

Gutachten:

**Regulierung mobiler und digitaler Arbeit – Anforderungen
an das Arbeitsrecht**

Autor:

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

24. Februar 2015

erstellt im Auftrag des Deutschen Bundestages

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	7
A. Die Ausgangssituation	2
I. Das Normalarbeitsverhältnis als Ausgangspunkt	2
II. Die Trennung von Arbeit und Freizeit	5
1. Der Grundsatz	5
2. Ausnahme: Längere Arbeitszeiten	7
3. Ausnahme: Hineinwirken des Arbeitsverhältnisses in die Freizeit	8
III. Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung	12
1. Der Grundsatz	12
2. Die Ausnahmen	13
IV. Gesundheitliche Belastungen	15
V. Kontrolle über die Beschäftigten	17
B. Veränderungen durch Informationstechnologien	19
I. Arbeit außerhalb des Normalarbeitsverhältnisses und außerhalb des Arbeitsrechts	19
1. Erosion des Normalarbeitsverhältnisses	19
2. Arbeit im Internet: Das Beispiel Crowdsourcing	20
a. Grundstruktur	21
b. Welche Arbeiten können erfasst werden?	21
c. Konsequenzen für die Arbeitsorganisation	23
d. Anwendung des Arbeitsrechts?	24
e. Crowdwork für ausländische Auftraggeber	25
II. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit	25

1. Verlängerung der Arbeitszeit	25
2. Aufhebung der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung	27
3. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit	29
III. Gefährdung der Gesundheit?	32
IV. Überwachung des Arbeitnehmers	33
1. Das Unternehmen als Informationseinheit	34
2. Arbeit im Internet	37
C. Die weiteren Fragestellungen	43
I. Verarbeitung der neuen Probleme in der juristischen Literatur	43
II. Lückenfüllung durch Anwendung des geltenden Rechts oder durch Gesetzgebung?	44
D. Crowdfunding – eine Herausforderung für den Arbeitnehmerbegriff	47
I. Der traditionelle Arbeitnehmerbegriff und seine Anwendung auf den Crowdworker	47
1. Die zentralen Elemente	47
2. Indizien für und gegen die Arbeitnehmereigenschaft	50
3. Anwendung auf Crowdworker	51
4. Alternative Konzepte	53
II. Der Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Person	54
1. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person	54
2. Die anwendbaren Arbeitsrechtsnormen	56
3. Der Sonderfall: Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende	59
4. Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen?	62
5. Crowdworker als Heimarbeiter?	63

III. Der zivilrechtliche Schutz des Crowdworkers	64
1. Überblick	64
2. AGB-Kontrolle der Verträge	65
a. Der Crowdworker als Verbraucher oder als Unternehmer	65
b. Anwendungsfälle der Inhaltskontrolle	67
aa. Schriftformklauseln	67
bb. Änderungsvorbehalte	67
cc. Bezahlung wie bei einem Preisausschreiben	69
dd. Nachbesserungsfristen	71
ee. Leistungsreduzierung der Plattform	71
ff. Antretung aller Rechte des Crowdworkers	72
gg. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	72
hh. Nicht erfasste Bereiche: Insbesondere Höhe der Gegenleistung	74
c. Rechtsdurchsetzung: Individualklage und Verbandsklage	74
3. Vertragskontrolle auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	75
4. Kartellrecht als Korrektiv?	76
a. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	76
b. Erstreckung auf marktstarke Unternehmen	78
5. Gewerbliche Schutzrechte des Crowdworkers	79
IV. Grenzüberschreitendes Crowdfunding	79
1. Grundsätzliche Vorüberlegungen	79
2. Das anwendbare Recht	79
a. Crowdworker als abhängig Beschäftigte	79
b. Crowdworker als Selbständige	80
3. Durchbrechungen des anwendbaren Rechts: Eingriffsnormen und Ordre public	81
4. Gerichtliche Zuständigkeit	82
V. Schutzdefizite und ihre mögliche Bewältigung	84
1. Schutzdefizite	84
2. Möglichkeiten der Abhilfe: Einbeziehung in das Arbeitsrecht	86
a. Der Grundsatz	86

