des Anstellungsvertrages .....	227
aa) Meinungsstand .....	227
bb) Stellungnahme .....	229
(1) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG, §§ 138, 242 BGB? .....	229
(a) Rechtsfolgenproblematik .....	230
(b) Überschreitung der Grenzen richtlinienkonformer Auslegung .....	232
(c) Ergebnis .....	232
(2) Folgen des Unionsrechtsverstößes .....	232
c) Besonderheiten hinsichtlich Schadensersatz und Entschädigung .....	233
aa) Beweisanforderungen beim Schadensersatzanspruch .....	233
bb) Begrenzung des Schadensersatzanspruches? .....	235
(1) Meinungsstand .....	236
(2) Stellungnahme .....	237
(a) Begrenzung durch Vorteilsanrechnung und rechtmäßiges Alternativverhalten ...	237
(b) Zusätzliche Begrenzung entsprechend § 15 Abs. 2 S. 2 AGG? .....	240
(3) Ergebnis .....	242
cc) Ersatz immaterieller Schäden gemäß § 15 Abs. 2 AGG .....	242
III. Die Arbeitszeitrichtlinie .....	243
1. Regelungsgehalt der Richtlinie .....	243
2. Umsetzende nationale Regelungen .....	244
a) ArbZG .....	244

b) BUrlG .....	244
3. Meinungsstand zur Anwendung des ArbZG und des BUrlG auf Organmitglieder .....	245
a) ArbZG .....	245
b) BUrlG .....	246
4. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	248
a) Normative Grundlagen .....	248
b) Rechtsprechung des EuGH .....	248
c) Literatur .....	249
d) Stellungnahme .....	249
e) Ergebnis .....	251
5. Konsequenzen für die Anwendung des ArbZG und des BUrlG .....	251
a) ArbZG .....	251
aa) Abweichungsmöglichkeiten für Organmitglieder gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. a) AZRL .....	252
bb) Umsetzung der Bereichsausnahme im deutschen Recht .....	253
cc) Ergebnis .....	255
b) BUrlG .....	255
aa) Vorliegen eines Schutzdefizits .....	255
bb) Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 S. 1 BUrlG .....	256
cc) Reichweite der Anwendung des BUrlG .....	257
(1) Wartezeit und Teilurlaub (§§ 4, 5 BUrlG) .....	258
(2) Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs (§ 7 BUrlG) .....	259
(3) Nichtanrechnung von Krankheitstagen (\$ 9 BUrlG) .....	261
(4) Berechnung des Urlaubsentgelts (\$ 11 BUrlG) .....	262
(5) Abdingbarkeit (§ 13 BUrlG) .....	262
(6) Ergebnis .....	263
IV. Die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie .....	264
1. Regelungsgehalt der Richtlinie .....	264
2. Umsetzende nationale Regelungen .....	265
3. Meinungsstand zur Anwendbarkeit des ArbSchG auf Organmitglieder .....	266
4. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	267

a) Normative Grundlagen .....	267
b) Meinungsstand .....	267
c) Stellungnahme .....	268
aa) Unionsrechtliche oder nationale Begriffsprägung .....	268
bb) Organmitglieder als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie? .....	270
5. Ergebnis .....	271
V. Die Gesundheitsschutzrichtlinie .....	272
1. Inhalt der Richtlinie und Relevanz für Organmitglieder .....	272
2. Arbeitnehmerbegriff und Anwendbarkeit auf Organmitglieder .....	273
3. Ergebnis .....	274
VI. Die Nachweisrichtlinie .....	274
1. Inhalt der Richtlinie und Relevanz für Organmitglieder .....	274
2. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	275
a) Normative Grundlagen .....	275
b) Rechtsprechung des EuGH und Literatur .....	275
c) Stellungnahme .....	276
aa) Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff oder Verweis auf nationales Recht? .....	276
bb) Jedenfalls: Keine Anwendung auf Organmitglieder .....	278
d) Ergebnis .....	279
VII. Die Massenentlassungsrichtlinie .....	279
1. Inhalt der Richtlinie und Relevanz für Organmitglieder .....	279
2. Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	280
a) Normative Grundlagen .....	280
b) Rechtsprechung und Literatur .....	281
c) Stellungnahme .....	282
aa) Unionsrechtlicher oder mitgliedstaatlicher Arbeitnehmerbegriff? .....	282
(1) Wortlaut .....	282
(2) Systematik .....	282
(3) Sinn und Zweck .....	283
bb) Keine Einbeziehung von Organmitgliedern .....	284
d) Ergebnis .....	285
VIII. Richtlinien mit Verweis auf den einzelstaatlichen Arbeitnehmerbegriff .....	286

