

# Was ändert die Digitalisierung am Arbeitsrecht?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Einleitung

Einen Beitrag für Dimitris Travlos-Tzanetatos zu schreiben macht Freude. Wir kennen uns seit mehr als drei Jahrzehnten und tauschen uns über die arbeitsrechtlichen Fragen der Zeit aus. Meist geschieht dies der Entfernung zwischen Griechenland und Deutschland wegen per Telefon, doch auch persönliche Begegnungen waren in den letzten Jahren möglich. Dimitris ist ein Querdenker, der die Dinge nicht einfach hinnimmt und da und dort einen kleinen Verbesserungsvorschlag macht. Er fragt vielmehr danach, ob die Gebäude auch wirklich auf einem soliden Fundament stehen oder ob es sich um ein Potemkinsches Dorf handelt. So hat man im Gespräch mit ihm immer die Chance, Anregungen für neue Ideen zu gewinnen und weitere Perspektiven in den Blick zu nehmen. Dies gilt erst recht für seine Veröffentlichungen in Deutschland, die viel Beachtung gefunden haben.<sup>1</sup>

Bei einem Wissenschaftler wie Dimitris Travlos-Tzanetatos versteht es sich im Grunde von selbst, dass er sich auch dem neuen „Makrotrend“ der Digitalisierung zuwendet. Dies rechtfertigt es, ihm eine Arbeit zu dem im Titel genannten Thema zu widmen.

## II. Die Flexibilität des Arbeitsrechts

„Andere Technik anderes Recht.“ Manche Beiträge zur Digitalisierung der Arbeitsprozesse lesen sich so, als wäre diese pseudomaterialistische Sichtweise eine pure Selbstverständlichkeit. Von „digitaler Arbeit“ oder moderner: von „Arbeit 4.0“ ist die Rede. Die Mensch-Maschine-Beziehung werde eine völlig andere als heute sein, der Einzelne gerate

---

<sup>1</sup> Travlos-Tzanetatos, Die Regelungsbefugnis der Betriebspartner und ihre Grenzen zum Einzelarbeitsverhältnis. Zugleich ein Beitrag zu der Problematik der Innenschranken der Betriebsautonomie, Berlin 1973; ders., Betriebliche Interessenvertretungen nach griechischem Recht, AiB 1992, 19 f., 33 ff.; ders., Das griechische Arbeitszeitrecht im Wandel, FS Däubler, 1999, S. 222 ff.; ders., Schwerpunktstreik und Abwehraussperrung, in: Säcker (Hrsg.), Kollektives Arbeitsrecht. Case by case, 2006, Fall 8; ders., Die Tarifautonomie in kritischer Wende, in: FS Säcker, 2011, S. 325 ff.

zum Anhängsel riesiger, sich selbst steuernder Systeme.<sup>2</sup> Die Entwicklung dorthin sei eine disruptive, das Neue entstehe explosionsartig und nicht in einem allmählichen Prozess. Arbeitgeber würden in der neuen Welt sehr viel schneller entstehen und verschwinden als in der analogen.<sup>3</sup> Der Arbeitende kommuniziere mehr mit Maschinen als mit Menschen, der häufige Wechsel von Arbeitsplatz und Einsatzformen erschwere jede Form von Solidarisierung, insbesondere die Bildung von Gewerkschaften und Betriebsräten.<sup>4</sup> Der Eindruck ist nicht von der Hand zu weisen, dass vom Arbeitsrecht kaum etwas übrig bleibt.

Erste Zweifel an solchen Annahmen weckt ein Blick in die Geschichte. Das deutsche Arbeitsrecht des Jahres 2020 ist in seinen Grundstrukturen dem des Jahres 1920 sehr ähnlich: Es gab und gibt Arbeitsverträge als besonderen Vertragstyp, der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ist rechtlich eingehend abgesichert, es gab und gibt Betriebsräte, Tarifverträge und gelegentlich auch Arbeitskämpfe. Dies alles, obwohl die „Maschinen“, d. h. die Arbeitsgeräte in den Betrieben heute völlig andere geworden sind und auch sonst kaum ein Stein auf dem anderen geblieben ist: Die Unternehmen haben andere Organisationsformen, das Management verfährt nach anderen Leitlinien und „Theorien“, der ökonomische Entwicklungsstand ist ungleich höher und die nationale wie die internationale Konkurrenz ist nicht mit der vor hundert Jahren zu vergleichen.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das Arbeitsrecht drei Charakteristika aufweist, die ihm ein hohes Maß an Anpassungsfähigkeit verschaffen.

Das Arbeitsrecht kennt zahlreiche Generalklauseln, die von der Rechtsprechung im Hinblick auf die jeweils gegebene Situation konkretisiert werden. Die Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis und der „wichtige Grund“ für eine fristlose Kündigung mögen als Beispiele stehen, die man in fast allen Rechtsordnungen findet. Bisweilen schafft sich die Rechtsprechung sogar ihre eigene Generalklausel, so wenn etwa die deutschen Arbeitsgerichte auch bei der verhaltens- und der personenbedingten ordentlichen Kündigung eine umfassende Interessenabwägung verlangen, obwohl diese im Gesetzestext an keiner Stelle auch nur angedeutet ist.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Dazu und zum Folgenden Giesen/Kersten, Arbeit 4.0. Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, München 2017

<sup>3</sup> Giesen/Kersten (Fn. 2) S. 39.

<sup>4</sup> Giesen/Kersten (Fn. 2) S. 40, 43.

<sup>5</sup> S. Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis, 10. Aufl., 2017, § 1 KSchG Rn. 109 ff., 134 ff., 149 (personenbedingte Kündigung), 707 ff. (verhaltensbedingte Kündigung – Däubler).

Das Arbeitsrecht kennt zum zweiten spezifische Normsetzungsprozesse, die noch sehr viel stärker als das gerichtliche Verfahren die jeweiligen konkreten Umstände berücksichtigen können. Die Tarifautonomie ist nicht nur ein Stück demokratischer Mitbestimmung der Beschäftigten über ihre Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, sondern auch ein Mittel, um den Besonderheiten einzelner Branchen und Unternehmen Rechnung zu tragen. Die beschränkte Geltungsdauer bringt ein zusätzliches Element der Flexibilität. Schließlich sind auch Vorschriften des Arbeitsschutzes auf spezifische, sich wandelnde Gefahrensituationen bezogen; das Verfahren der Gefährdungsbeurteilung soll z. B. sicher stellen, dass diese rechtzeitig erkannt und die nötigen Schutzmaßnahmen ergriffen werden.