b. Formulierungsvorschläge	87
c. Folgen im Einzelnen	90
3. Möglichkeiten der Abhilfe: Weiterentwicklung zu einem „sozialen Zivilrecht“?	92
4. Durchsetzungsperspektiven	92
a. Der Bedarf nach klaren Fakten	93
b. Akteure, die Veränderungen fordern	94
c. Akteure, die die öffentliche Meinung beeinflussen	95
d. Die Interessenlage der Unternehmen	96
e. Reformchancen bei Crowdworking	98
E. Arbeitsrecht und Privatleben – die jederzeitige Erreichbarkeit	101
I. Die Ausgangssituation	101
II. Die Dauer der Arbeitszeit und ihre Begrenzung durch das ArbZG	101
III. Die Lage der Arbeitszeit und ihre Begrenzung durch das ArbZG	105
IV. Neueinstellungen als erzwingbarer Ausweg?	106
V. Eine mögliche gesetzliche Regelung	108
1. Ergänzungen des Arbeitszeitgesetzes	109
2. Ergänzungen des Betriebsverfassungsgesetzes	110
3. Ergänzung des Bundesurlaubsgesetzes	113
4. Recht auf digitale Arbeit im BGB?	114
5. Durchsetzungsperspektiven	114
F. Probleme des Gesundheitsschutzes	117
I. Die neue Arbeitsstättenverordnung	117
II. Gefährdungsbeurteilung	117

III. Unfallversicherung und Arbeitgeberhaftung	120
IV. Durchsetzungsperspektiven	121
G. Reform des Überwachungsschutzes	122
I. Der bisherige Reformprozess	122
1. Datenschutz im Allgemeinen	122
2. Beschäftigtendatenschutz	123
II. Denkbare Weiterentwicklungen	125
1. Besserer Datenschutz innerhalb des Unternehmens	125
a. Übersichtlichkeit der rechtlichen Regelungen	125
b. Informationelle Gewaltenteilung	126
c. Datentransparenz	128
2. Arbeitnehmerdaten im Internet	129
a. Datenvermeidung und Datensparsamkeit – Datenschutz durch Technik	129
b. Transparenz durch Technik	130
c. Recht auf Vergessenwerden	130
d. Schutz des Persönlichkeitsrechts im Internet	131
3. Datenschutz als Wettbewerbsfaktor	132
III. Durchsetzungsperspektiven	133
Literaturverzeichnis	136
Abkürzungsverzeichnis	155

Zusammenfassung

Nach verbreiteter Einschätzung ist die Nutzung digitaler Arbeitsmittel zu einer universellen Erscheinung geworden.¹ Immer seltener sind sie bloßes Hilfsmittel, auf das man nur bei Bedarf zurückgreift; vielmehr prägen sie die Normalform der Arbeit. Tätigkeiten ohne PC, Laptop oder Smartphone ist noch immer vorhanden, werden aber mehr und mehr zur (leicht belächelten) Ausnahme. In jüngster Zeit verstärken sich Tendenzen zu mobiler Arbeit: Sie findet zu Hause, in der Bahn, auf dem Flughafen oder bei einem Kunden statt. Niemand interessiert sich dafür, an welchem Ort Berichte und Projektkonzeptionen entstanden sind oder von wo aus sich jemand in eine Videokonferenz eingeschaltet hat.

Haben diese und andere durch die Digitalisierung geprägten Veränderungen Auswirkungen auf das Arbeitsrecht oder ist dieses von Hause aus so flexibel, dass es sich an die veränderten Umstände anpasst und adäquate Lösungen bereit hält? Um dies beantworten zu können, hat das hier vorgelegte Gutachten in Kapitel A die bestehende rechtliche Situation für zentrale arbeitsrechtliche Themenfelder wie Normalarbeitsverhältnisse und andere Beschäftigungsformen, Verfügbarkeit, Überwachung und Gesundheitsschutz herausgearbeitet und analysiert. In Kapitel B des Gutachtens werden für alle diese Themenfelder die aktuellen Veränderungen dargestellt, die Folge der wachsenden Verbreitung von Informationstechnologien sind. In den Kapiteln C bis G werden die damit verbundenen Möglichkeiten und Notwendigkeiten für eine Neuregelung detailliert behandelt. Im Folgenden werden die Ergebnisse kurz zusammen gefasst.

