

Herausforderungen für das Arbeitsrecht - Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Deregulierung - ein Rückblick auf 30 Jahre

1. Abbau von Schutznormen

a) Erleichterung der Befristung

Sichtbarer historischer Ausgangspunkt für die Deregulierung im dt. Arbeitsrecht war das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) v. 26.4.85.¹ Es erlaubte u.a. sachgrundlose Befristungen für einen Zeitraum von bis zu 18 Mon. Voraussetzung war, dass eine „Neueinstellung“ vorlag, also kein enger sachlicher Zusammenhang mit einem früheren Arbeitsverhältnis zum selben AG bestand. Gleichgestellt war der Fall, dass nach Abschluss der Berufsausbildung kein unbefristeter Arbeitsplatz zur Verfügung stand. Das Gesetz stieß auf Kritik. *Wilhelm Herschel* sah in ihm eine „Gefährdung der Rechtskultur“. Bei einer nicht öff. Anhörung des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 28.3.85 erklärten 3 der 5 eingeladenen Wissenschaftler den Entwurf für verfassungswidrig,² nur 2 bescheinigten ihm Unbedenklichkeit.³ Auch in der jur. Lit. wurden deutliche Bedenken laut.⁴ Der Gesetzgeber ließ sich in keiner Weise beeindrucken.⁵ „Durchziehen statt Argumentieren“ ist ein Verhaltensmuster, dem man auch in der Gegenwart (etwa beim Tarifeinheitsgesetz) begegnen kann. Das BeschFG war zunächst auf 4 Jahre befristet, weil man überprüfen wollte, ob es tatsächlich zu mehr Neueinstellungen führen würde. Allzu ernst nahm man diese Evaluationspflicht allerdings nicht. Eine vom BMA in Auftrag gegebene Untersuchung des Berliner Wissenschaftszentrums ergab, dass das BeschFG keinen nennenswerten Nettozuwachs an Arbeitsplätzen erbracht hatte;⁶ gleichwohl wurde es durch Gesetz v. 22.12.89⁷ bis Ende 1995 verlängert.

Das „arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz“ v. 25.9.96⁸ erhöhte den Befristungszeitraum auf 2 Jahre und ließ gleichzeitig eine Stückelung in 4 Teile zu, die sich unmittelbar aneinander anschließen mussten. Zugleich wurde die sog. Altersbefristung eingeführt; ab dem Alter 60 sollten beliebige Befristungen möglich sein. Auch erstreckte der Gesetzgeber die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG auf Entfristungsklagen. Zugleich wurde der Kündigungsschutz „gelockert“: Der Kreis der vom KSchG ausgenommenen Kleinbetriebe wurde von „mehr als 5“ auf „mehr als 10“ regelmäßig Beschäftigte erweitert. Bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sollten nur noch Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten zu

¹ BGBl I S. 710.

² *Mückenberger*, NZA 1985, 518; *Schanze*, RdA 1986, 30, und *Manfred Wolf* (soweit ersichtlich n.v.).

³ *Friauf*, NZA 1985, 513, und *Löwisch* NZA 1985, 478.

⁴ Vgl. insbes. *Kempfen*, AuR 1985, 374, *Peiseler*, NZA 1985, 242; *Hanau*, Hier hat der Chef selbst gekocht, NZA 1984, 345.

⁵ Zur Argumentation zusammenfassend *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, S. 863 f. (15.1.4.4).

⁶ Wiedergegeben bei *Büchtemann*, Die Mitbestimmung 1989, 548; vgl. auch *Buschmann/Schwegler*, Fördert das BeschFG die Beschäftigung?, BB 1986, 1355.

⁷ BGBl I S. 2406.

⁸ BGBl I S. 1476; dazu *Buschmann*, Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, 285 ff.; *ders.*, Bilanz eines gescheiterten Gesetzes - Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rh.-Pf., 1999, S. 543 ff.

berücksichtigen sein. Schließlich konnten AG und BR bei Betriebsänderungen eine sog. Namensliste der zu kündigenden Personen vereinbaren. Wer sich dort wiederfand, hatte im Kündigungsschutzverfahren kaum mehr Chancen, da dringende betriebliche Erfordernisse vermutet wurden und die soziale Auswahl nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft werden konnte.

Die rot-grüne Regierung beseitigte durch das sog. Korrekturgesetz v. Dezember 1998⁹ die kündigungsschutzrechtlichen „Neuerungen“, ließ aber die Befristungsregeln bestehen. Diese wurden erst durch das TzBfG v. 21.12.2000¹⁰ leicht geändert, wonach eine sachgrundlose Befristung dann ausgeschlossen war (und ist), wenn „zuvor“ schon ein Arbeitsverhältnis zum selben AG bestanden hatte.¹¹ Die beliebige Befristung wurde schon ab Alter 52 zugelassen, was allerdings als Altersdiskriminierung den Widerspruch des *EuGH* fand.¹²

b) Liberalisierung der Leiharbeit und Hartz-Reformen

Die Hartz-Gesetze betrafen Arbeits- und Sozialrecht. Direkt einschlägig war „Hartz I“¹³, wo Leiharbeit derart liberalisiert wurde, dass der Einsatz im einzelnen Betrieb nunmehr ohne zeitliche Obergrenzen möglich war. Leih-AN waren deshalb nicht mehr nur schnell verfügbare Aushilfen beim Ausfall von Arbeitskräften und bei einem überraschenden Ansteigen der Aufträge. Vielmehr konnten sie von nun an unbefristet beschäftigte Stamm-AN ersetzen. Das gesetzliche Bekenntnis zu „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ in § 9 Nr. 2 AÜG war nur eine scheinbare Kompensation, da durch TV von ihr abgewichen werden konnte. Dies geschah flächendeckend. Ein mit einer „christlichen“ Gewerkschaft in Nordbayern abgeschlossener TV war Vorreiter und veranlasste die DGB-Gewerkschaften, in das „Tarifgeschäft“ mit der Leiharbeit einzusteigen, um dieses nicht „den Christen“ zu überlassen. Die Folge war, dass die bisherigen Leiharbeitslöhne (die verbreiteter Schätzung nach 30 %-40 % unter denen vergleichbarer Stamm-AN lagen) im Wesentlichen festgeschrieben und zahlreiche andere Benachteiligungen, z. B. bei Kündigungsfristen, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub usw. festgelegt wurden. Ermächtigungen, wonach vom Gesetz zwar nicht durch Arbeitsvertrag, wohl aber durch TV abgewichen werden kann, wurden in weitem Umfang ausgeschöpft. Der TV verlor in diesem Sektor seine traditionelle Funktion; statt AN zu schützen, wurde er zu einem Mittel der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, ja der sozialen Ausgrenzung.

Die mittelbaren arbeitsrechtlichen Wirkungen der Hartz-Gesetzgebung waren noch ungleich stärker. Viele Beschäftigte sahen sich in der Situation, dass sie notfalls durch Leih-AN ersetzt werden konnten, was als Mittel der Disziplinierung wirkte. Die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe und ihre Ersetzung durch „Hartz IV“¹⁴ brachte das Risiko mit sich, wirtschaftlich ins Bodenlose zu fallen, wenn nach einem Jahr das

⁹ BGBl I S. 3843; dazu *Däubler*, NJW 1999, 601.

¹⁰ BGBl I S. 1966.

¹¹ Zur Kontroverse, ob länger als 3 Jahre zurückliegende Arbeitsverhältnisse noch zu berücksichtigen sind, s. *BAG* 6.4.11, 7 AZR 716/09, AuR 2011, 409; *Däubler/Wroblewski*, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. Frankfurt/M 2014, § 14 TzBfG Rn 158 mwN.

¹² *EuGH* 22.11.05, C-144/04, AuR 2006, 167, *Helm/Mangold*.

¹³ 1. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl I S. 4607.

¹⁴ 4. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl I S. 2954.

ALG I zu Ende ging und kein neuer Arbeitsplatz gefunden war. Dazu kam, dass auch der allg. Kündigungsschutz abgebaut wurde, da der Gesetzgeber insoweit zur Regelung des arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 zurückkehrte.¹⁵ Alles zusammen reduzierte die Konfliktbereitschaft der Beschäftigten, was sich u.a. in bescheidenen Ergebnissen von Tarifrunden niederschlug. Man kann insoweit von „Deregulierung durch Angst“ sprechen; formal fortbestehende Rechte wurden weniger als zuvor in Anspruch genommen.

2. Aufbau von Schutznormen

Der wiss. Diskurs war in den vergangenen 30 Jahren stark auf die beschriebenen Maßnahmen der Deregulierung konzentriert, während den gegenteiligen Tendenzen in Gesetzgebung und Rspr. eher geringere Aufmerksamkeit zuteil wurde.

a) Das AGG

Das Allg. Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist Teil des Gesetzes zur Umsetzung eur. Antidiskriminierungsrichtlinien v. 14.8.2006.¹⁶ Es erweitert und vertieft schon vorher bestehende Antidiskriminierungsnormen.¹⁷ Hervorzuheben sind folgende Punkte:

- Der Schutz, der vorher in erster Linie für Frauen und Schwerbehinderte bestand, wird auf andere Merkmalsträger erstreckt. Einbezogen sind neben Religion und Weltanschauung Rasse und ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung und - in der Praxis besonders wichtig – das (jüngere wie das höhere) Alter. Auch Einfach-Behinderte wie z. B. stark übergewichtige Personen sind nach der *EuGH*-Rspr. erfasst.¹⁸ Differenzierungen nach dem Lebensalter bedürfen einer besonderen Rechtfertigung; diese fehlte beim alten § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit, die für die Länge der Kündigungsfristen maßgebend ist, die Jahre vor dem 25. Lebensjahr nicht mitgezählt wurden.¹⁹ Auch die Steigerung der Vergütung nach „Lebensaltersstufen“ ließ sich nicht mehr rechtfertigen.²⁰

- Die benachteiligte Person muss nicht in vollem Umfang beweisen, dass sie wegen eines der „verpönten“ Merkmale diskriminiert wurde. Nach § 22 AGG genügt es, wenn sie Indizien beweist, die eine entspr. Benachteiligung vermuten lassen. In diesem Fall hat die andere Seite die Beweislast dafür, dass diskriminierungsfreie Gründe maßgebend waren. Bei anderen Benachteiligungsverboten wie dem des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ist eine entspr. Regel noch keineswegs anerkannt.