Das Arbeitsrecht hat zum dritten einen großen Vorrat an Rechtsinstituten ausgebildet, die nicht auf jene Phänomene beschränkt sind, für die sie einstens entwickelt wurden. Eine frühe Reaktion auf die Aufspaltung der Arbeitgeberstellung war etwa das sog. mittelbare Arbeitsverhältnis. Traditionelles Beispiel ist der Hausmeister, der seine mitarbeitende Ehefrau als Arbeitnehmerin beschäftigt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann diese arbeitsvertragliche Ansprüche auch gegen den Arbeitgeber ihres Ehemannes geltend machen, weil ihre Arbeitsleistung letztlich dem „Hauptarbeitgeber“ zugute kommt.<sup>6</sup> Diese Rechtsfigur lässt sich auf viele moderne Formen des Personaleinsatzes übertragen.<sup>7</sup>

Das Problem liegt somit nicht in der angeblichen „Rigidität“ des Arbeitsrechts insgesamt, die von seinen neoliberalen Kritikern gerne beschworen wird. Seine Normen lassen genügend Spielraum, um gleichermaßen die Fließbandarbeit wie die Dienstleistung einer Krankenschwester und die Tätigkeit eines Softwareentwicklers zu regulieren. Auch neue technische Entwicklungen können verarbeitet werden. Der massenhafte Einsatz von Computern am Arbeitsplatz – also die erste wichtige Erscheinungsform der Digitalisierung – hat nichts an den bisher praktizierten Grundsätzen geändert, sieht man einmal von der verstärkten Bedeutung des 1977 hinzu gekommenen Datenschutzes ab.

### **III. Eine neue Qualität von Veränderungen?**

---

<sup>6</sup> BAG 20.7.1982 – 3 AZR 446/80, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis

<sup>7</sup> S. etwa die Überlegungen bei Waas, Das sogenannte „mittelbare Arbeitsverhältnis“, RdA 1993, 153 ff.

Ohne in Spekulationen über die digitale Arbeit der Zukunft zu verfallen, lassen sich schon heute einige Feststellungen treffen. Derzeit geht es in der juristischen Diskussion um drei Phänomene, die möglicherweise die Anpassungsfähigkeit des Arbeitsrechts überfordern.

Viele Arbeitnehmer erhalten Laptops, Tablet Computer oder Smartphones, die sie auch außerhalb der Arbeitszeit mit sich führen. Auf diese Weise sind sie jederzeit erreichbar. Doch das ist nicht der entscheidende Punkt: Mit Hilfe ihrer Geräte können sie jederzeit mit der Arbeit beginnen, sofern sie nur Zugang zu den betrieblichen Systemen oder zum Internet haben. Arbeit ist nunmehr zu jedem beliebigen Zeitpunkt und von jedem beliebigen Ort aus möglich. Diese Veränderung trifft auf eine Situation des weltweiten Wettbewerbs: Alle Unternehmen bemühen sich, preiswerter als andere zu produzieren und deshalb die Lohnkosten möglichst gering zu halten. Dies führt jedenfalls in Deutschland dazu, dass nicht etwa die Monatslöhne abgesenkt oder Zulagen gestrichen werden. Vielmehr werden kaum neue Mitarbeiter eingestellt und ausscheidende nicht mehr ersetzt; auf die im Betrieb Verbleibenden kommt so immer mehr Arbeit zu. Diese wird nicht mehr nur im überschaubaren Bereich des (räumlich verstandenen) Betriebs erbracht. Vielmehr kann „mobil“, d. h. auf Reisen wie auch zu Hause gearbeitet werden. Dies wirft Probleme der Arbeitszeiterfassung auf, die trotz der neuesten Rechtsprechung des EuGH<sup>8</sup> in Gefahr ist, wenig korrekt gehandhabt zu werden. Die dadurch entstehenden langen Arbeitszeiten führen zusammen mit der Fülle der zu verarbeitenden Informationen und dem „Nie-Abschalten-Können“ zu mentalen Belastungen, denen nicht alle Beschäftigten gewachsen sind. Nicht nur das Arbeitszeitrecht, sondern auch der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sieht sich so erheblichen Herausforderungen ausgesetzt.

Je stärker die Arbeitsprozesse digitalisiert werden, umso mehr fallen personenbezogene Daten über die Beschäftigten an – und hier liegt der zweite Problembereich. Wer eine „Datenbrille“ trägt oder tragen muss, die ihm bestimmte Informationen einblendet, sollte damit rechnen, dass jeder Schritt bei der Arbeit, jeder einzelne Vorgang bis hin zu Rückfragen gespeichert wird. Roboter und andere lernende Systeme sind vielfältig einsetzbar. „Sie bewachen und bauen Häuser, mähen Rasen, saugen und wischen Wohnungen, entschärfen Bomben, melken Kühe, kommissionieren Ware, operieren Hirne, geben Rechtsrat...und steuern Autos“ – so eine Schilderung in der deutschen Literatur.<sup>9</sup> Meist wird dies in jüngster Zeit unter dem

---

<sup>8</sup> EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 - CCOO

<sup>9</sup> Günther/Böglmüller, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53

Stichwort der „Künstlichen Intelligenz“ abgehandelt.<sup>10</sup> Auch wenn man vieles davon als Zukunftsvision betrachtet – der Kontakt zwischen Mensch und Roboter führt automatisch zur Erfassung von Daten. Erst recht gilt dies dann, wenn ein System „Weisungen“ erteilt, also z. B. eine Reparaturkolonne dorthin beordert, wo die dringendsten Aufgaben zu erledigen sind.<sup>11</sup> Auch Entscheidungen der Personalabteilung lassen sich automatisieren. Dazu kommt, dass Arbeitnehmer aus dienstlichem Anlass immer häufiger mit dem Internet in Kontakt kommen und dabei Spuren hinterlassen, die sich nicht mehr definitiv beseitigen lassen. Kann das Datenschutzrecht für Arbeitnehmer hier genügend im Sinne des Persönlichkeitsschutzes gegensteuern?

In vielen Ländern werden diese aktuellen und künftigen Änderungen der „normalen“ Arbeitsprozesse viel weniger zum Thema gemacht als der dritte Problembereich, die sog. Plattformökonomie, die in zwei Erscheinungsformen auftritt. Zum einen geht es darum, dass mit Hilfe einer Plattform Dienstleistungen in der „realen Welt“ vermittelt werden. Bekanntestes Beispiel sind die Taxis der Firma Uber,<sup>12</sup> doch hat auch die Überbringung von Speisen erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>13</sup> Zum zweiten geht es um die sog. Crowdwork: Eine Plattform schreibt bestimmte Tätigkeiten im Internet aus, um die sich jeder Internet-User, also irgendein Mitglied der „Crowd“, bewerben kann. Meist handelt es sich um einfache Arbeiten wie das Korrigieren von Fehlern in einer Rohübersetzung oder um das Eingeben bestimmter manuell aufgezeichneter Daten in ein System. Daneben gibt es aber auch sog. Kreativwettbewerbe; eine Firma sucht ein neues Logo oder eine attraktive Abkürzung für ein Produkt. Schließlich gibt es komplexe Aufgaben, die nur von Experten oder durch eine Gruppe qualifizierter Arbeitskräfte bewältigt werden können. Insbesondere in der ersten Variante, d. h. bei den einfachen Arbeiten stellt sich das Problem, ob der einzelne Crowdworker überhaupt noch Arbeitnehmer ist und damit vom Arbeitsrecht erfasst wird.

