

Bearbeitungskonzept

I. Der rechtspolitische Ausgangspunkt

Sich um ein Gutachten über arbeits- und sozialrechtliche Herausforderungen in der Arbeitswelt 4.0 zu bewerben, soll nicht ohne Schilderung des eigenen rechtspolitischen Ausgangspunkts erfolgen. Ich fasse meine Position in drei Thesen zusammen.

1. Viele Untersuchungen zu „neuen Beschäftigungsformen“ gehen von der stillschweigenden Prämisse aus, es sei der denkbar größte Erfolg, das bestehende arbeits- und sozialrechtliche Schutzniveau zu erhalten. Diese Auffassung soll hier nicht zugrunde gelegt werden. Die Digitalisierung bietet Chancen für eine bessere Gestaltung von Arbeitsprozessen; so kann z. B. eine höhere Zeitsouveränität die Vereinbarkeit von Beruf und Familie deutlich verbessern. Auch den Arbeitenden sollen die verbesserten technischen Möglichkeiten zugute kommen. Produktivitätsgewinne können überdies dazu führen, auf prekäre Beschäftigungsformen in Zukunft nur noch in Ausnahmefällen zurückzugreifen.

2. Eine weitere stillschweigende Prämisse rechtspolitischer Konzepte besteht darin, ein „besseres Recht“ führe automatisch zu besseren sozialen Verhältnissen. Auch dies ist zu kurz gedacht. Gerade in asymmetrischen Beziehungen wie der zwischen Plattform und arbeitender Person müssen zusätzliche Mechanismen geschaffen werden, um Recht und Wirklichkeit zur Deckung zu bringen. Wichtig könnten dabei etwa Sammelklagen oder Verbandsklagen sein. So ist kein Grund ersichtlich, weshalb es diese Form von Klagen zwar im Verbraucher- und AGB-Recht, im Recht des unlauteren Wettbewerbs, im Naturschutzrecht und im Kapitalmarktrecht gibt, nicht aber im Arbeitsrecht. Auch andere Durchsetzungsmechanismen müssen mitbedacht werden.

3. „Besseres Recht“ kommt nicht dadurch zustande, dass wohlmeinende Parlamentarier und wohlmeinende Ministerialbeamte Argumente zur Kenntnis nehmen, sie billigen und

anschließend einen entsprechenden Gesetzgebungsakt in die Wege leiten. Vielmehr muss es gerade im Bereich (wirtschaftlich) abhängiger Arbeit organisierte Interessen und weitere Umstände geben, die für eine Änderung des bestehenden Rechts sprechen. Die heutigen Arbeitnehmer und ihre Gewerkschaften sind ein wichtiger, aber keineswegs ausschlaggebender Faktor, wenn es um die Neugestaltung der Arbeitsprozesse geht. Notwendig ist, die Arbeitgeberinteressen zu berücksichtigen, die sich nicht auf die blanke Formel: „Je billiger die Arbeitskraft umso besser“ reduzieren lassen. Viele historische Erfahrungen sprechen dafür, dass beispielsweise die Begrenzung der Arbeitszeit oder die Einrichtung von Werksärzten letztlich die Arbeitsproduktivität erhöhten und damit auch zu guten Geschäftsergebnissen beitrugen. Zu berücksichtigen sind weiter Allgemeininteressen, deren Realisierung letztlich dem Standort Deutschland zugute kommen würde: Dazu gehören etwa rationale Formen der Austragung von Konflikten, berechenbare Arbeitsbeziehungen und ein innovationsfreundliches Arbeitsklima.

II. Bestandsaufnahme

Rechtspolitische Konzepte müssen notwendigerweise auf einer umfassenden Analyse des Status quo aufbauen.

Das Gutachten soll sich neuen Erwerbsformen widmen und die dort bestehenden Schutzdefizite herausarbeiten. Im Vordergrund steht dabei die Plattformökonomie, die uns in zwei Erscheinungsformen begegnet. Einmal geht es darum, mit Hilfe einer Plattform bestimmte Dienstleistungen in der realen Welt zu vermitteln, wofür der Fahrdienst Uber das international bekannteste Beispiel ist. Zum zweiten geht es um Crowdwork: Aufgrund einer „Bekanntmachung“ im Netz kann sich jedermann aus der „Crowd“, aus der unübersehbaren Zahl der Internet-Nutzer, um einen Auftrag bewerben. Davon wird vorwiegend im angelsächsischen Raum, ansatzweise aber auch in Deutschland Gebrauch gemacht. Der Auftrag wird anders als im ersten Fall im Netz selbst abgearbeitet. Daneben sind andere „Internet-Arbeitsverhältnisse“ (Däubler, 2018, § 16) denkbar.