- Wer diskriminiert, muss nach § 15 Abs. 1 AGG den dadurch verursachten materiellen Schaden ersetzen, der z. B. durch eine Nicht-Beförderung entstand.²¹ Dabei wird Verschulden des Benachteiligenden vermutet. Daneben kommt eine Entschädigung wegen immateriellen Schadens in Betracht, der trotz der

¹⁵ Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl I S. 3002; vgl. *Buschmann*, Rot-Grünes Arbeitsrecht, AuR 2005, 298 ff.

¹⁶ BGBl I S. 1897.

¹⁷ Darstellung des Verhältnisses zum vorher geltenden Recht bei Däubler/Bertzbach-*Däubler*, HK-AGG, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, Einl. Rn. 31 ff.

¹⁸ *EuGH* 18.12.14, C-354/13, AuR 2015, 72.

¹⁹ *EuGH* 7.10.10, C-515/08, NZA 2010, 1409.

²⁰ *EuGH* 8.9.11, C-297/10, C-298/10, C-297/10, C-298/10, AuR 2011, 457.

²¹ Vgl. den Fall LAG *Berlin-Brandenburg* 26.11.08, 15 Sa 517/08, AuR 2009, 134 mit Anm. *Maier*.

Ausklammerung von Kündigungen durch § 2 Abs. 4 AGG im Wege richtlinienkonformer Interpretation auch bei Kündigungen zugesprochen wird.²² Hier wurden also Schutznormen aufgebaut, die vorher nicht bestanden; die heftige Kritik, die zeitweise dagegen laut wurde,²³ ist inzwischen verstummt.

b) AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht

Im Zusammenhang mit der Schuldrechtsmodernisierung wurde durch den neuen § 310 Abs. 4 S. 2 BGB die AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge erstreckt, soweit sie nicht ausnahmsweise zwischen den Parteien ausgehandelt waren. Dies war das jur. „Aus“ für zahlreiche Klauseln: Dass Vertragsergänzungen der Schriftform bedürfen, verstößt gegen § 305b BGB;²⁴ Pauschalvergütungen für „notwendige Überstunden“ verletzen das Transparenzprinzip nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁵ Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte bei übertariflichen Leistungen sind nur in engem Umfang zulässig.²⁶ Bei Vertragsstrafen bestehen verstärkte Transparenzerfordernisse; so ist es unzulässig, für jeden Fall der verschuldeten ao. Kündigung nach § 626 BGB eine Vertragsstrafe vorzuschreiben.²⁷ Vertraglich vereinbarte Ausschlussfristen müssen mind. 3 Monate betragen;²⁸ vorher hatte die Rspr. eine Frist von einem Monat akzeptiert.²⁹

Ähnlich wie im Fall des AGG lassen sich zahlreiche weitere Anwendungsfälle nennen. Der Zuwachs an rechtlicher Kontrolle ist eindeutig. In der Praxis wirkt diese allerdings nicht per se, weil der AG weiß, dass AN wegen zweier oder dreier rechtswidriger Klauseln in ihrem Vertrag keine gerichtliche Auseinandersetzung beginnen und eine Verbandsklage – anders als im Zivilrecht – durch § 15 UKlaG ausgeschlossen ist. Erst im Streit über Abmahnungen oder verhaltensbedingte Kündigungen wird die Frage nach der Wirksamkeit bestimmter Klauseln in der Realität zum Problem. Dabei ist die Ausgangsposition des AN heute besser als vor der Schuldrechtsmodernisierung.

c) Recht auf Teilzeit

§ 8 Abs. 1 TzBfG gibt jedem AN das Recht, die Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu verlangen. Der AG kann unter Hinweis auf betriebliche Gründe ablehnen, wobei er ein eigenes schlüssiges Organisationskonzept vorlegen muss, in das die gewollte Teilzeit nicht hineinpasst.³⁰ Der dt. Gesetzgeber ist damit über das hinausgegangen, was die Teilzeitrichtlinie der EG von ihm verlangte. Ein Problem liegt in der sehr eingeschränkten Möglichkeit, wieder zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückzukehren, also die Stundenzahl aufzustocken, wenn bspw. Kinder nicht mehr im bisherigen Umfang betreut werden müssen.

²² BAG 12.12.13, 8 AZR 838/12, AP Nr. 17 zu § 15 AGG mit zust. Anm. *Däubler* = AuR 2014, 39.

²³ S. etwa *Säcker*, ZRP 2002, 286 ff.; *E. Picker*, JZ 2002, 880, JZ 2003, 540.

²⁴ BAG 25.4.07, 5 AZR 504/06, AuR 2007, 323, Rn. 17.

²⁵ BAG 22.2.12, 5 AZR 765/10, AuR 2012, 141.

²⁶ *Däubler/Bonin/Deinert-Bonin*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2014, § 307 BGB Rn. 196 ff.; *Reinfelder*, AuR 2015, 300.

²⁷ BAG 22.10.09, 8 AZR 865/08, AuR 2010, 225.

²⁸ BAG 16.6.05, 6 AZR 451/04, NZA 2005, 1111.

²⁹ BAG 13.12.00, 10 AZR 168/00, AuR 2001, 196.

³⁰ BAG 18.2.03, 9 AZR 164/02, AuR 2004, 66.

d) **Anerkennung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit**

Kein Verdienst des dt. Gesetzgebers war es, dass durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt³¹ der Bereitschaftsdienst in die Arbeitszeit nach dem ArbZG einbezogen und damit die Höchstgrenzen für die Arbeitszeit in manchen Beschäftigungsbereichen gesenkt wurden. Dies ging entscheidend auf die st. *EuGH*-Rspr. seit SIMAP zurück, der die EG-Arbeitszeitrichtlinie in Übereinstimmung mit ILO-Vorgaben in diesem Sinne interpretiert.³²

e) **Preisgabe des Unerlässlichkeitskriteriums bei der gewerkschaftlichen Betätigung**

Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb sah sich lange der Hypothek ausgesetzt, dass sie von der Rspr. nur insoweit anerkannt wurde, als sie zum Kernbereich der koll. Koalitionsfreiheit zählte und sich als „unerlässlich“ erwies.³³ So vertrat etwa das *BAG* den Standpunkt, die Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb zähle nicht dazu, weil die Wahl auch in einem angemieteten Bus stattfinden könne.³⁴ Die Gewerkschaftszeitung an Mitglieder im Betrieb zu verteilen, sei ebenfalls nicht „unerlässlich“, weil man die Mitglieder auch mit Hilfe der Post erreichen könne.³⁵ Erst recht habe ein Gewerkschaftsbeauftragter kein Zugangsrecht zum Betrieb, um Werbe- und Informationsmaterial zu verteilen, da diese Aufgabe auch von den im Betrieb beschäftigten Mitgliedern übernommen werden könne.³⁶ Wenn sie dies taten, war es ihnen allerdings untersagt, Arbeitskollegen anzusprechen, deren Arbeitszeit noch nicht beendet war.³⁷

Diese Minimierung der Koalitionsfreiheit hat mit der Entscheidung des *BVerfG* v. 14.11.95³⁸ ein Ende gefunden. Das Gericht stellte klar, dass alle koalitionspezifischen Betätigungen einschl. Mitgliederwerbung in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen. Grenzen ergeben sich nur aus grundrechtlich geschützten Positionen des AG; insoweit müsse eine Abwägung erfolgen. Die Formel vom „Kernbereich“ sei missverstanden worden. Die Konsequenzen wurden erst nach Jahren deutlich. Die *BAG*-Entscheidung, wonach man Arbeitskollegen nicht während der Arbeitszeit ansprechen dürfe, wurde zwar vom *BVerfG* aufgehoben,³⁹ doch geschah sonst zunächst wenig. Erst rd. 10 Jahre später wurde ein gewerkschaftliches Zugangsrecht zu Werbezwecken vom *BAG* anerkannt.⁴⁰ In der Logik der Rspr. des *BVerfG* lag es, dass die Beschäftigten von der Gewerkschaft

³¹ Oben Fn. 15.

³² *EuGH* 3.10.00, C-303/98, SIMAP, AuR 2000, 465 mit Anm. *Ohnesorg*.

³³ Grundlegend *BVerfG* 17.2.81, 2 BvR 384/78, Volmarstein, *BVerfGE* 57, 220 ff. = AuR 1981, 320.

³⁴ *BAG* 31.1.79, 5 AZR 454/77, AuR 1979, 254.

³⁵ *BAG* 23.2.79, 1 AZR 540/77, AuR 1979, 90.

³⁶ *BAG* 19.1.82, 1 AZR 279/81, DB 1982, 1015.

³⁷ *BAG* 26.1.82, 1 AZR 610/80, AuR 1982, 293 mit krit. Anm. *Herschel*.

³⁸ *BVerfG* 14.11.95, 1 BvR 601/92, *BVerfGE* 93, 352 ff. = AuR 1996, 111 mit Besprechung *Heilmann*.