Wie stellt sich die Reaktion des Arbeitsrechts auf diese Herausforderungen dar? Können mit den heutigen Strukturen ausreichende Antworten gefunden werden?

#### **IV. Arbeitszeitrecht und Arbeitsschutz**

---

<sup>10</sup> Dazu insbesondere Klebe, Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung, Soziales Recht (SR) 2019, 128 ff.

<sup>11</sup> Dass das System die Reihenfolge der zu erledigenden Aufgaben bestimmt, ist auch heute schon eine durchaus realistische Vorstellung. Allerdings haben die „Weisungen“ nur den Charakter unverbindlicher Empfehlungen – dazu Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2018, § 10 Rn. 12.

<sup>12</sup> Schilderung des Geschäftsmodells bei Däubler (Fn. 11), § 17 Rn. 2.

<sup>13</sup> Am bekanntesten sind in Deutschland die Firmen Foodora und Deliveroo.

## 1. Konsequente Befolgung des ArbZG?

Die neuen technischen Möglichkeiten können dazu führen, dass weit länger als zulässig gearbeitet wird. Auch die Ruhezeiten von 11 Stunden zwischen zwei Arbeitstagen werden oft nicht eingehalten, weil am Abend ein Anruf kommt und die Erledigung der „dringenden Aufgabe“ bis 23 Uhr dauert. Welcher Arbeitnehmer wird in einem solchen Fall am nächsten Morgen erst um 10 Uhr im Büro erscheinen und sich auf die gesetzliche Regelung berufen? E-Mails werden am Sonntag erledigt, weil absehbar ist, dass am Montag nicht genug Zeit dafür besteht – das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) kennt zwar ein Verbot der Sonntagsarbeit und Ausnahmen für viele Anlässe, nicht aber für das Erledigen von E-Mails. Stillschweigend wird es in allen genannten Fällen zur Seite gelegt.<sup>14</sup>

Man kann nun den Versuch unternehmen, das ArbZG auch unter den heutigen Umständen konsequent umzusetzen und so ein Übermaß an Arbeit und einen Verlust an Freizeit und Erholungsmöglichkeiten zu vermeiden. Dafür ist die neueste Rechtsprechung des EuGH<sup>15</sup> von erheblichem Nutzen, verlangt sie doch, dass aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie der EU<sup>16</sup> ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ der Arbeitszeiterfassung eingeführt wird. Die Möglichkeit, die geleisteten Arbeitsstunden im Streitfall durch Vernehmung von Arbeitskollegen als Zeugen belegen zu können, genüge nicht. Das sei kein wirksames Beweismittel, „da die Arbeitnehmer möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte.“<sup>17</sup> Dies ist eine bemerkenswert realistische Aussage – bislang recht ungewöhnlich für das höchste Gericht der Europäischen Union. Das „objektive, verlässliche und zugängliche System“ verlangt die Erfassung der gesamten Arbeitszeit, also auch der Arbeitsleistungen, die zu Hause oder unterwegs erbracht werden. Dies kann ggf. durch Erfassung der Nutzungszeiten der Geräte und durch „Selbstaufschreibung“ geschehen, die aber zumindest einer Stichprobenkontrolle unterzogen werden muss. Der EuGH fordert die nationalen Gerichte auf, ihr Arbeitszeitrecht im Rahmen des Möglichen richtlinienkonform zu interpretieren, so dass die Pflicht zur Zeiterfassung sofort wirksam wird. Im öffentlichen Dienst können sich Beschäftigte sowieso

<sup>14</sup> Diesen „Rechtsnihilismus“ beklagt zu Recht Buschmann, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeitrecht, Kompaktkommentar, 2019, Einl. Rn. 97.

<sup>15</sup> Oben Fn. 8.

<sup>16</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. Nr. L 299/9).

<sup>17</sup> EuGH, Fn. 8, Tz. 55.

auf den vom EuGH bestimmten Inhalt der Richtlinie berufen, da die fraglichen Normen die notwendige inhaltliche Bestimmtheit aufweisen.<sup>18</sup> Die Folge wäre, dass die bisher inoffiziell erbrachten Stunden bezahlt werden und dass bestimmte Arbeiten unterbleiben müssen, weil sie sich jenseits der Grenze des Zulässigen bewegen. Sie könnten nur durch zusätzliche Arbeitskräfte oder dadurch erledigt werden, dass Teilzeitkräfte ihre Arbeitszeit verlängern.

Betrachtet man die Machtverhältnisse, die in deutschen Betrieben herrschen, so erscheint es wenig realistisch, mit einer schnellen Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung zu rechnen. Auch wenn man das Recht im Rücken hat – eine so große Verschiebung des Austauschverhältnisses Arbeitskraft gegen Entgelt ist in der Realität schwer vorstellbar. Dies auch deshalb, weil es eine Reihe von Beschäftigten gibt, die sich so stark mit ihrer Arbeit identifizieren, dass ein Verlangen nach „mehr Geld“ oder die Einstellung der Arbeit bei Erreichen der Höchstdauer für sie denkbar fern liegt. Andere werden sich aus Angst vor möglichen Nachteilen genauso verhalten. Realistischerweise muss daher damit gerechnet werden, dass das „objektive, verlässliche und zugängliche System“ der Arbeitszeiterfassung umgangen wird, indem eben bestimmte Arbeiten „am System vorbei“ erbracht werden. Schon heute wird dies in den gar nicht so seltenen Fällen praktiziert, in denen Arbeitnehmer nach zehn Stunden Arbeit abends den Betrieb verlassen, aber nach einiger Zeit wieder zurück kommen und ohne Aufzeichnung durch das Arbeitszeitsystem einige Stunden weiterarbeiten.<sup>19</sup>

## **2. Beschränkung der Arbeitsmenge als Alternative**

Wo kann eine Lösung liegen? Das eigentliche Problem liegt nicht in der Missachtung arbeitszeitrechtlicher Normen, sondern darin, dass der Einzelne zu viel Arbeit erledigen muss. Dem könnte und sollte man damit begegnen, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht über das Arbeitspensum erhält, das der Einzelne zu bewältigen hat. Die Entscheidung, die heute vom Personalleiter oder von einem Fachvorgesetzten getroffen wird, sollte auf zwei Schultern verteilt werden. Das bedeutet zugleich, dass die Einschaltung des Betriebsrats nicht nur zu Beginn der Tätigkeit erfolgt. Vielmehr sollte sie immer dann stattfinden, wenn es Änderungen gibt, zumal sich ja herausstellen kann, dass das zugewiesene Pensum zu groß oder zu bescheiden ist. Soweit sich der Gesetzgeber nicht für ein solches neues

---

<sup>18</sup> Grundlegend EuGH 9.3.1978 – Rs. 106/77, NJW 1978, 1741 – Simmenthal; aus neuerer Zeit EuGH 7.3.1996 – C 192/94, NJW 1996, 141 – El Corte Inglés

<sup>19</sup> Heuschmid, NJW 2019, 1853.