Ob die für eine Plattform Arbeitenden dem Schutz des Arbeits- und des Sozialversicherungsrechts unterliegen, ist bislang in Deutschland durch Gerichte nicht entschieden. In der juristischen Literatur besteht Einigkeit darüber, dass es auf die jeweilige Gestaltung der Arbeitsbedingungen ankommt. So kann im Einzelfall durchaus eine

Weisungsabhängigkeit des oder der Arbeitenden bestehen, die zur Anwendung des Arbeitsrechts und zur Sozialversicherungspflicht führt. Nach überwiegender Einschätzung ist dies jedoch in der Regel nicht der Fall; angesichts der Freiheit, Ort und Zeit der Arbeit zu wählen, wird eine selbständige Tätigkeit angenommen. Dies bedeutet, dass außer den zivilrechtlichen Generalklauseln keine Schutznormen Anwendung finden; der Einzelne muss selbst für Kranken- und Rentenversicherung sorgen und hat keinen Urlaubsanspruch und keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Besteht eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem bestimmten Unternehmen oder einer Plattform, so wird der oder die Arbeitende als „arbeitnehmerähnliche Person“ behandelt mit der Folge, dass eine Reihe arbeitsrechtlicher Vorschriften wie z. B. das gesetzliche Urlaubsrecht Anwendung finden. Wesentliche Bestimmungen bleiben jedoch außer Anwendung. Dies gilt etwa für den Kündigungsschutz (auch den schwerbehinderter Personen) sowie die Betriebsverfassung, und damit für zentrale Schutzmechanismen. Auch das Sozialversicherungsrecht als elementare sozialstaatliche Institution findet keine Anwendung, sieht man einmal von der Sondervorschrift des § 2 Nr. 9 SGB VI für die Rentenversicherung, von berufsspezifischen Versorgungswerken und der Künstlersozialkasse ab.

In der Praxis ergeben sich dadurch erhebliche, aber keineswegs durchgehende Schutzdefizite. So hat eine neue Untersuchung das etwas überraschende Ergebnis erbracht, dass sich zwei große, in Berlin tätige Firmen, die wie ein „Pizza-Service“ Essen an bestimmte Besteller ausliefern, unterschiedlicher Beschäftigungsformen bedienen: Während Foodora vorwiegend Arbeitnehmer beschäftigt, stützt sich der Konkurrent Deliveroo ausschließlich auf Selbständige (Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner, Dez. 2018), ohne dass er deshalb die Oberhand gewinnen würde. Evident sind hier Spielräume.

Auch im Bereich der Crowdwork ist eine differenzierende Betrachtung geboten. Hier lassen sich drei Erscheinungsformen unterscheiden.

- Microtasks, also Kleinstaufgaben, die keinerlei besondere Qualifikation voraussetzen. Der Markt hierfür ist international, so dass das Lohngefälle voll zur Geltung kommt – sieht man einmal von solchen Tätigkeiten ab, die den Gebrauch der deutschen Sprache voraussetzen.
- Designerplattformen, wo es um „Kreativwettbewerbe“ geht. Die Besonderheit liegt darin, dass nur der Arbeitende, der die beste Lösung liefert, ein Entgelt erhält. Die Bezahlung nach Art eines Preisausschreibens mag für gelegentliche Nebentätigkeiten angemessen sein; sie

kommt dann schwerlich in Betracht, wenn sie die wirtschaftliche Existenz des Crowdworkers sichern soll.

- Schließlich gibt es anspruchsvolle Aufgaben wie Softwaretesting oder die Ausarbeitung einer Vertriebsstrategie, die nur von einer Gruppe von Experten bewältigt werden kann, die sich bei der Arbeit untereinander verständigen müssen. Eine solche „Spezialisten-Crowdwork“ bringt eine Angleichung an traditionelle Arbeitsformen und wird deshalb die wenigstens Schutzdefizite aufweisen (Einzelheiten bei Pacha, 2018 S. 52 ff.; Kocher/Hensel 2016).

Die Defizite könnten dadurch vermieden werden, dass es rechtsformunabhängige Schutznormen gibt. Diese existieren jedoch bislang nur in zwei Bereichen.