³⁹ *BVerfG*, aaO.

⁴⁰ *BAG* 28.2.06, 1 AZR 460/04, AuR 2006, 253.

auch per E-Mail kontaktiert werden dürfen, und zwar auch unter Nutzung ihrer betrieblichen Adressen; dies wurde vom BAG gleichfalls anerkannt.⁴¹

Selbst im Arbeitskampfrecht ergab sich eine (wenn auch vorsichtige) Öffnung. Der Solidaritätsstreik wurde lange Zeit als grundsätzlich rechtswidrig angesehen, es sei denn, das bestreikte UN hätte zum selben Konzern gehört oder wäre aus anderen Gründen nicht mehr als „außenstehender Dritter“ anzusehen gewesen.⁴² Nunmehr fällt die Betätigungsform „Unterstützungsstreik“ unter Art. 9 Abs. 3 GG und ist nur dann rechtswidrig, wenn der bestreikte AG in unangemessener Weise beeinträchtigt ist, wenn seinen Interessen also höheres Gewicht zukommt.⁴³ Auch der sog. Flashmob wurde – wenn durch die Gewerkschaft organisiert – als rechtmäßig eingestuft.⁴⁴

f) Reform der Betriebsverfassung

Das Gesetz zur Reform des BetrVG v. 23.7.2001⁴⁵ brachte Verbesserungen im organisatorischen Teil des BetrVG. Dazu gehörten das sog. vereinfachte Wahlverfahren, die tarifliche Festlegung der organisatorischen Einheit, in der ein BR gewählt werden kann, und die Vergrößerung der Zahl der BR-Mitglieder sowie der Freistellungen. Auch die zwingende Vertretung des Geschlechts in der Minderheit nach § 15 Abs. 2 BetrVG kann man hierzu rechnen. Auf der anderen Seite wurden entgegen ursprünglichen Versprechungen Mitbestimmungsrechte kaum erweitert. Bei personellen Maßnahmen nach § 99 BetrVG und bei Interessenausgleich und Sozialplan muss die Mindestzahl von mehr als 20 AN nicht schon im Betrieb erreicht sein; es reicht eine entspr. Größe des UN. § 97 Abs. 2 BetrVG schafft ein neues Mitbestimmungsrecht in Bezug auf Maßnahmen der Weiterbildung, sofern eine Divergenz zwischen den am Arbeitsplatz bestehenden Anforderungen und der Qualifikation der Beschäftigten besteht. Große praktische Bedeutung hat diese Vorschrift bisher nicht erlangt.

g) Reformen im Tarifvertragsrecht

In der jüngsten Vergangenheit wurde erstmals seit Jahrzehnten das TVG geändert. Durch das sog. Tarifautonomiestärkungsgesetz v. 11.8.2014⁴⁶ wurden die materiellen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung gesenkt. Es ist nicht mehr erforderlich, dass die tarifgebundenen AG mind. 50 % der in den Geltungsbereich des Tarifs fallenden AN beschäftigen, weil angesichts des gesunkenen Organisationsgrads diese Voraussetzung immer seltener erfüllbar war. Nunmehr genügt, dass der TV „überwiegende Bedeutung“ erlangt hat oder die Allgemeinverbindlicherklärung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen schützen kann. Bei Gem. Einrichtungen der Tarifvertragsparteien sind die Bedingungen noch leichter zu erfüllen. Auf der anderen Seite wird die Allgemeinverbindlicherklärung vom Verfahren her erschwert, weil ein gemeinsamer

⁴¹ BAG 20.1.09, 1 AZR 515/08, AuR 2009, 46.

⁴² BAG 5.3.85, 1 AZR 468/83, AuR 1986, 220.

⁴³ BAG 19.6.07, 1 AZR 396/06, 152, AuR 2007, 272.

⁴⁴ BAG 22.9.09, 1 AZR 972/08, AuR 2009, 356, bestätigt durch BVerfG 26.3.14, 1 BvR 3185/09, AuR 2014, 205, 208.

⁴⁵ BGBl I S. 1852.

⁴⁶ BGBl I S. 1348.

Antrag beider Tarifparteien verlangt wird. Mit Rücksicht darauf wird man die Erwartungen in eine vergrößerte Reichweite von TV nicht allzu hoch schrauben dürfen.

Das Tarifeinheitsgesetz v. 3.7.2015⁴⁷ will in drastischer Weise die Betätigungsmöglichkeiten von Spartengewerkschaften beschränken und verhindern, dass im Bereich von Industriedienstleistungen traditionelle Gewerkschaften wie IG Metall und IG BCE einem Erosionsprozess unterliegen. Tatsächlich trifft es alle Gewerkschaften. Ob das Gesetz vor der Verfassung Bestand hat, ist höchst zweifelhaft und wird derzeit in Karlsruhe geklärt.⁴⁸

h) Mindestlohn

Durch Gesetz v. 11.8.2014⁴⁹ wurde mit Wirkung v. 1.1.2015 ein Mindestlohn in Höhe von 8,50 € / Std. eingeführt. Für rd. 4,5 Mio. abhängig Beschäftigte brachte dies eine deutliche Anhebung ihrer Vergütung – praktische Umsetzung der gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt.

3. Selektiver Charakter der Normsetzung

Der Abbau und der im gleichen Zeitraum sich vollziehende Aufbau von Schutznormen betreffen im Regelfall unterschiedliche Beschäftigtengruppen. Deregulierende Normen vergrößern den Kreis der prekär Beschäftigten: Aufgrund der Gesetzgebung gibt es mehr befristet beschäftigte Personen und mehr Leih-AN. Diese sind durch ihre gesteigerte Abhängigkeit nur selten in der Lage, sich auf normale Arbeitnehmerrechte und insbes. auch auf die neu geschaffenen zu berufen. Ein Leih-AN oder ein befr. Beschäftigter, der sein Recht auf Teilzeit geltend macht, ist theoretisch vorstellbar, in der Praxis aber kaum zu finden. Auch wird er sich noch weniger als andere um fragwürdige Vertragsbedingungen kümmern oder von den (leicht) erweiterten Streikmöglichkeiten Gebrauch machen, die das BAG mittlerweile einräumt: Stattdessen sieht sich der Gesetzgeber mit Recht veranlasst, den Einsatz von Leih-AN als Streikbrecher ausdrücklich zu verbieten.⁵⁰ Der Aufbau von Schutznormen wirkt daher in erster Linie zugunsten der nicht-prekär Beschäftigten.

Die Rspr. des BAG hat diese „Schlagseite“ von Anfang an dadurch verstärkt, dass sie dem BR das Recht versagt hat, der Einstellung prekär Beschäftigter mit dem Argument die Zustimmung zu verweigern, die zugunsten dieser Gruppen geltenden Vorschriften seien nicht beachtet. Der BR ist deshalb nicht in der Lage, der Einstellung eines Befristeten mit dem Argument zu widersprechen, es liege kein sachlicher Grund vor und die Voraussetzungen einer sachgrundlosen Befristung seien ebenfalls nicht erfüllt.⁵¹ Dasselbe wiederholt sich bei Leih-AN, bei denen ein etwaiger Verstoß gegen Equal-Pay vom BR nicht gerügt werden kann.⁵² Das wäre in

⁴⁷ BGBl I S. 1130.

⁴⁸ Zum Inhalt des Gesetzes und seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung s. *Däubler/Beppler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, Baden-Baden 2015.

⁴⁹ BGBl I S. 1348.

⁵⁰ Heftige Kritik daran bei *Ugger/Löw*, BB 2015, 3125, die nicht beachten, dass der ILO-Sachverständigenausschuss und der ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit den Streikbrechereinsatz wegen Verstoßes gegen Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87 generell für rechtswidrig erklären. Nachw. bei *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 10 Rn. 93 ff.

⁵¹ BAG 16.7.85, 1 ABR 35/83, AuR 1986, 185.

⁵² BAG 25.1.05, 1 ABR 61/03, AuR 2005, 386.

der Vergangenheit deshalb von großer Bedeutung gewesen, weil BR auf diesem Wege die Unwirksamkeit der CGZP-TV hätten geltend machen können. Mit Rücksicht auf das fehlende Beteiligungsrecht kann der BR vom AG auch keine Auskunft über die Höhe des Entgelts der Leih-AN verlangen.⁵³ Wenigstens hat er nach derzeitiger Rechtslage ein Zustimmungsverweigerungsrecht, wenn der Leih-AN auf unbestimmte Zeit eingestellt werden soll, obwohl § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG seit 2011 nur noch eine vorübergehende Beschäftigung gestattet.⁵⁴ Findet gleichwohl dauerhafte Beschäftigung statt, so ist zwar die Grenze der Überlassungserlaubnis überschritten, doch führt dies nicht dazu, dass wie bei fehlender Erlaubnis ein Arbeitsverhältnis zwischen Leih-AN und Entleiher entspr. § 10 Abs. 1 AÜG angenommen würde.⁵⁵ Schutzvorschriften zugunsten von prekär Beschäftigten haben es schwer; irgendwie werden sie wie ein Fremdkörper behandelt. Dies gilt bislang auch für das MiLoG, das die am schlechtesten Gestellten schützen will.