Mitbestimmungsrecht entscheiden kann, könnte man an die Nutzung des gesetzlichen Beschwerderechts nach §§ 84, 85 BetrVG denken. Wenn der Arbeitnehmer das Pensum als zu groß ansieht, wenn von ihm eine Arbeitsleistung erwartet oder verlangt wird, die er in der vereinbarten Wochenarbeitszeit nicht erledigen kann, so sollte er sich beim Betriebsrat beschweren – eine Möglichkeit, die § 84 BetrVG ausdrücklich eröffnet. Macht sich der Betriebsrat den Standpunkt des Arbeitnehmers zueigen, so muss er mit dem Arbeitgeber darüber verhandeln, wie Abhilfe geschaffen werden kann. Lässt sich dabei keine Lösung erreichen, entscheidet die Einigungsstelle verbindlich, da es sich zumindest aus Sicht des Arbeitgebers nicht um die Entscheidung über einen Rechtsanspruch handelt.<sup>20</sup>

### 3. Gesundheitsschutz

Die Zahl der psychischen Erkrankungen, die auf arbeitsbedingten Ursachen beruhen, hat in den letzten 15 Jahren deutlich zugenommen.<sup>21</sup> Dies sei an einigen Angaben aus den Statistiken der Gesetzlichen Krankenkassen deutlich gemacht.<sup>22</sup> Zwischen 2001 und 2010 ist der Anteil der Arbeitsunfähigkeitstage, die auf psychischen Störungen und Verhaltensstörungen beruhen, von 6,6 % auf 13,1 % gestiegen.<sup>23</sup> Weiter hat ein steigender Anteil von Frühverrentungen psychische Erkrankungen als Ursache: Nach Angaben der Bundespsychotherapeutenkammer lag der Anteil im Jahr 2001 bei 26 %, während er im Jahre 2012 bemerkenswerte 42 % erreicht hatte.<sup>24</sup> Zwischen 2004 und 2010 haben sich die Krankheitstage, die auf einem Burn-out-Syndrom beruhen, auf das Neunfache erhöht.<sup>25</sup> Zwischen dauernder Erreichbarkeit und Stress besteht im Übrigen ein unmittelbarer Zusammenhang: 36 % derjenigen, die sich als „häufig gestresst“ empfinden, gaben zugleich an, fast durchgehend online zu sein.<sup>26</sup>

Der traditionelle Arbeitsschutz hat physische Gefahren im Blick, die von Maschinen und anderen gefährlichen Gegenständen ausgehen. Die dabei gebotenen Maßnahmen sind wenig

---

<sup>20</sup> § 85 Abs. 2 Satz 3 BetrVG schließt die Zuständigkeit der Einigungsstelle zur Entscheidung über Rechtsansprüche ausdrücklich aus. Insoweit können nur die Arbeitsgerichte eingeschaltet werden.

<sup>21</sup> Reusch, Psychische Gesundheit im Arbeitsleben. Herausforderungen für die Arbeitswelt von morgen, PersR 2010, 340 ff.

<sup>22</sup> Weitere Angaben bei Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag (DJT), München 2016, S. B 66 ff.

<sup>23</sup> Bundestags-Drucksache 17/9478, S. 5.

<sup>24</sup> Mitgeteilt bei Krause, 71. DJT, S. B 67. Weitere Angaben bei Balikcioglu, Psychische Erkrankungen am Arbeitsplatz, NZA 2015, 1424.

<sup>25</sup> Welkoborsky/Baumgarten, Aktiv gegen Arbeitsstress, AiB Heft 12/2014 S. 51 unter Bezugnahme auf eine Analyse des Wissenschaftlichen Instituts der Allgemeinen Ortskrankenkassen.

<sup>26</sup> Krause, 71. DJT, S. B 68.

hilfreich, wenn es um die Abwehr von Stressfaktoren geht. Das heutige Arbeitsschutzsystem ist allerdings insoweit offen, als es für jeden Arbeitsplatz eine sog. Gefährdungsbeurteilung verlangt.<sup>27</sup> Diese muss nach § 5 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) der Frage nachgehen, welche Gefahren für die Gesundheit des Arbeitnehmers bestehen und welche Maßnahmen zu ihrer Abwehr erforderlich sind. Das ArbSchG zählt in § 5 Abs. 3 beispielhaft wichtige zu ermittelnde Risikofaktoren auf, zu denen seit 2013 auch „psychische Belastungen bei der Arbeit“ gehören (Nr. 6). Als Methoden werden vor allem standardisierte Mitarbeiterbefragungen sowie Interviews, die Analyse von Dokumenten und moderierte Analyseworkshops angewandt.<sup>28</sup> Dabei ist eine Begleitung durch qualifizierte externe Sachverständige höchst sinnvoll.<sup>29</sup>

Die Gefährdungsbeurteilung kann zu dem Ergebnis führen, dass die Arbeitsbelastung zu hoch ist oder aus anderen Gründen eine gesundheitliche Gefährdung der Beschäftigten besteht. Welchen genauen juristischen Stellenwert eine solche Feststellung hat, ist noch nicht abschließend geklärt. Die neuere Rechtsprechung des BAG spricht ihr eine Art „Auslösungseffekt“ zu: Für den Arbeitgeber entsteht dadurch nach § 3 Abs. 1 ArbSchG die Pflicht, die zur Beseitigung dieser Gefährdung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.<sup>30</sup> Da es in aller Regel verschiedene Wege gibt, wie eine solche Pflicht erfüllt werden kann, greift insoweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein. Lässt sich kein Konsens finden, entscheidet die Einigungsstelle. Diese kann den Arbeitgeber verbindlich verpflichten, in einem bestimmten Arbeitsbereich eine größere Zahl von Beschäftigten einzusetzen und so die Belastung des Einzelnen zu verringern. Auch kommt bei persönlichen Spannungen die Versetzung von Beteiligten oder eine Änderung der hierarchischen Unterordnung in Betracht. Dies müsste sich auch faktisch durchsetzen lassen, da nach verbreiteter Einschätzung für jeden in das betriebliche Gesundheitsmanagement investierten Euro Beträge zwischen 1,60 Euro und 2,70 Euro „zurückkommen“.<sup>31</sup>

## V. Datenschutz

---

<sup>27</sup> Bei gleichartigen Arbeitsplätzen muss nur eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt werden.

<sup>28</sup> Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1426.

<sup>29</sup> Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1427.

<sup>30</sup> BAG 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132.

<sup>31</sup> Nachweise bei Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1433.