A. Die Ausgangssituation

Das überkommene Arbeitsrecht charakterisiert sich in Deutschland durch bestimmte Merkmale, die sich bis zu den 1970-er Jahren herausgebildet haben.

Die große Mehrheit aller abhängig Arbeitenden ist im sog. Normalarbeitsverhältnis beschäftigt, einer Vollzeitätigkeit mit Kündigungsschutz, die durch Tarifverträge abgesichert ist und die eine Vergütung erbringt, die für eine durchschnittliche Familie zum Leben

¹ S. statt aller Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Zukunft der Arbeit in Industrie 4.0, Berlin 2014 (www.bmwi.de); Schwemmler/Wedde S. 7 ff., auch zum Folgenden.

ausreicht. Für die meisten Arbeitnehmer besteht ein Normalarbeitstag, der irgendwann zwischen 7 und 9 Uhr beginnt und irgendwann zwischen 15 und 17 Uhr endet.

Wohnung und Arbeitsplatz sind grundsätzlich getrennt. Die Heimarbeit gehört bis auf kleine Reste der Vergangenheit an. Wer das Fabrik- oder Bürogebäude verlässt, ist in aller Regel von weiterwirkenden Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis frei. Dies gilt erst recht für die Urlaubszeit, die von ursprünglich zwei Wochen kontinuierlich bis auf das heutige Niveau von knapp sechs Wochen angestiegen ist.

Bei der Arbeit selbst stehen für die meisten Beschäftigten die körperlichen Belastungen im Vordergrund. Sie schlagen sich in hoher Unfallhäufigkeit nieder. Die psychischen Belastungen bleiben eher eine Randgröße; der Begriff „Mobbing“ existiert noch nicht.

In den hierarchisch strukturierten Betrieben wird Kontrolle seitens der Vorgesetzten im Wesentlichen durch den „Blick über die Schulter“ und durch Rechenschaftspflichten ausgeübt. Vergütungsformen wie Akkord- und Prämienlohn versuchen, das Eigeninteresse des einzelnen Beschäftigten an guten Arbeitsergebnissen zu mobilisieren und so Kontrolle überflüssig zu machen; sie haben erhebliche Bedeutung.

B. Veränderungen durch Informationstechnologien

Die seit der zweiten Hälfte der 1970-er Jahre verstärkt eingesetzten Informationstechnologien führten zu einer langsamen Erosion der bisherigen Regeln.

Das Normalarbeitsverhältnis hat zwar noch immer eine beherrschende Funktion, doch ist seine relative Bedeutung erheblich zurückgegangen. Aus Gründen, die weniger mit Informationstechnologien als mit der Globalisierung und verändertem Verhalten von Unternehmen auf den Märkten zu tun haben, gewannen atypische Arbeitsverhältnisse bis hin zu geringfügiger Beschäftigung kontinuierlich an Bedeutung. Das weitere Fortschreiten von Informationstechnologien erleichtert zusätzlich die Auslagerung bestimmter Tätigkeiten und den Einsatz von Soloselbständigen, die dem Arbeitsrecht nicht mehr (oder jedenfalls nicht mehr voll) unterliegen. Die Telearbeit hat trotz ihrer gewachsenen Bedeutung diese Folge noch nicht gehabt, doch wird es nach allen Voraussagen beim crowdworking anders sein. Dort wird sich ein weltweiter Wettbewerb um „Arbeitsaufgaben“ herausbilden, die auch von

Arbeitskräften aus Niedriglohnländern in korrekter Qualität erbracht werden können. Je weiter dieser Bereich des (aus Sicht der Unternehmen so genannten) „crowdsourcing“ reicht, umso schmaler wird der Anwendungsbereich des herkömmlichen Arbeitsrechts.