Auf diese Weise vertieft sich die Spaltung im Arbeitsrecht. Wer einen sehr fairen AG hat, wer als (nicht zu alter) Spezialist eine besonders gute Position auf dem Arbeitsmarkt besitzt oder wer aufgrund seiner Erfahrungen im (Klein-)Betrieb unentbehrlich ist, kann sich darüber freuen, dass er heute mehr Rechte als vor 30 Jahren hat. Wer nicht zu diesen „Privilegierten“ gehört, befindet sich entweder als prekär Beschäftigter in einer rechtlich oder faktisch geminderten Position oder er trägt das Risiko, in eine solche Lage zu kommen oder arbeitslos zu werden. Rechte geltend zu machen, wird er deshalb eher als tunlichst zu vermeidendes Risiko ansehen. Das in dieser Weise innerlich ausdifferenzierte Arbeitsrecht ist nun mit den Herausforderungen der Globalisierung und der Digitalisierung des Arbeitsprozesses konfrontiert.

II. Auswirkungen der Globalisierung

1. Globalisierung – ein neues Phänomen?

Das Agieren auf dem Weltmarkt ist für UN aus einer Exportnation wie Deutschland im Prinzip nichts Neues. Schon in den 1970er Jahren wurden große Teile der Textilindustrie in sog. Billiglohnländer verlagert, ohne dass sich dagegen eine breite Widerstandsbewegung entwickelt hätte.⁵⁶ Nach 1990 änderte sich die Situation in 2 wesentlichen Punkten: Billiglohnländer lagen gewissermaßen vor der Haustüre, so dass die Transaktionskosten bei einer dort aufgebauten Produktion sehr viel niedriger waren als zuvor. Wichtiger war der 2. Punkt: Die Weltordnung war (und ist) nicht mehr sicherheitspolitisch, sondern wirtschaftlich determiniert. Es gab keinen Grund mehr, durch soziale „Wohltaten“, durch Entgegenkommen gegenüber den Interessen der abhängig Beschäftigten deren Loyalität zu sichern. Früher hätten sie bei schlechter Behandlung nach dem Konkurrenzsystem geschickt und dieses womöglich als Alternative betrachtet; dies gehörte nunmehr der Vergangenheit an. Der Markt hatte freie Bahn.

⁵³ BAG 1.6.11, 7 ABR 117/09, NZA 2011, 1435.

⁵⁴ BAG 10.7.13, 7 ABR 91/11, AuR 2013, 374.

⁵⁵ BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13, AuR 2014, 38.

⁵⁶ Dazu eingehend *Fröbel/Heinrichs/Kreye*, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977.

Das dt. Arbeitsrecht war auf diese Entwicklung wenig vorbereitet. Offene Märkte produzierten Kostendruck. Anders als noch in den 1970er Jahren konnte man Lohnerhöhungen nicht mehr auf die Preise abwälzen, sondern musste effektiv billiger produzieren. Je nach Branche und Voraussetzungen im Einzel-UN griff man zu unterschiedlichen Mitteln: Rationellere Produktionsmethoden, Senkung der Lohnkosten durch Intensivierung der Arbeit und Verlagerung lohnintensiver Bereiche nach Osteuropa oder nach Fernost. Nicht selten erwies es sich als sinnvoll, für den ausl. Markt vor Ort zu produzieren und so auf einen Ausbau inl. Kapazitäten zu verzichten.

2. Intensivierung der Arbeit

Die Auswirkungen auf die Beschäftigten in Deutschland wurden erst allmählich im Arbeitsrecht sichtbar. Intensivierung der Arbeit ist ihrer schwierigen Messbarkeit wegen nur selten als Problem gesehen worden. Das geltende Recht enthält in Form von Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft Tätigkeitsformen, die weniger Beanspruchungen als Normalarbeit mit sich bringen. Nach „oben“ fehlt demgegenüber jede Differenzierung. In Sonderfällen macht die Tarifpolitik vom Mittel quantitativer Besetzungsregeln Gebrauch, die eine Mindestzahl von Beschäftigten zur Bewältigung bestimmter Aufgaben verlangen. Ansonsten betrachtet man es als ausreichend, dass jeder nach seinen Kräften arbeiten muss und eine Grenze erst bei Gesundheitsgefährdung erreicht ist.⁵⁷ Dass gute Arbeitsbedingungen, zu denen auch zeitliche Spielräume gehören, Innovationen fördern können, die viel wichtiger sind als eine umfassende Sparpolitik, wird selten als Ausweg in Erwägung gezogen.⁵⁸ Letztlich bleibt es der Unternehmensführung überlassen, ob sie von solchen Möglichkeiten Gebrauch machen will oder nicht.

3. Senkung der Lohnkosten

Die Senkung der Lohnkosten lässt sich heute nicht mehr nach Art der *Brüning'schen* Notverordnungen als frontaler Angriff gegen bestehende TV praktizieren. Der Umweg über prekäre Beschäftigung, also über Billiglöhner im eigenen Land, ist sehr viel eleganter, weil er die Mehrzahl der Beschäftigten im Glauben lässt, von Sozialabbau nicht wirklich betroffen zu sein. Es ist daher nur wenig Widerstand zu befürchten. Dagegen mit einem weit verstandenen Gleichbehandlungsgrundsatz zu Felde zu ziehen, ist nie versucht worden. Zwar dürfen in Teilzeit oder befr. Beschäftigte nach § 4 TzBfG nicht gegenüber Vollzeit- bzw. unbefr. Beschäftigten benachteiligt werden, und zugunsten der Leih-AN gelten „Equal Pay“ und „Equal Treatment“. Der spezifische Status atypischer Beschäftigter, der sich z. B. im Fehlen des Kündigungsschutzes beim Auslaufen der Befristung oder in der tariflichen Schlechterstellung von Leih-AN zeigt, wird dadurch nicht erfasst. Er gehört vielmehr zu den selbstverständlichen Voraussetzungen dieser Beschäftigungsformen. Bei Soloselbständigen besteht nicht einmal ein beschränktes Benachteiligungsverbot.

⁵⁷ ErfK-Preis, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB Rn. 643: Vom AN kann die Leistung erwartet werden, „die er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit“ erbringen kann.

⁵⁸ Dazu *Däubler*, BB 2004, 2521 ff.

4. Verlagerung von Betrieben und Betriebsteilen ins Ausland

Die Kollision mit bestehendem Arbeitsrecht wird sehr viel sichtbarer bei der Verlagerung von Betrieben oder Betriebsteilen ins Ausland. Auch hier fehlte lange Zeit ein Ausweg. Dabei ging es nicht allein darum, eine effektiv geplante Verlagerung mit rechtlichen Mitteln zu verhindern. Vielmehr kann die Arbeitgeberseite eine solche Möglichkeit in Verhandlungen mit Belegschaften als „unerfreuliche Alternative“ nennen, um auf diese Weise gewünschte Konzessionen zu erreichen. Ob die „Katastrophe“ wirklich droht oder nur als Schreckgespenst an die Wand gemalt wird, lässt sich aus Arbeitnehmerperspektive häufig nicht sicher beurteilen. Wer sich für internat. Arbeitsrecht interessiert und auch vor gründlichen Recherchen im Internet nicht zurückschreckt, stößt auf die „Leitsätze der OECD für multinationale Unternehmen“ idFv. 2011,⁵⁹ wo sich in Abschnitt V („Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“) unter Ziff. 7 ein Verbot findet, bei der Gründung von Gewerkschaften oder bei Verhandlungen mit Arbeitnehmervertretungen über Beschäftigungsbedingungen mit der „vollständigen oder teilweisen Verlagerung einer Betriebseinheit“ in ein anderes Land zu drohen. Eine solche „unfaire“ Verknüpfung auszuschließen, erscheint als sinnvoller Anfang, doch fehlen wirksame Sanktionen: Die Arbeitnehmervertretung könnte sich lediglich bei der jeweiligen Nationalen Koordinierungsstelle beschweren, wenn eben doch gedroht wurde. Diese würde sich dann um eine Schlichtung des Konflikts bemühen,⁶⁰ ohne dass ihren Vorschlägen Verbindlichkeit zukäme. Der Arbeitnehmerseite bleibt so nur die Möglichkeit, den Vorgang über die Medien bekannt zu machen und auf diese Weise vielleicht die Öffentlichkeit zu mobilisieren. Letzteres ist insbes. von Bedeutung bei „konsumnahen“ UN, dessen geschäftlicher Erfolg von einem guten Image bei den Verbrauchern abhängt.

Eine gewisse Entlastung brachte die BAG-Rspr. zum Tarifsozialplan. Sie verzichtete bewusst darauf, die Höhe der erhobenen Forderungen nach Abfindung, Verlängerung der Kündigungsfristen usw. einem Verhältnismäßigkeitstest zu unterwerfen, weil es Sache der sozialen Gegenspieler sei, zu einem Kompromiss zu gelangen. Zulässig seien auch Forderungen, deren Realisierung die geplante Verlagerung „faktisch verhindern oder wirtschaftlich unsinnig machen“ würde.⁶¹ Damit lässt sich diese mittelbar doch zum Gegenstand von Tarifverhandlungen machen, auch wenn ein solcher Umweg nicht für jede Belegschaft gangbar erscheint. Ob ausdrücklicher Verzicht auf Verlagerung zu einer Tarifforderung werden könnte, blieb dahingestellt.⁶² Dies führt angesichts des ausgeprägten Risikobewusstseins dt. Gewerkschaften dazu, dass solche Forderungen kaum erhoben werden. Im Regelfall lassen sich Verlagerungen aus Sicht der UN immer durchsetzen – nur die Kosten können je nach Grad des Widerstands der Belegschaft variieren.

5. Aufkauf deutscher Unternehmen durch ausländische Investoren

⁵⁹ <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf>

⁶⁰ Nat. Kontaktstelle in Deutschland, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Auslandsinvestitionen VC3 - Scharnhorststraße 34-37 10115 Berlin Tel. 030/18 615-7521; Fax 030/18 615-5378 Buero-vc3@bmwi.bund.de oder oeecd-nks@bmwi.bund.de.