Die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)<sup>32</sup> enthält in Art. 88 eine Öffnungsklausel zugunsten des Beschäftigtendatenschutzes: Die Mitgliedstaaten sind berechtigt, unter Wahrung bestimmter Rahmenbedingungen Sondervorschriften zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis zu erlassen. Der deutsche Gesetzgeber hat davon im neuen § 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) Gebrauch gemacht, das zusammen mit der DSGVO am 25. Mai 2018 in Kraft getreten ist. Danach dürfen – so der allgemeine Grundsatz – Daten von Beschäftigten nur erhoben, verarbeitet, übermittelt und gelöscht werden, wenn dies zur Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Darüber hinaus enthält § 26 Sondervorschriften u. a. über die Einwilligung durch den Arbeitnehmer, über sensitive Arbeitnehmerdaten, über Kollektivverträge als Erlaubnisnormen und über die Einbeziehung aller wirtschaftlich Abhängigen in den Beschäftigtenbegriff.

Dass es sich bei Art. 88 DSGVO und bei § 26 BDSG dem Regelungsbereich nach um arbeitsrechtliche Normen handelt, hat sich noch nicht überall herumgesprochen. Das Datenschutzrecht wird von vielen als separate Materie gesehen, die ähnlich wie das Steuerrecht ihre Selbständigkeit nicht dadurch verliert, dass sie auch einige Normen in Bezug auf Arbeitnehmer enthält. So ist es bis heute keine Selbstverständlichkeit, dass Lehrbücher des Arbeitsrechts (in Deutschland wie in anderen Ländern) den Datenschutz einbeziehen, obwohl es sich um eine konkrete Form des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers handelt. Dennoch lässt sich nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, dass datenschutzrechtliche Normen in der digitalisierten Welt für den Arbeitnehmerschutz große Bedeutung gewonnen haben, die in Zukunft noch steigen wird. Dies wird nicht zuletzt an der Zahl der Problemkomplexe deutlich, bei denen heute schon das Datenschutzrecht der Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten Schranken zieht. Ein kleiner Überblick soll genügen.<sup>33</sup>

- Der Arbeitgeber legt eine elektronische Personalakte an. Sie erleichtert den Zugriff auf einzelne Angaben, macht aber auch Vergleiche mit anderen Beschäftigten unschwer möglich. Auch statistische Auswertungen kommen in Betracht.

- Im Betrieb wird eine nicht anonyme Umfrage über die Zufriedenheit mit den Arbeitsbedingungen durchgeführt.

---

<sup>32</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG vom 27. April 2016 (ABIEU L 119/1, berichtigt ABIEU 2018 L127/2)

<sup>33</sup> Eingehendere Darstellung der Anwendungsprobleme des Datenschutzes im Arbeitsprozess bei Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. 2019, S. 191 ff.; Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 253 ff.

- Krankheitsbedingte Fehlzeiten und andere Gesundheitsdaten werden zur Begründung einer krankheitsbedingten Kündigung herangezogen.
- Biometrische Merkmale wie Fingerabdruck oder Stimme werden gespeichert und als Mittel zur Identifizierung einzelner Personen benutzt.
- Im Betrieb werden Videokameras angebracht; sie sollen insbesondere Diebstähle durch Besucher vermeiden, können aber auch zur Kontrolle der Beschäftigten verwendet werden.
- Privatdetektive überprüfen, ob eine Krankschreibung zu Recht erfolgt ist oder der Arbeitnehmer sich in seiner Freizeit anderweitig betätigt.
- Mit Hilfe von GPS wird das Fahrverhalten von Beschäftigten erfasst und ausgewertet.
- Mit Hilfe von RFID-Chips wird der Warenfluss innerhalb des Unternehmens nachverfolgt. Kommen Gegenstände abhanden, lässt sich der für den jeweiligen Abschnitt Verantwortliche unschwer ermitteln.
- E-Mails werden vom Vorgesetzten gelesen, ohne dass der Beschäftigte etwas davon erfährt.
- Telefongespräche werden aufgezeichnet und im Hinblick darauf ausgewertet, inwieweit bestimmte Schlüsselwörter mit Gespräch mit Anrufern benutzt wurden. Dies ist insbesondere bei Call Centern Praxis, die bestimmte Produkte verkaufen sollen.

Zu allen diesen und vielen weiteren Fragen gibt es Auseinandersetzungen über die Grenzen des rechtlich Zulässigen. Sie werden zunächst in der Wissenschaft geführt, doch gibt es mittlerweile eine wachsende Zahl von Gerichtsentscheidungen. Einzelne Beiträge nehmen künftige Probleme vorweg – so im Falle der Nutzung von Wearables (Datenbrille, Smart Watch und vieles mehr)<sup>34</sup> und von Robotern und anderen lernenden Systemen.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Dazu Weichert, Die Verarbeitung von Wearable-Sensordaten bei Beschäftigten, NZA 2017, 565 ff.

<sup>35</sup> Möslein/Lordt, Rechtsfragen des Robo-Advice, ZIP 2017, 793 ff.; Kohte, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 ff.; Günther/Böglmüller (oben Fn. 9); Klebe (oben Fn. 10).

Die datenschutzrechtliche Beurteilung führt meist zu akzeptablen Ergebnissen, die übermäßige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre vermeiden. Dazu kommt, dass dem Betriebsrat in fast allen Fällen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zukommt: Sobald Daten maschinell erfasst oder in ein Datenverarbeitungssystem eingegeben werden, greift dieses ein, sofern auch nur die Möglichkeit besteht, Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen. Da es genügt, wenn dies mit Hilfe von (schon vorhandenem) Zusatzwissen möglich ist, liegt ein solcher Fall sehr häufig vor. Zwei Bereiche sind allerdings derzeit noch nicht ausreichend bewältigt.

Beschäftigtendaten finden sich häufig im Internet. Dies kann vom Arbeitgeber veranlasst sein und der Präsentation des Unternehmens dienen, aber auch darauf beruhen, dass der Beschäftigte aus dienstlichen oder aus privaten Gründen in sozialen Netzwerken aktiv ist. Verbreitet sind Bewertungsportale z. B. in Bezug auf Ärzte, Lehrer und Professoren – bei ihnen kann der Beschäftigte durch unsachliche und beleidigende Kritik in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt werden.<sup>36</sup> Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Aussage aus dem Netz entfernt werden muss, so stellt sich das Problem, wie dies gegenüber im Ausland ansässigen Verbreitern bestimmter Nachrichten durchgesetzt werden kann. Dazu kommt, dass das Internet nichts vergisst. Man kann zwar eine Suchmaschine verpflichten, nicht mehr auf bestimmte unrichtige oder überholte Informationen hinzuweisen,<sup>37</sup> doch bleiben diese gleichwohl z. B. im Archiv eines Presseorgans weiter zugänglich. Den Gedanken, Websites oder einzelne Teile mit einem Verfallsdatum zu verweisen, bei dessen Überschreitung eine automatische Löschung erfolgt,<sup>38</sup> ist bisher nicht weiter verfolgt worden.