Das Arbeitsschutzrecht hat vom vorne herein einen weiten Anwendungsbereich; so bezieht das Arbeitsschutzgesetz ausdrücklich die arbeitnehmerähnlichen Personen mit ein. Außerdem greifen für selbständig Erwerbstätige zivilrechtliche Bestimmungen ein, die einen vergleichbaren Schutz bewirken. So wird etwa § 618 BGB auch auf Selbständige angewandt, die im Gebäude oder allgemeiner: im Herrschaftsbereich des Auftraggebers tätig werden (BGHZ 5, 62). Eine ähnliche Schutzwirkung entfaltet der Rückgriff auf die sog. Verkehrssicherungspflicht (s. den Fall BGH NJW 1968, 1182 – Handwerker kommt in Privatwohnung zu Schaden).

Rechtsformunabhängig ist auch die Inhaltskontrolle von Verträgen nach §§ 305 bis 310 BGB, die alle schuldrechtlichen Verträge erfasst, seit der Schuldrechtsmodernisierung von 2001 jedoch auch Arbeitsverträge einbezieht. Ausgeklammert bleibt nach § 307 Abs. 3 BGB allerdings das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, so dass nicht etwa ein „branchenspezifischer Mindestlohn“ für arbeitnehmerähnliche oder sonstige Selbständige entwickelt werden kann.

III. Anpassungsbedarf im Vertragsrecht

Ein beträchtlicher, vielleicht sogar der ganz überwiegende Teil der „Plattform-Arbeitenden“ sind keine Arbeitnehmer mehr. Das deutlich geringere Schutzniveau bei selbständiger Tätigkeit kann einen Anreiz dafür schaffen, überall dort, wo es von den Arbeitsvollzügen her

möglich ist, auf die Dienste von Selbständigen zurückzugreifen. Der arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Schutz ist so in Gefahr, weitere Einbußen zu erleiden.

1. Rechtsformunabhängige Schutznormen

Eine Gegenstrategie könnte theoretisch darin bestehen, mehr rechtsformunabhängige Schutznormen zu entwickeln. Dies stößt allerdings bei zentralen arbeitsrechtlichen Vorschriften auf schwer überwindbare Schwierigkeiten: Wer als Selbständiger für zehn oder zwanzig Auftraggeber arbeitet, kann keinen Bestandsschutz beanspruchen: Seine Kunden hätten kein Verständnis dafür, wenn sie nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen die Verbindung lösen und zu einem andern Anbieter wechseln könnten. Auch sind die zehn oder zwanzig Vertragspartner kein geeigneter „Gegenspieler“ für einen Betriebsrat.

Ein anderer Zugang könnte darin bestehen, den Einsatz von Selbständigen mit dem von Arbeitnehmern zu vergleichen und den Gleichbehandlungsgrundsatz hierauf zu erstrecken. § 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz verbietet beispielsweise jede Benachteiligung teilzeitbeschäftigter und befristet beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass aus sachlichem Grund differenziert werden darf. Eine vergleichbare Regel könnte unter Anknüpfung an bestimmte Ansätze im Bereich der freien Mitarbeiter von Medien im hier interessierenden Zusammenhang geschaffen werden. Soweit es nicht gelingt, Selbständige in die Sozialversicherung einzubeziehen, muss allerdings bei der Bestimmung der „nicht benachteiligenden“ Vergütung Selbständiger berücksichtigt werden, dass diese die gesamten Beiträge für eine freiwillige Mitgliedschaft in der Sozialversicherung oder für eine vergleichbare Privatversicherung aufbringen müssen. Allerdings setzt auch eine solche Vorgehensweise voraus, dass zumindest eine Vergleichbarkeit mit Teilzeitarbeit besteht, was bei einer Vielzahl von Kunden problematisch erscheint.

2. Veränderung des Arbeitnehmerbegriffs und Angleichung der arbeitnehmerähnlichen Personen

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Arbeitnehmerbegriff auszuweiten und auch die wirtschaftliche Abhängigkeit einzubeziehen. Dies ist im Grundsatz die Position von Wank (1988), die auch die Unterstützung einiger Landesarbeitsgerichte gefunden hat. Das BAG

steht ihr seit vielen Jahren ablehnend gegenüber und bietet auch keine Anhaltspunkte für eine Revision seiner Rechtsprechung. Diese ist im Gegenteil durch den am 1.4.2017 in Kraft getretenen § 611a BGB in ihren wesentlichen Elementen kodifiziert worden, so dass eine Änderung nur durch Bundesgesetz möglich wäre.