⁶¹ BAG 24.4.07, 1 AZR 252/06, AuR 2007, 180, Tz. 112.

⁶² BA., aaO., Tz. 111.

Die Öffnung der Märkte führt nicht nur dazu, dass sich dt. UN über die Staatsgrenzen hinweg ausdehnen. Ausl. UN kommen nach Deutschland, errichten hier Zweigstellen und Tochtergesellschaften oder kaufen dt. UN auf. Soweit nicht „Heuschrecken“ im Spiel sind, die das aufgekaufte Objekt zerschlagen und die „Filetstücke“ teuer verkaufen wollen, handelt es sich um einen „normalen“ Vorgang in einer offenen Wirtschaft. Nur: Das dt. Arbeitsrecht funktioniert schlechter, wenn Entscheidungen in Übersee durch Personen getroffen werden, die der BR oder die zust. Gewerkschaft nie zu Gesicht bekommen. Zwar bleibt die Mitbestimmung des BR als solche erhalten mit der Folge, dass dieser notfalls die Einigungsstelle (ESt.) anrufen oder vor Gericht gehen kann. Was sehr viel schwieriger, wenn nicht unmöglich ist, sind aber Verhandlungen im Vorfeld. Bei gelebter Sozialpartnerschaft kann man durch Argumente auf die Arbeitgeberseite einwirken, die sich meist nicht dauernd in der ESt. oder vor Gericht wiederfinden möchte. Bei dt. UN kommt es in diesem Stadium des Verfahrens häufig zu Kompromissen, während die ausl. Konzernspitze dafür nicht zur Verfügung steht. In einem solchen Fall bleibt nur der formale Weg, was wiederum schwer berechenbare Reaktionen in Texas oder in Delhi zur Folge haben kann.⁶³ In BR-Seminaren vernimmt man die Klage, ausl. Manager hätten „null Verständnis“ für dt. Mitbestimmung. Auch dies ist ein (kleines) Stück „Rechtsabbau“.

6. TTIP und CETA

Die geplante „Transatlantic Trade and Investment Partnership“ (TTIP) mit den USA sowie das „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ (CETA) mit Kanada bringen eine neue Dimension. „Freier Handel“ wird verstärkt, weil verbliebene Zölle und andere Beschränkungen im Verhältnis zwischen EU und USA bzw. Kanada beseitigt werden. Außerdem werden die Rechte der Investoren in besonderer Weise geschützt.⁶⁴

„Freihandel“ als solcher verfügt in unserer Öffentlichkeit über einen umfassenden Vertrauensvorschuss. Soweit ersichtlich, kritisiert niemand, dass noch mehr Wettbewerb entstehen soll, obwohl dies mehr Kostendruck bedeutet mit der Folge von Intensivierung der Arbeit, Lohnkostensenkungen und verstärkter Ausnutzung des Lohngefälles. Natürlich ist Wettbewerb ein „Entdeckungsverfahren“, das zu sozialem und technischem Fortschritt führt, aber im Übermaß angewandt erreicht er das Gegenteil: Ein UN, das nur noch Kosten sparen muss, wird keine Innovationen entwickeln. Wo bleibt das Stoppschild, das die Gewerkschaften ihrem Anspruch nach in diesem Fall hoch halten müssten?

Im 2. Punkt ist die Öffentlichkeit sehr viel kritischer, und das zu Recht. Der einheitliche Markt kann dazu führen, dass Qualitätsstandards für Waren nach unten angepasst werden, was für den Verbraucher zu zusätzlichen Gefahren führt. Umweltstandards kann dasselbe widerfahren, ebenso selbstredend Sozialstandards. Nur: Einen Automatismus gibt es hier nicht. Die Öffnung der Grenzen innerhalb Europas hat auch dort, wo es keine unionsrechtliche Gesetzgebung gab, diesen Effekt nur ausnahmsweise zur Folge gehabt. Umwelt- und Sozialschutz mögen

⁶³ Zu andersartigen Erfahrungen mit chinesischen Investoren, die an der Qualifikation dt. AN interessiert sind und deshalb nach einem Aufkauf eher Personal aufbauen, s. *Däubler/Müller*, AiB 2015, 33.

⁶⁴ Näher *Zimmer*, Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards, SR 2016, 62 ff.

Kostenfaktoren sein, die mit einem bestimmten Standort verbunden sind, aber neben ihnen stehen andere Umstände wie die verkehrsmäßige Erschließung eines Gebiets, das Vorhandensein eines qualifizierten Arbeitskräftepotentials, Verlässlichkeit und Unbestechlichkeit der Verwaltung usw., die für unternehmerische Standortentscheidungen u. U. sehr viel wichtiger sind.

Gravierender ist deshalb der 3. Punkt: Investorenschutz. Enttäuscht der Staat „legitime Erwartungen von Investoren“, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Wie diese Erwartungen zustande kommen, ist offen. Ein Verhandlungspapier der EU-Kommission lässt Zusagen des Nationalstaats im Zusammenhang mit der Investition genügen, bei CETA liest es sich anders: Hier kann der Investor darauf vertrauen, immer „fair and equitable“, also fair und angemessen behandelt zu werden. Wird im einen wie im anderen Fall die Erwartung enttäuscht, so wird der fragliche Staat zur Kasse gebeten. Dies kann – wie etwa die Ansprüche von Vattenfall gegen die Bundesrepublik⁶⁵ belegen – Milliardenbeträge ausmachen. Enttäuschte Erwartungen sind unschwer bei arbeitsrechtlichen Vorschriften denkbar. Muss ein Investor damit rechnen, dass der Mindestlohn um 50 % erhöht oder der Arbeitsschutz ernst genommen wird, indem man die Zahl der Aufsichtsbeamten verdoppelt? Muss er ins Kalkül ziehen, dass die Mitbestimmung des BR oder die Unternehmensmitbestimmung fühlbar erweitert werden?

Ob enttäuschte Erwartungen vorliegen und wie hoch der Schaden ist, soll nicht von nat. Gerichten entschieden werden. Vielmehr sieht CETA in Fortführung bestehender Investitionsschutzabkommen eine Entscheidung durch Schiedsgerichte vor, die im Wesentlichen kraft ihrer „Sachkunde“ von US-Anwälten beherrscht werden. Das TTIP-Papier der EU-Kommission entscheidet sich dagegen für die Errichtung eines internat. Gerichts mit 2 Instanzen: Je 1/3 der Richter soll aus den USA, der EU und aus Drittstaaten kommen. Dies klingt nach Objektivität, doch wird der Kreis der in Frage kommenden Personen auch hier sehr klein bleiben.

Was sind mögliche Folgen für das Arbeitsrecht, wenn CETA und TTIP kommen? Die typische Situation wird nicht diejenige sein, dass die Bundesrepublik von einem Investor vor einer gerichtlichen Instanz verklagt wird. Das Risiko, Schadensersatz in Milliardenhöhe bezahlen zu müssen, wird eher den Gesetzgeber davon abhalten, überhaupt Vorschriften zu erlassen, die zu einem solchen Verfahren führen könnten. Ist er nicht sogar mit Rücksicht auf Art. 114 Abs. 2 GG bei seiner Haushaltspolitik zur „Wirtschaftlichkeit“ verpflichtet und muss deshalb schwer überschaubare Risiken von vorne herein vermeiden? Auch wenn man das Haushaltsrecht beiseite lassen würde: Schon aus politischen Gründen würde der Gesetzgeber ein extremes Maß an Zurückhaltung praktizieren. Regelungen zum Outsourcing durch Abschluss von Werkverträgen? Beschränkung des Einsatzes von Leih-AN auf ein Jahr? Was heute schon kaum durchsetzbar ist, wäre dann völlig illusorisch. Anders als bei einer Verurteilung zu Schadensersatz könnte man die eigentlichen Verantwortlichen auch nicht dingfest machen: Niemand könnte ernsthaft behaupten, IBM, Arcelor-Mittal, Panasonic oder welches UN auch immer sei

⁶⁵ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele/seite-2>: Es geht um über 4 Mrd. € Schadensersatz auf Grundlage der sog. Energiecharta, die ein Schiedsgericht ähnlich dem bei CETA geplanten vorsieht.

verantwortlich dafür, dass es im dt. Arbeitsrecht keine Veränderung zum Besseren gibt. Die Macht der Großen bliebe weiter im Hintergrund.

III. Digitalisierung

1. Erscheinungsformen

Die Digitalisierung der Arbeit ist ein Prozess, der sich äußerlich an der Verbreitung bestimmter Geräte und am Zugang zum Internet festmacht. Betrachtet man berufliches wie priv. Verhalten, so sind wir eine Internet-Nation geworden: Der Anteil der Internetnutzer an den über 14-jährigen ist von 37 % in 2001 über 60,2 % in 2007 auf 78,71 % Ende 2014 gestiegen.⁶⁶ Fragt man, wie viele Menschen Zugang zum Internet am Arbeitsplatz haben, kommt man zu niedrigeren Prozentzahlen, da ersichtlich (noch) nicht jede Arbeit einen PC und den Gang ins Internet notwendig macht. Nach einer Untersuchung des Stat. Bundesamts stieg die Computernutzung zwischen 2010 u. 2013 lediglich von 63 auf 64 % aller AN, während die Arbeitsplätze mit Zugang zum Internet um 3 % (von 52 % auf 55 %) zunahmen.⁶⁷ Deutlich nach oben ging die mobile Internetnutzung; sie ist – bezogen auf UN – von 18 % in 2011 auf 60 % im Jahre 2013 angestiegen,⁶⁸ wobei allerdings die Benutzung von der Wohnung aus bei weitem im Vordergrund stand.