1. Die Richtlinien zum Teilzeit- und Befristungsrecht .....	286
a) Inhalt der Richtlinien und Umsetzung	
im deutschen Recht .....	286
b) Arbeitnehmerbegriff der Richtlinien .....	288
aa) Normative Grundlagen .....	288
bb) Literatur .....	288
cc) Rechtsprechung des EuGH .....	289
dd) Stellungnahme .....	290
(1) Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff .....	290
(2) Einschränkung der mitgliedstaatlichen Definitionskompetenz durch materielles Rechtfertigungserfordernis .....	291
(3) Rechtfertigung für Organmitglieder .....	293
c) Ergebnis .....	295
2. Die Elternurlaubsrichtlinie .....	295
a) Inhalt der Richtlinie und Umsetzung im deutschen Recht .....	295
b) Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	296
aa) Normative Grundlagen .....	296
bb) Rechtsprechung des EuGH .....	297
cc) Literatur .....	297
dd) Stellungnahme .....	298
(1) Würdigung der Aussagen des EuGH .....	298
(2) Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	299
c) Arbeitnehmer-Organmitglieder als „Beschäftigte“ im Sinne des nationalen Rechts? .....	301
d) Ergebnis .....	302
3. Die Betriebsübergangsrichtlinie .....	302
a) Inhalt der Richtlinie und Umsetzung im nationalen Recht .....	302
b) Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	303
aa) Normative Grundlagen .....	303
bb) Rechtsprechung des EuGH .....	303
cc) Literatur .....	304
dd) Stellungnahme .....	305
c) Ergebnis .....	307
4. Die Insolvenzrichtlinie .....	308
a) Inhalt der Richtlinie und Umsetzung im nationalen Recht .....	308

b)	Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	308
aa)	Normative Grundlagen .....	308
bb)	Rechtsprechung des EuGH und Literatur .....	309
cc)	Stellungnahme .....	310
(1)	Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff .....	310
(2)	Keine Einbeziehung von Organmitgliedern durch die Richtlinie .....	311
(3)	Anwendung der § § 165 ff. SGB III auf Organmitglieder .....	312
c)	Ergebnis .....	312
5.	Die Leiharbeitsrichtlinie .....	312
a)	Inhalt der Richtlinie .....	312
b)	Relevanz für Organmitglieder .....	313
c)	Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	314
aa)	Gesetzliche Regelung .....	314
bb)	Rechtsprechung des EuGH und Literatur .....	315
cc)	Stellungnahme .....	315
d)	Ergebnis .....	316
6.	Die Entsenderichtlinie .....	316
a)	Inhalt der Richtlinie und Umsetzung im nationalen Recht .....	316
b)	Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie .....	317
aa)	Normative Grundlagen .....	317
bb)	Literatur .....	317
cc)	Stellungnahme .....	318
c)	Ergebnis .....	319
IX.	Die Richtlinien zum kollektiven Arbeitsrecht .....	319
1.	Inhalt der Richtlinien .....	320
2.	Arbeitnehmerbegriff der Richtlinien .....	322
a)	Normative Grundlagen .....	322
b)	Rechtsprechung des EuGH und Literatur .....	323
c)	Stellungnahme .....	324
3.	Weitere Argumente gegen eine Anwendbarkeit auf Organmitglieder .....	325
4.	Ergebnis .....	326
C.	Folgen für nicht durch Richtlinien determinierte Bereiche des Arbeitsrechts? .....	326
D.	Zusammenfassung von § 5 .....	328

<b>§ 6. Auswirkungen auf den Arbeitnehmerstatus des GmbH-Geschäftsführers nach nationalem Recht?</b>	<b>331</b>
A. Meinungsstand	331
B. Stellungnahme	332
C. Ergebnis	334
 <b>§ 7. Anpassungsbedarf der nationalen Rechtsprechung</b>	 <b>337</b>
A. Rechtsprechung der Zivilgerichte	337
B. Rechtsprechung der Arbeitsgerichte	339
C. Rechtsprechung der Sozialgerichte	340
 <b>§ 8. Abschließende Zusammenfassung</b>	 <b>343</b>
 <b>Literaturverzeichnis</b>	 <b>349</b>