Ein funktionales Äquivalent für die These von Wank würde dadurch erreicht, dass man arbeitsrechtlichen Vorschriften immer dann auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt, wenn diese einen vergleichbaren Schutzbedarf besitzen, was z. B. bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder beim Mindestlohn der Fall ist. In einer länger zurückliegenden Entscheidung zur Frage des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (BAG NZA 1997, 1284) hat auch das BAG diesen Ansatz praktiziert, doch ist es später nicht mehr auf diese Vorgehensweise zurückgekommen. Hier könnte man im Zusammenhang mit den neuen Erwerbsformen ansetzen und den Versuch unternehmen, die „Arbeitnehmerähnlichkeit“ nach dem Vorbild der genannten Entscheidung ernst zu nehmen und mit Leben zu erfüllen. Allerdings ist dieses Modell auf das Arbeitsrecht begrenzt; anders als bei dem Vorschlag von Wank müsste eine besondere (gesetzliche) Normierung für eine Einbeziehung in die Sozialversicherung sorgen.

Beide Ansätze weisen insoweit eine Lücke auf, als sie diejenigen kleinen Selbständigen nicht erfassen, die für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig sind, da bei ihnen die „wirtschaftliche Abhängigkeit“ von einer bestimmten Person fehlt. Insoweit müssen andere Vorgehensweisen in Erwägung gezogen werden (die im Übrigen auch dann eingreifen können, wenn man die Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs oder die Neukonzipierung der arbeitnehmerähnlichen Person ablehnen würde).

3. Selbständige, die keine arbeitnehmerähnlichen Personen sind

Was die Vergütungshöhe angeht, so könnte man die Vertragskontrolle auf sie erstrecken, was eine Änderung des § 307 Abs. 3 BGB zur Voraussetzung hätte. Vorbilder dafür gibt es nicht nur in Skandinavien, sondern auch im geltenden deutschen Recht: Auszubildende haben nach § 17 Abs. 1 BBiG Anspruch auf eine „angemessene“ Vergütung, ebenso (selbständig tätige) Urheber nach § 32 UrhG. Im Mietrecht liegt nach § 5 WiStrG eine unzulässige Mietpreisüberhöhung vor, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % überschritten wird. Warum sollte es ausgeschlossen sein, entsprechende Regelungen auch im

hier interessierenden Bereich zu etablieren? Im Bereich der microtasks müsste man allerdings damit rechnen, dass diese in Zukunft ins Ausland vergeben werden, wo sich unschwer „Billiganbieter“ rekrutieren lassen. Auf der anderen Seite ist die gerichtliche Kontrolle davon abhängig, dass sich ein Kläger findet, was gerade im Niedriglohnsektor erfahrungsgemäß nicht ganz unkompliziert ist. Das Mindestlohngesetz könnte auf die arbeitnehmerähnlichen Personen ausgedehnt werden, doch bedürfte es besonderer Überlegungen, wollte man für jede Tätigkeit eine „Minimalvergütung“ vorsehen.

Was den Bestandsschutz betrifft, so lassen sich die arbeitnehmerähnlichen Personen in den Kündigungsschutz einbeziehen. Das BAG hat den aus den zivilrechtlichen Generalklauseln abgeleiteten „Basiskündigungsschutz“ auf die Heimarbeiter und damit auf eine Spezialgruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen erstreckt (BAG NZA 1998, 1001, 1003). Weshalb dies nicht auch für das KSchG möglich sein sollte, ist nicht erkennbar. Darüber hinaus zu gehen, ist problematisch: In einer Marktwirtschaft kann es schwerlich ein Recht auf Erhalt des vorhandenen Kundenkreises geben. Hier hilft letztlich nur eine für alle Bürger geltende angemessene Grundsicherung, die eine Art Rückfallposition darstellt, wenn das Einkommen von Selbständigen keine angemessene Existenz mehr sichern kann.

Im Ergebnis ergibt sich so eine Abstufung: Neben den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, bei denen die volle Anwendung des Arbeitsrechts vorausgesetzt ist, gibt es weisungsabhängige Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis nicht von einem Tarifvertrag erfasst ist und in deren „Einheit“ es auch keine betriebliche Interessenvertretung gibt. Neben den „vollen“ Arbeitnehmern gibt es die arbeitnehmerähnlichen Personen, auf die arbeitsrechtliche Normen nur insoweit Anwendung finden, als dies mit Rücksicht auf ihre Schutzbedürftigkeit geboten ist. Schließlich gibt es echte Selbständige, für die es neben den Regeln über den Gesundheitsschutz und die Vertragskontrolle nur denkbare Korrekturen im Bereich des Entgelts gibt.