Wer ein Smartphone, einen Tablet-Computer oder einen Laptop mit sich führt, ist immer erreichbar, theoretisch rund um die Uhr. Noch wichtiger ist eine 2. Veränderung: Der Einzelne kann sofort mit seiner Arbeit beginnen. Und schließlich spielt es keine Rolle, wo er sich gerade aufhält: Auch vom Hotelzimmer aus kann abends gute Arbeit geleistet werden. Wird von diesen Möglichkeiten effektiv Gebrauch gemacht, wird die Trennung zwischen Arbeitsplatz und Wohnung, zwischen Arbeit und Freizeit immer mehr aufgelöst; man spricht von „Entgrenzung“ der Arbeit.⁶⁹ Dies wirft gravierende arbeitsrechtliche Probleme auf.⁷⁰

2. Auswirkungen auf das Arbeitszeitrecht

Das Arbeitszeitrecht knüpft an Dauer und Lage der Arbeit an und zieht insoweit Grenzen. Unausgesprochen stellt es für den Regelfall auf die Arbeit im Betrieb ab – dort lässt sich vergleichsweise einfach erfassen und überprüfen, zu welchen Zeiten und wie lange gearbeitet wird. In der digitalen Welt ist dies anders. Zwar könnte man die Nutzung der Geräte als solche sekundengenau erfassen, doch würden dabei sonstige, d. h. nicht digitalisierte Teile der Arbeit unter den Tisch fallen. Auch würde man eine Art „Totalkontrolle“ etablieren, die aus Arbeitnehmersicht inakzeptabel erscheint. Verzichtet man darauf, sind fast alle Vorschriften des ArbZG in ihrer praktischen Wirksamkeit bedroht.

Was die Höchstdauer der Arbeitszeit angeht, so gewährt bereits das geltende Recht zahlreiche Spielräume. Die werktägliche Arbeitszeit von 8 Std. muss nur in einem Zeitraum von 6 Monaten erreicht sein; an einzelnen Tagen kann 10 Std., in

⁶⁶ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/> (abgerufen am 4. 4. 2015); eigene Berechnungen.

⁶⁷ Stat. Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen, Wiesbaden 2013, S. 10, auch zum Folgenden.

⁶⁸ Stat. Bundesamt, aaO. S. 6.

⁶⁹ Dazu eingehend *Däubler*, SR 2014, 45 ff.

⁷⁰ Eingehender *Däubler*, SR 2016 Sonderheft.

einzelnen Wochen 60 Std. gearbeitet werden, sofern später ein Ausgleich erfolgt. Nach dem, was man über Vertrauensarbeitszeit weiß, kann es durchaus vorkommen, dass in bestimmten Phasen von Projekten 100 Std./Wo. gearbeitet wird.⁷¹ Dies hängt mit hohen Anforderungen zusammen, aber auch damit, dass sich zahlreiche jüngere Beschäftigte mit ihren Aufgaben identifizieren und ihr Privatleben weitestgehend zurückstellen. Auch muss vernünftige Zeiteinteilung gelernt sein, die man im Grunde nur im „Selbststudium“ erwerben kann. Von Jugend auf ist man in fremd gesetzte Zeitabschnitte eingebunden: Der Kindergarten beginnt um 8 Uhr, die Schule um 7 Uhr 30, die Vorlesung um 8 Uhr; im Betrieb muss man auch bei Gleitzeit zu bestimmten Std. da sein. Wer über Jahrzehnte hinweg von andern gemachten Anforderungen folgt, hat verständlicherweise Schwierigkeiten, aufgrund eigener Entscheidungen zu vernünftigen Regeln zu finden.

Auch die Ruhezeiten des § 5 ArbZG sind in der digitalen Welt in Gefahr. Es genügt, an das einfache Beispiel zu denken, dass abends um 21 Uhr ein Anruf des Vorgesetzten kommt, man möge doch eine Powerpoint-Präsentation für die Sitzung am nächsten Morgen um 8 Uhr 30 vorbereiten. Ist der AN damit um 23 Uhr fertig, müsste er wegen der elfstündigen Ruhezeit des § 5 ArbZG eigentlich erst um 10 Uhr in den Betrieb kommen. Faktisch steht ein solches (unbestreitbares!) Recht auf dem Papier, es sei denn, der Betroffene ist ohnehin schon auf dem Absprung zu einem besseren Arbeitsplatz oder in die Rente.

Wie steht es mit der Arbeitsruhe am Sonntag und im Urlaub? Wer aus Neugierde seine dienstlichen E-Mails checkt, bedarf keines besonderen Schutzes, aber die Situation ist eine andere, wenn E-Mails deshalb am Sonntag gelesen und beantwortet werden, weil der AN genau weiß, dass andernfalls am Montag so viel auf ihn zukommt, dass auch dringende Dinge nicht erledigt werden können. Wie geht man mit Rückfragen aus dem Betrieb um, die der Einzelne während seines Urlaubs beantwortet? Macht es einen Unterschied, ob dies erwartet wird oder ob es sich um freiwilliges Engagement handelt? Je stärker sich digitalisierte Arbeit verbreitet, umso mehr ist das Arbeitszeitrecht einem Erosionsprozess unterworfen.

3. Reform des Arbeitszeitrechts?

Die Arbeitgeberseite verlangt angesichts dieser Umstände eine Veränderung des ArbZG. BDA-Präsident *Ingo Kramer* fordert die Abschaffung des „starrten 8-Std.-Tags“⁷² und will ihn durch wöchentl. Höchstarbeitszeit ersetzen. Differenzierter ist der Vorschlag des Bundesverbands der Arbeitsrechtler in UN, der im August 2015 „Erste Eckpunkte für eine praktikable Anwendung des ArbZG“ vorgelegt hat.⁷³ Danach kann durch TV und BV die werktägliche Arbeitszeit von 8 Std. überschritten werden – was bisher nach § 7 Abs. 2 a ArbZG nur dann möglich ist, wenn in die Arbeitszeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang“ Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und besondere Vorkehrungen getroffen werden, um eine Gesundheitsgefährdung auszuschließen. Daneben soll es eine abs. Obergrenze von 12 Std./Werktag bzw. 24-Std.-Zeitraum geben. Umgekehrt soll es auch möglich sein,

⁷¹ Klotz, CF 1/2000 S. 12.

⁷² <http://www.welt.de/wirtschaft/article150143185/Arbeitgeberchef-will-Acht-Stunden-Tag-abschaffen.html> (18.12.2015).

⁷³ Abrufbar unter http://www.bvau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU_Eckpunkte%20Arbeitszeit_August%202015.pdf

durch BV festzulegen, dass die tägliche Höchstarbeitszeit von 10 Std. in einem Zeitraum von bis zu 6 Mon. unterschritten bleiben muss – was aber immer noch erheblich mehr ist als der heutige durchschnittliche 8-Std.-Tag. Bei Vertrauensarbeitszeit sollen alle Aufzeichnungspflichten entfallen, es sei denn, der BR würde „bei begründetem Anlass“ für einzelne Mitarbeiter oder -gruppen etwas Abweichendes verlangen. Schließlich soll auch die Ruhezeit flexibilisiert werden; die heutigen 11 Std. sollen nur noch im Schnitt von 6 Monaten zu beachten sein; eine abs. Untergrenze soll bei 8 Std. liegen.⁷⁴ Dabei handelt es sich insg. – so ausdrücklich die Verfasser – nur um Vorschläge, die primär im Dialog mit den Sozialpartnern praxisingerecht zu entwickeln sind.

Faktisch laufen die Reformvorstellungen darauf hinaus, das Arbeitszeitrecht weiter zu flexibilisieren; dadurch soll die work-life-balance verbessert werden. Sehr viel wichtiger ist, wie eine solche Regelung tatsächlich wirken würde: Wenn viel Arbeit da ist, wird es zu zahlreichen 12-Std.-Tagen und zu einem Arbeitsvolumen kommen, das erheblich über dem heutigen Durchschnittswert von 8 Std. liegt. Auch besteht keinerlei Gewähr, dass wenigstens der erweiterte Rahmen (z. B. die 8 Std. Ruhezeit) effektiv beachtet wird. Wer will dies bei mobiler und häuslicher Arbeit kontrollieren? Schließlich scheinen sich die Verfasser der Reformvorschläge nicht wirklich im Klaren darüber zu sein, was es bedeutet, eine historische Errungenschaft wie den 8-Std.-Tag über Bord zu werfen. Dies kann – vergleichbar dem Streit um Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall – eine sehr viel breitere Widerstandsfront als andere Vorstellungen provozieren. Auch wissen die Betroffenen, dass es entgegen der Auffassung *Ingo Kramers* keinen „starren“ 8-Std.-Tag gibt, sondern dass dieser schon heute in weitem Umfang flexibilisiert und an die Bedürfnisse der UN angepasst ist.

Das eigentliche Problem liegt heute nicht in den Einzelregelungen des ArbZG, sondern in der Arbeitsmenge, die vom einzelnen AN zu bewältigen ist. Ist das „Pensum“, das ausdrücklich zugewiesen ist oder sich aus den Umständen ergibt, nur in 50 oder 60 Std. zu erledigen, heißt „Flexibilisierung“ eben nicht mehr Spielraum für Familie und persönliches Leben, sondern Absolvierung einer (ggf. legal gewordenen) 50- oder 60-Std.-Woche.⁷⁵ Wie lässt sich die Arbeitsmenge steuern?