Die zweite Problematik rankt sich um den Begriff „Big Data“. Durch Erfassung und Auswertung einer außerordentlich großen Zahl von Daten wird ein Algorithmus erarbeitet, an dem sich dann Bewerber und Beschäftigte messen lassen müssen. So wird etwa davon berichtet, dass ein derartiges Programm u. a. die Empfehlung enthält, Personen, die fünf Jahre lang nicht befördert wurden und auch keine Gehaltserhöhung bekommen haben, für das Unternehmen „ohne Entwicklungsperspektive“ sind; von ihnen solle man sich möglichst

---

<sup>36</sup> Näher zu den Abwehrmöglichkeiten, die bei Überschreitung der Grenzen der Meinungsfreiheit bestehen, s. Däubler, Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 31 ff.

<sup>37</sup> EuGH 13.5.2014 – C-131/12, NJW 2014, 2257- Google Spain. S. zuletzt EuGH 24.9.2019 – C-136/17

<sup>38</sup> Sog. digitaler Radiergummi. Dazu Kalabis/Selzer, Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung, DuD 2012, 670 ff.

schnell trennen.<sup>39</sup> Diese in den USA entwickelte Software lässt sich wegen ihrer Intransparenz schwer mit europäischem Datenschutzrecht vereinbaren. Auch bedarf es nach Art. 22 DSGVO immer eines menschlichen Entscheiders, um die Empfehlung einer „Maschine“ umzusetzen, doch wird sich dieser möglicherweise der „Sachautorität“ des Systems beugen. Schwierige Rechtsfragen ergeben sich, wenn ein Konzern aufgrund eigener Daten den Versuch unternimmt, einen „Idealmitarbeiter“ zu konstruieren, an dem Bewerber und zur Beförderung anstehende Mitarbeiter gemessen werden.<sup>40</sup> Das traditionelle Datenschutzrecht geht davon aus, dass kein „Persönlichkeitsprofil“ erzeugt werden darf; auch die Erstellung eines „Profils“ des Teilbereichs „Rolle als Mitarbeiter“ ist ein übermäßiger Eingriff in die Persönlichkeitssphäre.<sup>41</sup> Dies wird dadurch bestätigt, dass das BAG es schon als unzulässig ansieht, wenn durch Auswertung zahlreicher Arbeitsschritte des Schadenssachbearbeiters einer Versicherung ein Bild von dessen Arbeitsverhalten erstellt wird.<sup>42</sup> Im konkreten Fall war erfasst worden, wie lange die Telefongespräche mit Schädigern und Geschädigten im Durchschnitt gedauert hatten, wie viel Zeit der Mitarbeiter benötigte, um das Ergebnis eines Telefongesprächs in den Computer einzugeben, und wie viele Fälle er in einer Woche und in einem Monat erledigte. Wer bei einem Punkt mehr als 10 % unter dem Durchschnitt lag, musste sich einem Gespräch mit dem Gruppenleiter stellen. Häufige Minderleistung kann zu einer Kündigung führen.<sup>43</sup>

Die Informationstechnik hat zur Entwicklung des Datenschutzrechts geführt, das auch die abhängige Arbeit erfasst. Ein unmittelbarer Rückgriff auf den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers hätte schwerlich überzeugende und voraussehbare Ergebnisse erbracht. Die Ausdifferenzierung durch das Datenschutzrecht belegt erneut die Flexibilität des Arbeitsrechts – wo der traditionelle Lösungsvorrat nicht genügt, entwickeln sich neue Grenzen für die „Indienstnahme“ des Arbeitnehmers.

## **VI. Plattformökonomie**

Wie viele Menschen in Deutschland Dienste erbringen, die von einer Plattform vermittelt werden, und wie viele als Crowdworker zu qualifizieren sind, ist unbekannt. Die Plattformen

---

<sup>39</sup> Däubler, Digitalisierung, § 9 Rn. 22 f.

<sup>40</sup> Dzida, Big Data und Arbeitsrecht, NZA 2017, 541 ff.

<sup>41</sup> Näher, Däubler, Gläserne Belegschaften (oben Fn. 33), Rn. 134e ff.

<sup>42</sup> BAG 25.4.2017 – 1 ABR 46/15, NZA 2017, 1205.

<sup>43</sup> Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (oben Fn. 5), § 1 KSchG Rn. 811.

veröffentlichen nur die Anzahl ihrer jeweiligen „Partner“ in einem Jahr. Ob es sich dabei um einen Einmalkontakt mit 2,50 Euro Vergütung handelte oder ob es um eine langfristige Zusammenarbeit ging, wird nicht ausgewiesen. Verbreitet ist die Einschätzung, dass insbesondere Studenten und Rentner die Crowdwork als Quelle für einen kleinen Nebenerwerb nutzen: Menschen, deren Haupterwerbsquelle eine Plattform ist, scheinen in Deutschland – anders als in den USA und in China - eher selten zu sein.

## **1. Der Arbeitnehmerbegriff**

In Deutschland wie in anderen Staaten stellt sich die Frage, ob die für eine Plattform Tätigen Arbeitnehmer sind oder nicht, ob also diese neuartige Beschäftigungsform in das arbeitsrechtliche System integriert werden kann. Ausgangspunkt ist der traditionelle Arbeitnehmerbegriff, der auf die persönliche Abhängigkeit, d. h. darauf abstellt, ob der Einzelne bei der Durchführung seiner Arbeit Weisungen unterworfen ist. Diese Abhängigkeit ist normalerweise nur gegeben, wenn der Arbeitende in eine Organisation seines Vertragspartners, insbesondere also in einen Betrieb integriert ist: Dieser verlässt sich darauf, dass er die ihm zugewiesene Rolle erfüllt. Der am 1. 4. 2017 in Kraft getretene § 611a BGB bestätigt dies und nennt als wichtiges Indiz, das gegen die persönliche Abhängigkeit spricht, die Möglichkeit, über Art, Zeit und Ort der Tätigkeit selbst zu verfügen. Ob im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis vorliegt, muss sich aus einer „Gesamtbetrachtung aller Umstände“ ergeben, wozu auch die Pflicht zählt, die Arbeit in eigener Person zu verrichten und dabei Produktionsmittel des Arbeitgebers zu verwenden.

Plattformen verzichten in aller Regel darauf, sich Weisungsbefugnisse vertraglich vorzubehalten oder sie faktisch auszuüben. Sie stehen normalerweise auf dem Standpunkt, bei den Arbeitenden handle es sich um Selbständige. Dies hat für die Betroffenen weitreichende Konsequenzen: Als Selbständige haben sie weder einen Urlaubsanspruch noch einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Auch lässt sich das Rechtsverhältnis so ausgestalten, dass es von heute auf morgen beendet werden kann; es fehlt also jeder Bestandsschutz. Sie sind nicht in die Betriebsverfassung einbezogen. Noch wichtiger ist, dass sie nach dem deutschen System auch nicht von der Sozialversicherung erfasst sind; die Lebensrisiken Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Invalidität, Alter und Pflegebedürftigkeit müssen auf eigene Kosten abgesichert werden. Aus wirtschaftlichen Gründen ist dies fast nie

möglich, so dass sie bei fehlenden Aufträgen und im Alter auf die Grundsicherung nach SGB II bzw. SGB XII angewiesen sind.