IV. Anpassungsbedarf im kollektiven Arbeitsrecht

1. Betriebsbegriff

Wird der Arbeitnehmerbegriff ausgedehnt oder werden die arbeitnehmerähnlichen Personen in die Betriebsverfassung einbezogen, so erweitert sich automatisch der Personenkreis, der zu

einem „Betrieb“ im traditionellen Sinn gehört. So wäre es beispielsweise geboten, dass alle regelmäßig für eine bestimmte Plattform arbeitenden Personen einen Betriebsrat wählen – wobei es nahe liegen könnte, wegen räumlicher Entfernung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG mehrere Betriebsräte zu wählen oder einen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG abzuschließen, der die betriebsratsfähigen Einheiten bestimmen würde. Soweit die Plattform die Arbeitsbedingungen bestimmt, ist sie (und nicht der ihr einen Auftrag erteilende Unternehmer) als Arbeitgeber anzusehen, doch bedarf dies näherer Untersuchung. Für die „echten Selbständigen“ wäre eine betriebsverfassungsrechtliche Interessenvertretung schwer denkbar; sie sind auf die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und auf die Gründung von Berufsorganisationen verwiesen.

Außerhalb der Plattformökonomie kann sich die Problem eines „Projektarbeitgebers“ stellen, der nur für die Laufzeit des Projekts, also für einen ganz vorübergehenden Zeitraum existiert. Der „vorübergehende Betrieb“ ist ein zwar seltenes, aber durchaus auch in der Rechtsprechung bekanntes Phänomen (LAG Hamm v.1.2.1977, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 2; LAG München v. 18.5.1988, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 9), so dass auf die bisherige Praxis zurückgegriffen werden kann.

Als problematisch wird der Betriebsbegriff derzeit in Fällen angesehen, in denen der Vertragsarbeitgeber und die zu fachlichen Weisungen berechnigte Einheit auseinander fallen und oft auch in verschiedenen Ländern angesiedelt sind. Dies wird insbesondere in Konzernen zum Problem, die nach dem Matrix-System aufgebaut sind. Wie in solchen Fällen der Betriebsbegriff abzugrenzen ist, ist Gegenstand einer reichhaltigen Diskussion, die jedoch keinen unmittelbaren Bezug zur Plattformökonomie hat.

2. Mitbestimmung

Soweit in dem hier untersuchten Bereich ein Betriebsrat gewählt werden kann, stehen ihm alle im Gesetz vorgesehenen Mitbestimmungsrechte zu. Die größte Bedeutung kommt dabei dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu.

In der aktuellen Praxis außerhalb der Plattformökonomie wird sehr häufig von einem Übermaß an Arbeit berichtet. Dies hängt insbesondere mit knapper Personalkalkulation, aber auch damit zusammen, dass Beschäftigte jederzeit erreichbar sind und außerdem von

beliebigem Ort aus und zu beliebiger Zeit arbeiten können. Die „Erreichbarkeit“ stellt zwar meist eine Rufbereitschaft dar, die der Mitbestimmung unterliegt, doch wird davon bislang nur wenig Gebrauch gemacht. Das eigentliche Problem liegt auch nicht in der zeitlichen Lage der Arbeit, sondern in ihrer Menge: Insoweit müsste man sich überlegen, ob mit Hilfe der Mitbestimmung des Betriebsrats eine effektive Grenze gezogen werden kann. Wünschenswert wäre ein Mitbestimmungsrecht über die Zuweisung von Aufgaben (= Arbeitspensum); zum Ausgleich könnte dann das Arbeitszeitrecht weiter flexibilisiert werden. Soweit sich ein solches Mitbestimmungsrecht nicht realisieren lässt, könnte man Überforderungen mit Hilfe von Beschwerden nach §§ 84, 85 BetrVG und mit Hilfe des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG begegnen. Damit würde ein wesentlicher Beitrag zur Humanisierung der „Arbeit 4.0“ geleistet, die auch im Arbeitgeberinteresse liegt.

Auch diese Problematik steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Plattformökonomie; ob sie gleichwohl im Rahmen des Gutachtens abgehandelt wird, bedarf näherer Absprache.

Einschlägige Literatur:

Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015

Bonin/Rinne, Omnibusbefragung zur Verbesserung der Datenlage neuer Beschäftigungsformen, Kurzexpertise im Auftrag des BMAS, November 2017

Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht. Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2018

Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner, Foodora und Deliveroo: The App as a Boss? Control and Autonomy in App-Based Management. The case of Food Delivery Riders, Working Paper für die Hans Böckler Stiftung, Dezember 2018

Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 094 ff.

Leimeister, Neue Arbeitsorganisation mittels Crowdworking-Plattformen, 2016

Pacha, Crowdwork. Arbeitsrechtlicher Schutz einer neuen Beschäftigungsform, München 2018 (ZAAR Schriftenreihe Band 46)

Prassl, Humans as a Service, Oxford 2018

Schneider-Dörr, Disruptiert doch bitte den Kapitalismus, SPW Heft 6/2017, S. 58 ff.

Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988