Die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz wird immer mehr relativiert. Die alternierende Telearbeit (z.B. zwei Tage im Büro, drei Tage zu Hause) bringt dies bereits mit sich. Noch stärkeren Einfluss hat die Nutzung mobiler Arbeitsmittel wie Smartphone, Tablet Computer und Laptop, die aufgrund ihrer Verbindung mit dem Internet einen Arbeitsbeginn zu beliebigem Zeitpunkt und an beliebigem Ort zulassen. Häusliche Arbeit kann so zu einer ausdrücklichen oder implizite vereinbarten Pflicht werden. Sind multinationale Konzerne in unterschiedlichen Zeitzonen angesiedelt, kann sich für bestimmte Mitarbeiter die Notwendigkeit ergeben, rund um die Uhr erreichbar zu sein. Das Privatleben wird von den Arbeitsanforderungen immer mehr überlagert.

Die Zahl der Arbeitsunfälle geht gegenüber dem Zeitalter der traditionellen Industrie drastisch zurück; gleichzeitig hat sich der Anteil an psychischen Erkrankungen erhöht. Dies lässt sich möglicherweise mit gesteigertem Konkurrenzdruck am Arbeitsplatz und mit übergroßer Arbeitsbelastung (einschließlich potentieller Überforderung) erklären.

Die Informationstechnologien ermöglichen eine umfassende Kontrolle. Jeder Internet-Kontakt und jedes Vertippen am Computer kann erfasst werden, von den Kommens- und Gehenszeiten und den Präferenzen in der Kantine ganz zu schweigen. Besonders deutlich wird dies bei Call Centern, wo aus Gründen der Qualitätssicherung beispielsweise die Telefongespräche aufgezeichnet und ausgewertet, oft auch zusätzlich auf die Benutzung von „keywords“ untersucht werden. Der Aufenthaltsort von Außendienstmitarbeitern kann mit Hilfe von Handy-Ortung und GPS sekundengenau ermittelt werden, was bisher mangels technischer Möglichkeiten nicht denkbar war. Die RFID-Technik ermöglicht nicht nur die Kontrolle des Warenflusses, sondern auch Bewegungsprofile von Beschäftigten. Immer mehr wird zudem die Präsenz in sozialen Netzwerken wie Facebook und Google+ zur dienstlichen Aufgabe, was das Verhalten des Einzelnen für eine weltweite Öffentlichkeit nachvollziehbar macht. Dazu kommt der potentielle Zugriff staatlicher Stellen auf alle vorhandenen Daten, der im Zusammenhang mit geheimdienstlichen Praktiken in letzter Zeit zum öffentlich wahrgenommenen Problem wurde.

C. Die weiteren Fragestellungen

Die hier skizzierten Folgen der Informationstechnik wurden im Arbeitsrecht bisher immer nur im Hinblick auf einen bestimmten „Sektor“ behandelt und damit nur aus einer spezifischen Sicht zur Kenntnis genommen. Die größte Aufmerksamkeit fanden in der Rechtswissenschaft wie in der Öffentlichkeit die Kontrollmöglichkeiten gegenüber den Beschäftigten, die unter dem Stichwort „Arbeitnehmerdatenschutz“ abgehandelt werden. Dazu erschienen in den letzten Jahren zahlreiche Handbücher² sowie Kommentare,³ die auch die mittlerweile deutlich wachsende Zahl von gerichtlichen Entscheidungen verarbeiten. Die anderen Folgen der „Digitalisierung“ der Arbeitswelt fanden in der arbeitsrechtlichen Literatur dagegen einen sehr viel geringeren Niederschlag. Zwar war die Telearbeit schon früh Gegenstand von Untersuchungen,⁴ doch ist dies für das allmähliche Verschwinden der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung, von Arbeit und Privatsphäre nicht der Fall.⁵ Auch die Diskussion um „Crowdworking“ steht unter Juristen noch am Anfang.⁶ Weiter fehlt es an einer problemübergreifenden Gesamtdarstellung.