## **2. Rückgriff auf die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person?**

Dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip wird im deutschen Recht dadurch abgemildert, dass es die arbeitnehmerähnlichen Personen gibt. Dabei handelt es sich um Selbständige, die von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind, d. h. den größeren Teil ihres Einkommens von dieser (natürlichen oder juristischen) Person beziehen. Im Einzelfall kann die wirtschaftliche Abhängigkeit auch von zwei Personen bestehen. Hat der Einzelne den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person, so finden eine Reihe arbeitsrechtlicher Normen kraft Gesetzes auf ihn Anwendung:

- Nach § 2 Satz 2 BUrlG haben arbeitnehmerähnliche Personen Anspruch auf einen gesetzlichen Erholungsurlaub von 4 Wochen jährlich;
- Nach seinem § 2 Abs. 2 Nr. 3 gilt das ArbSchG grundsätzlich auch für arbeitnehmerähnliche Personen.
- Das AGG erfasst in seinem § 6 Abs. 1 Nr. 3 auch die arbeitnehmerähnlichen Personen, verbietet also auch ihnen gegenüber Diskriminierungen. Dies könnte Ausgangspunkt für einen gewissen Kündigungsschutz sein.
- § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG bezieht grundsätzlich auch Frauen in den Mutterschutz ein, die „wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sind.“
- § 7 Abs. 1 des Pflegezeitgesetzes gibt auch den Arbeitnehmerähnlichen einen Anspruch auf Freistellung bei unerwartetem Pflegebedarf und einen Anspruch auf Pflegezeit von bis zu sechs Monaten. § 2 Abs. 2 Familienpflegezeitgesetz verweist für die Familienpflege auf diese Regelung.

- Nach § 26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG zählen zu den durch das Gesetz geschützten „Beschäftigten“ auch Personen, die „wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.“

- Nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG können auch arbeitnehmerähnliche Personen in die betriebliche Altersversorgung einbezogen werden.

- § 12a TVG ermächtigt die sozialen Gegenspieler, auch für arbeitnehmerähnliche Personen Tarifverträge abzuschließen, nimmt jedoch in seinem Abs. 4 die Handelvertreter aus.

- Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG sind für Streitigkeiten zwischen einem Auftraggeber und einer arbeitnehmerähnlichen Person die Arbeitsgerichte zuständig. Dabei genügt es, wenn nach dem Vorbringen des Klägers entweder ein Arbeitsverhältnis oder eine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung vorliegt.

Die Länge der Liste darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei zentralen Teilen des Arbeitsrechts weiter gravierende Unterschiede bestehen. Nur bei wenigen gesetzlich nicht geregelten Einzelfragen hat die Rechtsprechung einen vorsichtigen Annäherungskurs gesteuert. So besteht am Ende der Rechtsbeziehung ein Zeugnisanspruch, auch wenn nicht auf der Basis eines Dienstvertrags nach den §§ 611 ff. BGB (zu denen auch die Zeugnisvorschrift des § 630 BGB gehört), sondern auf einer anderen vertraglichen Grundlage wie z. B. der eines Werkvertrags gearbeitet wurde.<sup>44</sup> Liegt ein Dienstvertrag vor, so wird auch § 616 BGB angewandt. Soweit nach § 12a TVG Tarifverträge möglich sind, steht arbeitnehmerähnlichen Personen das Streikrecht zu.

Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Dort schrieb das BAG<sup>45</sup> den bedeutungsvollen Satz nieder, „wegen des mit kaufmännischen Angestellten vergleichbaren Schutzbedürfnisses müssen (die §§ 74 ff. HGB) auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter Anwendung finden.“<sup>46</sup> Das Abstellen auf den Schutzbedarf könnte alle Gebrechen des Status quo mit einem Schlage heilen: Die letztlich dezisionistische Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs bliebe ohne Folgen, wenn man über das Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen den realen Schutzbedarf in vollem Umfang

---

<sup>44</sup> Nachweise bei Müller-Glöße in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 630 BGB Rn. 2.

<sup>45</sup> 21.1.1997 – 9 AZR 778/95, DB 1997, 1979 = NZA 1997, 1284.

<sup>46</sup> Grundsätzlich zustimmend Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 1118.

abdecken würde. Für den Beschäftigten macht es keinen Unterschied, ob er als Arbeitnehmer direkt vom Kündigungsschutzgesetz erfasst ist oder ob dieses auf ihn angewandt wird, weil er als arbeitnehmerähnliche Person vergleichbar schutzbedürftig ist.

Das Licht am Ende des Tunnels erweist sich jedoch als trügerisch: Die Entscheidung hat in Bezug auf andere Teile des Arbeitsrechts keine Nachfolger gefunden. Im Gegenteil: So hat etwa das BAG entgegen der herrschenden Auffassung in der Literatur<sup>47</sup> die Vorschrift des § 612a BGB nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt, obwohl sie in gleicher Weise in die Situation kommen können, wegen der Ausübung von Rechten benachteiligt zu werden. Dies wird mittelbar auch vom BAG anerkannt, da es in solchen Fällen auf § 138 BGB zurückgreift,<sup>48</sup> doch schien der näher liegende Weg über die Schutzwürdigkeit und die so begründete unmittelbare oder analoge Anwendung des § 612a BGB irgendwie nicht akzeptabel zu sein. Erst recht wird nicht daran gedacht, das KSchG auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken,<sup>49</sup> und auch eine Integration in die Betriebsverfassung wird nicht wirklich erwogen.<sup>50</sup> Schließlich genießt ein „Arbeitnehmerähnlicher“ keinen Schutz als schwerbehinderte Person nach dem SGB IX,<sup>51</sup> obwohl keinerlei Anhaltspunkte bestehen, dass er weniger Nachteile zu gewärtigen hat als ein Arbeitnehmer. Im Gegenteil, der fehlende Bestandsschutz gibt dem Auftraggeber alle Möglichkeiten, ein aus seiner Sicht inopportun erscheinendes Beschäftigungsverhältnis zu beenden, ohne dabei erst nach „wasserdichten“ Begründungen suchen zu müssen.

Was die Einbeziehung in die Sozialversicherung (und damit das wohl wichtigste Problem) betrifft, so bleiben die Arbeitnehmerähnlichen grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme findet sich nur in § 2 Nr. 9 SGB VI für die Rentenversicherung. Wer im Zusammenhang mit seiner selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und außerdem auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist,

---

<sup>47</sup> ErfK-Preis § 612a BGB Rn. 4; Treber, in: Bader/Fishermeier u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, (KR) 12. Aufl. 2019, § 612a BGB Rn. 7; Ascheid/Preis/Schmidt-Linck, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 612a BGB Rn. 3; Müller-Glöge in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 7. Aufl. 2016, § 612a BGB Rn. 4; Däubler/Deinert/Zwanziger-Däubler (oben Fn. 5), § 612a BGB Rn. 8; Henssler/Willemsen/Kalb-Thüsing, Arbeitsrecht. Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 612a BGB Rn. 4 (unter ausdrücklicher Zustimmung zu der auf die Schutzbedürftigkeit abstellenden Begründung); a. A. Schliemann in: Ders. (Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl. 2002, § 612a BGB Rn. 6

<sup>48</sup> BAG 14.12.2004 – 9 AZR 23/04, NZA 2005, 637.