4. Steuerung des Umfangs der Arbeitsleistung

Solange Arbeit und Freizeit getrennt sind, lässt sich der Umfang der Arbeit durch die Festlegung ihrer Dauer bestimmen. Dass dabei Arbeitsstunde = Arbeitsstunde ist, obwohl die Belastung sehr unterschiedlich sein kann, wird traditionellerweise in Kauf genommen. Lässt sich die Trennung immer weniger aufrechterhalten, müssen andere Wege gefunden werden, um die normale Beanspruchung des Einzelnen auf das Maß zu beschränken, das im Rahmen einer 40-Std.-Wo. bei 5 Arbeitstagen zu bewältigen ist.

a) Quantitative Besetzungsregeln und Aufstockung des Personals

⁷⁴ Grundsätzlich zustimmend *Steffan*, NZA 2015, 1409, 1415.

⁷⁵ Auf die höchst problematische Vereinbarkeit mit der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG sei der Vollständigkeit halber hingewiesen.

In der Druckindustrie existieren seit langem quantitative Besetzungsregeln, die für die Bedienung bestimmter Maschinen eine Mindestzahl von AN vorschreiben.⁷⁶ Dies schützt vor Überforderung und sichert zugleich Arbeitsplätze. In anderen Bereichen kann es vergleichbare Regelungen geben. Am bekanntesten sind in jüngster Zeit die Tarifforderungen bei der Berliner Charité geworden, wonach u.a. in der Intensivstation eine Pflegekraft für 2 Betten und in der Normalstation eine Pflegekraft für 5 Betten zuständig sein sollen.⁷⁷ Im Ergebnis wurde dem bei der Intensivstation voll, bei den anderen Stationen zunächst in etwa zur Hälfte Rechnung getragen.

Besetzungsregeln stellen keine universelle Lösung dar. Sie sind dort weniger geeignet, wo die Arbeit sehr unregelmäßig anfällt oder wo sie sich nicht quantifizieren lässt.⁷⁸ Sinnvoll kann es deshalb sein, Neueinstellungen für den Fall vorzusehen, dass Arbeitszeitkonten einer Gruppe einen best. Höchstwert überschreiten.⁷⁹ Auch gibt es BV, die bei Ausscheiden eines AN zwingend eine Ersatzeinstellung vorsehen, sofern die Zeitkonten der übrigen Mitarbeiter der fraglichen Gruppe oder Abteilung im Durchschnitt ein Plus aufweisen.⁸⁰ Beide Regelungen sind im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG notfalls über die ESt. erzwingbar.⁸¹

b) Neue Rechte für den Betriebsrat?

Die hier genannten Regelungen können nur punktuelle Korrekturen schaffen. Auf die Herausbildung richterrechtlicher Normen zu warten, könnte leicht 10-15 Jahre in Anspruch nehmen. Angesichts schnell voranschreitender Digitalisierung ist es vielmehr Sache des Gesetzgebers, einer übermäßigen Inanspruchnahme der Beschäftigten entgegen zu wirken.⁸²

Der AN ist nach seinem Arbeitsvertrag nicht zu beliebig langer oder beliebig intensiver Arbeit verpflichtet. Vielmehr sind nur solche Tätigkeiten geschuldet, die ihm möglich und zumutbar sind, ohne dass er seine Gesundheit gefährdet. Vom Einzelnen kann jedoch nicht erwartet werden, dass er sich auf diese Grenze beruft und notfalls einen Teil der Arbeit verweigert. Notwendig ist vielmehr die Einschaltung des BR als kollektiver Instanz, wofür 2 rechtliche Ausgestaltungen in Betracht kommen:

Zum einen könnte man als § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des BR vorsehen, das sich auf die Zuweisung eines bestimmten Aufgabenbereichs durch den AG erstreckt. Das Abstellen auf den „Aufgabenbereich“ statt auf die jeweilige „Aufgabe“ verhindert, dass jede Einzelanordnung der Zustimmung des BR bedarf. Vielmehr geht es allein um den

⁷⁶ Dazu etwa *Hensche/Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 1 Rn. 846 ff.; *D. Ulber*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl, Köln 2013, Teil 5 (7) Rn. 5 ff.

⁷⁷ Die Zulässigkeit eines Streiks um diese Forderungen bejahend LAG *Berlin-Brandenburg* 24.6.2015, 26 SaGa 1059/15, AuR 2015, 339.

⁷⁸ Beispiel: Die geringe Länge von Gesprächen im Call-Center kann Indiz für schnelles „Auf-den-Punkt-Bringen“, aber auch dafür sein, dass die Anrufer nach allen Regeln der Kunst abgewimmelt werden. Lange Dauer kann für ein intensives Eingehen auf die vorgebrachten Probleme sprechen, aber auch für ein hohes Maß an Geschwätzigkeit.

⁷⁹ Beispiele dazu bei *Däubler*, AiB 2016, 27.

⁸⁰ So der Fall ArbG *Stuttgart* 13.1.2009, 3 BV 131/08.

⁸¹ Näher *Däubler*, aaO.

⁸² Auch BV sind kein genereller Ausweg, da sie nach einer neueren empirischen Untersuchung die akt. und für die unmittelbare Zukunft absehbaren Probleme kaum aufgreifen: *Vogl/Nies*, Mobile Arbeit, Frankfurt/M 2013, S. 164 ff.

grundsätzlichen Zuschnitt der Arbeit. Dieses Mitbestimmungsrecht würde eingreifen, wenn einem Neueingestellten ein best. Arbeitsbereich zugewiesen wird oder wenn ein bereits Beschäftigter zusätzliche oder neue Aufgaben erhält. Wie groß die Belastung durch ein best. Tätigkeitsspektrum sein wird, lässt sich nicht in allen Fällen eindeutig prognostizieren, so dass sich der Abschluss einer jederzeit kündbaren Betriebsabsprache empfiehlt. Sieht sich ein AN überfordert und wendet er sich deshalb an den BR, so kann dieser von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und mit dem AG über die Reduzierung der Aufgaben verhandeln.

Zum zweiten gibt es die weniger weit gehende Möglichkeit, dem BR in Anlehnung an § 99 BetrVG das Recht zu geben, seine Zustimmung zur Zuweisung eines Arbeitsbereichs zu verweigern, was ja in § 95 Abs. 3 BetrVG für Versetzungsfälle bereits vorgesehen ist. Es würde lediglich eine Erweiterung in der Weise stattfinden, dass auch die erstmalige Zuweisung eines Arbeitsbereichs und die Betrauung mit zusätzlichen Aufgaben erfasst wären. Weiter müssten die Gründe für die Zustimmungsverweigerung in der Weise erweitert werden, dass auch die Überforderung des betr. AN das „Veto“ des BR rechtfertigen könnte. Soweit kein BR existiert, müsste seine Funktion durch die Gewerbeaufsicht oder eine andere Behörde wahrgenommen werden. Der „Lästigkeitswert“, den eine solche Regelung möglicherweise hätte, könnte ein Anreiz für die Arbeitgeberseite sein, die Wahl von BR als das kleinere Übel zu akzeptieren.

c) Sonstige Regelungen

Jedem AN sollte ein Recht auf Nichterreichbarkeit eingeräumt werden.⁸³ Erfasst wäre damit neben dem Urlaub etwa die Zeit zwischen 20 Uhr abends und 7 Uhr in der Frühe, sofern der AN nicht zur Rufbereitschaft verpflichtet ist. Diese müsste ihrerseits auf z. B. 15 Wochenstd. begrenzt werden. Nichterreichbarkeit bedeutet, dass der AN vom AG nicht mit Mitteln der Telekommunikation kontaktiert werden darf, es sei denn, es läge ein Notfall iSd. § 14 Abs.1 ArbZG vor.

Etwas weiter reicht die bei VW seit August 2011 praktizierte Regelung, wonach zwischen 18:15 Uhr abends und 7 Uhr morgens sowie am Wochenende der Zugriff auf den dienstlichen Server gesperrt ist. Damit sind für etwa 4.000 Tarifbeschäftigte zu den fraglichen Zeiten auch mehr oder weniger freiwillige Arbeiten im Internet und das Beantworten von E-Mails ausgeschlossen.⁸⁴ Dies ist eine sinnvolle Regelung, wenn sich die Arbeitsmenge in vernünftigem Rahmen hält. Gibt es jedoch Zeiten, in denen so viel Arbeit anfällt, dass der Einzelne beim besten Willen nicht um 18:15 Uhr den „Griffel fallen lassen“ kann, wird er gleichwohl dazu gezwungen, was nur den Arbeitsdruck am folgenden Tag erhöht.⁸⁵ Bei anderen Firmen wurde deshalb der Weg gewählt, die Zeiträume der Nichterreichbarkeit den Absprachen in den Teams zu überlassen und die Vorgesetzten zu verpflichten, dabei die Beteiligten vor Überforderung zu schützen.⁸⁶

⁸³ Dafür auch Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, BT-Drucks. 17/12505 sowie *Schwemmlé/Wedde*, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 87, 95; *Boewe/Schulten*, Die Mitbestimmung H. 4/2014.

⁸⁴ Schilderung bei *Giese*, AiB 2014, 64.

⁸⁵ Ähnlich *Vogl/Nies*, Mobile Arbeit, S. 160.

⁸⁶ *Giese*, aaO., S. 65.

Erhebliche Aufmerksamkeit hat die Frage nach einer „Bagatellklausel“ erfahren, wonach ein kurzes Telefongespräch die Ruhezeit nach § 5 ArbZG nicht unterbricht und auch am Sonntag oder im Urlaub möglich sein muss. Handelt es sich um eine wirkliche Bagatelle (der Chef will wissen, wo er eine bestimmte Datei findet), so lässt sich über eine solche Ausnahme reden. Sie muss allerdings (z. B. auf 10 Min.) zeitlich begrenzt sein und darf in 24 Std. auch nur einmal erfolgen. Wird der Einzelne länger in Anspruch genommen, beginnt eine neue Ruhezeit. Auch zählt der fragliche Tag beim Urlaub nicht mit. Nach der gesetzlichen Konzeption schließen sich Erholung und Arbeit aus; insoweit muss dasselbe wie nach § 9 BUrlG im Fall der Erkrankung gelten.

5. Crowdsourcing

a) Einige Fakten

Digitalisierung wirft arbeitsschutzrechtliche Probleme auf,⁸⁷ denen aus Platzgründen hier nicht nachgegangen wird. Dringlicher Erwähnung bedürftig ist das sog. Crowdsourcing, also die Auftragsvergabe an Interessenten aus der „Crowd“, aus der unübersehbaren Menge der Internetnutzer.⁸⁸ IdR. bedient sich ein UN dabei einer Plattform, auf der die fragliche Aufgabe ausgeschrieben wird. Möglich ist, dass die Plattform oder das UN mit einem Interessenten einen Vertrag schließt; denkbar ist auch, dass wie bei einem Preisausschreiben eine Vielzahl von Personen die Leistung erbringt, aber nur der „Beste“ ein Entgelt erhält.

Beispiele: Ein Energieversorger lässt seine Kunden die Zählerstände ablesen und auf eine Karte eintragen. Auch bei Zahlen haben viele ihre individuelle Handschrift, so dass man diese nicht einfach mit Hilfe eines Computers einlesen kann. Deshalb müssen Menschen die Daten in das Abrechnungssystem eingeben. Diese Aufgabe wird – aufgeteilt nach Kartenzahl – im Netz ausgeschrieben. Die Plattform wählt eine Person aus, die die Arbeit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt mit ihrem eigenen PC erledigt. Sie erhält ein Entgelt, das – umgerechnet auf die Stunde – etwa 2 \$ ausmacht.

Die Transfergesellschaft X benötigt ein neues Logo, was den Geschäften ein wenig Auftrieb geben soll. Das Vorhaben wird auf einer Plattform ausgeschrieben. Es gehen 15 Einsendungen ein. Die beste wird ausgesucht; die fragliche Person erhält 300 €. Alle anderen gehen leer aus. Vor 5 Jahren hatte ein Graphiker 3.000 € für dieselbe Aufgabe verlangt.

Die beiden Beispiele stammen aus Deutschland, wo „twago“ und „clickworker“ die größten Plattformen sind. Nach eigenen Angaben verfügen beide über 260.000 bzw. 700.000 Vertragspartner.⁸⁹ Dass es sich nicht um eine Randerscheinung handelt, wird daran deutlich, dass ausl. Plattformen z.T. viel mehr Kooperationspartner haben⁹⁰ und dass es in den USA bereits eine gerichtliche Auseinandersetzung um die Frage gab, ob ein Crowdworker den gesetzlichen

⁸⁷ Dazu insbes. *Kohte*, NZA 2015, 1417; s. weiter *Balickcioglu*, NZA 2015, 1424; *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt/M 2015, Rn. 157 ff.; *Klebe*, AuR 2016, xxx.

⁸⁸ Das etwa bei IBM praktizierte konzerninterne Crowdsourcing soll uns hier nicht näher interessieren.

⁸⁹ Angaben nach *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff.

⁹⁰ So gibt etwa die australische Plattform Freelancer an, 14,5 Mio. Nutzer zu haben; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1033.

Mindestlohn beanspruchen könne.⁹¹ Man kann vermuten, dass Fachabteilungen in großen UN von den Möglichkeiten des Crowdsourcing Gebrauch machen, ohne dass dies der Personalabteilung und dem BR zur Kenntnis kommt.

Crowdsourcing kennt keine Staatsgrenzen. Eine der ältesten Plattformen – Amazon Mechanical Turk – gibt an, 57 % ihrer Mitarbeiter seien US-Amerikaner und 32 % Inder.⁹² Die Plattform Upwords sagt von sich, sie beschäftige 8 Mio. Crowdworker aus über 180 Ländern. Wirtschaftlich ist dies für UN deshalb besonders interessant, weil anders als bei der Verlagerung traditioneller Betriebe in andere Länder praktisch keine Transaktionskosten anfallen. Man kann unmittelbar auf indische oder lateinamerikanische Arbeitskräfte zurückgreifen und sich deren niedriges Lohnniveau zunutze machen.

b) Rechtliche Konsequenzen

Crowdworker haben eine in der Ausschreibung definierte Aufgabe zu bewältigen, z.B. Daten einzulesen oder eine Software zu testen. Wann sie dies tun, welche Arbeitsmethode und welche Geräte sie dabei einsetzen, ist ihnen überlassen. Sie sind deshalb nach bisherigem Verständnis mangels Weisungsabhängigkeit keine AN.⁹³ Besteht wirtschaftliche Abhängigkeit im Verhältnis zu einer Plattform oder einem UN, kann es sich um eine arbeitnehmerähnliche Person handeln; auf diese finden einzelne arbeitsrechtliche Vorschriften, jedoch bspw. nicht KSchG und BetrVG Anwendung.⁹⁴

Soweit arbeitsrechtliche Normen nicht eingreifen, wird in Deutschland auf das BGB zurückgegriffen. Dieses gewährt zwar einen Schutz gegen unangemessene Vertragsbedingungen, vermittelt jedoch so gut wie keinen Bestandsschutz.⁹⁵ Dies ist von sekundärer Bedeutung für Crowdworker, die diese Tätigkeit als Hobby betreiben oder darin die Chance für einen kleinen Nebenverdienst sehen. Wenn jedoch 2/3 der Crowdworker diese Tätigkeit als wichtigste Einnahmequelle sehen, besteht kein geringerer Schutzbedarf als im Arbeitsrecht.⁹⁶ Diesem wird jedoch bisher in keiner Weise Rechnung getragen; insoweit liegt eine die bisherigen Phänomene weit hinter sich lassende Deregulierung vor.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn Crowdworker in Deutschland für eine ausl. Plattform arbeiten. Sind sie weder arbeitnehmerähnliche Personen noch Verbraucher im Rechtssinne, kann in den AGB der Plattformbetreiber die Anwendung ausl. Rechts vereinbart werden. Dieses findet seine Grenze nur an dt. Eingriffsnormen sowie am dt. Ordre public. Die Zuständigkeit dt. Gerichte lässt sich begründen, ist aber für solche Fälle noch nicht allgemein anerkannt.

c) Rechtspolitische Perspektiven

⁹¹ Otey vs. CrowdFlower; der Rechtsstreit wurde durch Vergleich beendet.

⁹² Angaben nach *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1034, auch zum Folgenden.

⁹³ Ebenso *Hötte*, MMR 2014, 796; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4,5; *Däubler*, in: Benner (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt/M 2014, S. 243, 246.

⁹⁴ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1035.

⁹⁵ Einzelheiten bei *Däubler*, in: Benner (Hrsg.), aaO., S. 248 ff.

⁹⁶ S. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1034: Bei Amazon Mechanical Turk sahen 66 % die Entlohnung auf der Plattform als wichtigste Einkommensquelle, während sie 34 % als Nebenverdienst betrachteten.

Würde sich crowdwork ohne rechtliche und politische Gegenwehr als Massenerscheinung etablieren, würde dies alle bisherigen Formen der Deregulierung in den Schatten stellen. Man mag es als hoffnungsvolles Zeichen werten, dass die Gewerkschaften diese Problematik erkannt haben und Gegenmaßnahmen in die Wege leiten. Die Schaffung eines Forums, wo die Betroffenen gute und schlechte Erfahrungen austauschen können, die man mit best. Auftraggebern gemacht hat, ist ein Beginn: wer sich als besonders schlechter Auftraggeber hervortut, hat wenig Chancen, in Zukunft noch Crowdworker zu finden.⁹⁷ Dies ist eine sehr alte Form des Arbeitskampfes, die bereits die Gesellenbewegung im Mittelalter verwendet hat.⁹⁸ Eine solche Aktion setzt nicht voraus, dass die Beteiligten wie im Industriebetrieb räumlich beisammen sind und sich dabei absprechen können; es genügt, sich auf andere Weise zu verständigen, was mit Hilfe des Internets unschwer möglich ist.

Bleibt Crowdfunding keine Randerscheinung – und nach den Erfahrungen in den USA ist damit nicht zu rechnen – besteht dringender Anlass zu gesetzgeberischem Eingreifen: Der Arbeitnehmerbegriff müsste auch auf Fälle erstreckt werden, in denen die Weisungen schon im Vertrag selbst enthalten sind. Dies wäre kein großer Schritt. Man sollte ihn allerdings tun, bevor Investoren wegen enttäuschter Erwartungen Schadensersatz verlangen. Zugleich müsste sichergestellt sein, dass auch das Sozialversicherungsrecht nachzieht: Wer selbständig arbeitet, ist bislang anders als in Frankreich oder in Österreich nicht in die Sozialversicherung einbezogen. Ob Regierung und Parlament das schaffen? Ein Appell: „Das schaffen wir!“ wäre sehr hilfreich, wenn er von zentraler und mit weiten Kompetenzen ausgestatteter Stelle kommen würde.

⁹⁷ Zum Vorbild Turkocticon in den USA s. *Irani/Silberman*, in: Benner (Hrsg.), aaO. S. 131 ff.

⁹⁸ Zum „Verruf“ best. Meister s. *Wohlgemuth*, Staatseingriff und Arbeitskampf, Frankfurt/M 1977, S. 23 ff.