<sup>49</sup> Umfassende Darstellung des Status quo bei KR-Rost/Kreutzberg-Kowalczyk, ArbNähnl. Pers., Rn. 39 ff.

<sup>50</sup> Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 5 Rn. 122; Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 5 Rn. 92 – 94; Plander, FS Däubler, 1999, S. 272 ff. (in taktvoller Auseinandersetzung mit alternativen Ansätzen des Verf.)

<sup>51</sup> ErfK-Rolfs § 168 SGB IX Rn. 3 mit Kritik und weiteren Nachweisen.

wird in die Rentenversicherung einbezogen. Allerdings statuiert § 6 Abs. 1a SGB VI zwei nicht unwichtige Ausnahmen: Wer erstmals eine selbständige Tätigkeit aufnimmt, ist in den ersten drei Jahren von der Versicherungspflicht befreit. Und: Wer nach Vollendung des 58. Lebensjahres erstmals die Voraussetzungen des § 2 Nr. 9 SGB VI erfüllt, ist ebenfalls ausgenommen. Beides erklärt sich nicht zuletzt damit, dass die Einbeziehung für den Betroffenen sehr kostspielig ist: Die Beiträge, die bei Arbeitnehmern zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer paritätisch aufgeteilt werden, muss der Selbständige alleine tragen.

### 3. Perspektiven

Bislang gibt es in Deutschland keine rechtskräftigen Entscheidungen, die den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts in der Plattformökonomie abstecken würden. Derzeit lässt sich im Grunde nur feststellen, dass auf der Grundlage der bisherigen Rechtsentwicklung keine Einheitsregelung möglich ist. Es wird Fälle geben, in denen die Gerichte ein Arbeitsverhältnis bejahen, es wird arbeitnehmerähnliche Personen geben, wenn vorwiegend für eine Plattform gearbeitet wird, und es wird (voll) Selbständige geben, die für unterschiedliche Plattformen tätig sind. Wo die Grenze zwischen den drei Gruppen genau zu ziehen ist, scheint derzeit noch offen zu sein.

Am wenigsten würde in das bestehende System eingegriffen, wenn die Rechtsstellung der Arbeitnehmerähnlichen dem Schutzbedarf entsprechend ausgestaltet würde. Dies bedeutet, dass diese Gruppe in das Kündigungsschutzgesetz einbezogen und auch der Kündigungsschutz für Schwerbehinderte auf sie erstreckt würde.<sup>52</sup> Außerdem müssten die Arbeitnehmerähnlichen als Teil der Belegschaft in die Betriebsverfassung integriert werden, so dass bei Plattformen ggf. Betriebsräte entstehen würden. Schließlich könnte auch der Mindestlohn auf sie erstreckt werden, doch müsste er wegen der Beiträge zur Sozialversicherung höher als der für Arbeitnehmer geltende sein.

Bei den übrigen Selbständigen kommt weder ein Bestandsschutz noch eine Einbeziehung in die Betriebsverfassung in Betracht. Lediglich eine gesetzlich festgeschriebene Mindestvergütung pro Stunde ist erwägendwert. Eine Rechtsnorm „Wer die Dienste einer anderen Person in Anspruch nimmt, muss dafür pro Stunde mindestens 12,5 Euro bezahlen“, wäre eine nur auf den ersten Blick ungewöhnliche Norm: Bei Ärzten, Rechtsanwälten und

---

<sup>52</sup> In diese Richtung auch Stöhr, Kleine Unternehmen, 2019, S. 425.

anderen freien Berufen gibt es jedoch zahlreiche Honorarordnungen, die das Entgelt betreffen und die anerkannte Bestandteile unserer Rechtsordnung sind. Warum sollten entsprechende Vorschriften nicht auch für gewöhnliche Erwerbstätige möglich sein?

## VII. Ein neues Arbeitsrecht?

Die digitale Welt verlangt in absehbarer Zukunft kein neues Arbeitsrecht.<sup>53</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass man das Datenschutzrecht mit seinen flexiblen Normen als Teil des Arbeitsrechts begreift, soweit es sich auf die abhängige Arbeit bezieht.

Die entstehenden neuen Probleme lassen sich mit den traditionellen Mitteln bewältigen. Regeln, die bisher eher im Hintergrund standen, können dabei plötzlich wichtig werden, während andere an Bedeutung verlieren. Dies wird bei der Begrenzung des Arbeitspensums deutlich, wo das Arbeitszeitrecht eher in den Hintergrund rückt, aber auch bei den arbeitnehmerähnlichen Personen, deren Rechtsstellung sehr viel wichtiger wird, wenn es nicht mehr nur um eine zahlenmäßig kleine Randgruppe geht. Orientierungen durch den Gesetzgeber wären wünschenswert, doch sind sie nicht unabdingbar: Vieles können auch die Gerichte im Wege der Auslegung bewältigen.

Die kollektive Interessenvertretung durch Betriebsräte und Gewerkschaften hat in den vergangenen zwanzig Jahren an praktischer Bedeutung verloren, doch haben die Ursachen praktisch nichts mit der Digitalisierung zu tun. Auf der anderen Seite führen vernetzte Systeme dazu, dass schon eine kleine Gruppe von Beschäftigten beträchtliche Teile des Arbeitsprozesses lahmlegen könnte und so über erhebliche Druckmittel verfügt.<sup>54</sup> Auch ist daran zu erinnern, dass im Internet schon eine Reihe von Aktionen stattgefunden hat,<sup>55</sup> die durchaus wiederholt werden können. Die netzförmige Organisation, die bei Unternehmen typisch geworden ist, könnte auch auf Arbeitnehmerseite Bedeutung gewinnen. Eine Verständigung, wie man gegen inakzeptable Arbeitsbedingungen angehen kann, ist auch in Netzen und auf informeller Ebene möglich.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Dies gilt auch für einen hier nicht problematisierten Personalabbau; die Grundsätze werden insoweit keine anderen sein als in der vordigitalen Zeit.

<sup>54</sup> Kersten/Giesen (oben Fn. 2), S. 47.

<sup>55</sup> Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 31 Rn. 16 ff.; Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, HSI-Schriftenreihe Band 1, 2012, S. 39.

<sup>56</sup> Zum bemerkenswerten Beispiel Vietnams s. Däubler, Trade Union Pluralism in Vietnam – Coping with Informal Associations, in: Traub-Merz/Pringle (Eds), Trade Unions in Transition, Friedrich-Ebert-Stiftung 2018, p. 149 ff. (zugänglich auch über <https://library.fes.de/pdf-files/iez/14633.pdf> - 23.10.2019).