D. Crowdworking – eine Herausforderung für den Arbeitnehmerbegriff

Das Normalarbeitsverhältnis kann aufgrund des „crowdworking“ durch neue Formen der Soloselbständigkeit unterlaufen werden. Dabei findet anders als bei den atypischen Arbeitsverhältnissen das Arbeitsrecht überhaupt keine Anwendung mehr. Lediglich dann, wenn überwiegend für einen oder zwei Anbieter im Netz gearbeitet wird, kann der Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Person angesehen werden mit der Folge, dass

² S. etwa Gola/Wronka, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Rechtsfragen und Handlungshilfen, 6. Aufl. 2013; Tinnfeld/Buchner/Petri, Einführung in das Datenschutzrecht. Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Aufl. 2012 (unter eingehender Einbeziehung auch des Arbeitnehmerdatenschutzes); Wybitul, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, 2011; Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch, 2014; Weth/Herberger/Wächter, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis. Praxishandbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 2014; Däubler, Gläserne Belegschaften? 5. Aufl. 2010 (6. Aufl. abgeschlossen, erscheint im November 2014); Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010.

³ Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar, 4. Aufl. 2014; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2013; Taeger/Gabel (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Aufl. 2013; Plath (Hrsg.), BDSG. Kommentar zum BDSG sowie zu den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2013; Bergmann/Möhrle/Herb, Kommentar zum BDSG, Loseblatt

⁴ Überblick bei Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 5 Rn 41 ff. mit Nachweisen Fn. 159

⁵ Überlegungen dazu aber bei Däubler, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts? Soziales Recht (SR) 2014, S. 45 – 65.

⁶ S. Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4 ff.; zur sozialwissenschaftlichen Diskussion s. Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing. Eine Literaturstudie, Arbeitspapier Nr. 287 der Hans-Böckler-Stiftung, 2013; Benner, Amazonisierung der Arbeit durch Crowdsourcing? CuA Heft 4/2014 S. 17

einzelne arbeitsrechtliche Normen (nicht aber beispielsweise das Kündigungsschutz- oder das Betriebsverfassungsgesetz) Anwendung finden. Soweit dies nicht der Fall ist – und dies scheint in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle so zu sein⁷ - finden zivilrechtliche Vorschriften Anwendung, die nicht auf die spezifischen Schutzbedürfnisse von abhängig Beschäftigten ausgerichtet sind. Dabei stellt sich die Frage, ob das Zivilrecht eine Auslegung erfahren kann, die auch dieser Gruppe von Beschäftigten einen ausreichenden Schutz gewährt. In Betracht kommen hierfür insbesondere die §§ 305 – 310 BGB, die eine Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen vorsehen, aber auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Schutz der schwächeren Seite in vertraglichen Beziehungen. Genügt dies nicht, wäre als Alternative eine Art „Internet-Arbeitsrecht“ zu entwickeln, das die bisherigen arbeitsrechtlichen Grundsätze an die veränderten Rahmenbedingungen anpasst, was ohne gesetzgeberische Intervention schwer vorstellbar ist. Beim einen wie beim anderen Weg sind auch die Möglichkeiten auszuloten, ob auf nationaler und auf europäischer Ebene Regeln bestehen oder entwickelt werden können, wonach der Arbeitende an seinem Arbeitsort die Gerichte anrufen kann und diese das an ihrem Sitz geltende Recht anwenden. In Bezug auf das Mindestlohngesetz von Kalifornien ist derzeit eine entsprechende class action (Gruppenklage) in San Francisco anhängig.

Durchsetzungsperspektiven für gesetzgeberische Reformen

Ob es zu einer Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des im Gutachten Dargestellten oder wenigstens zu einer Einbeziehung der Crowdworker in das Arbeitsrecht kommt, lässt sich nicht sicher voraussagen. Möglich ist nur, Faktoren und Konstellationen herauszuarbeiten, angesichts derer höhere oder geringere Realisierungschancen bestehen. Gesetzgebung ist ein komplexer Prozess, dessen konkrete Verläufe auch von subjektiven Eigenschaften und Präferenzen einzelner Entscheidungsträger abhängen, die sich im Regelfall einer genauen Erfassung durch den Beobachter entziehen.

Der Bedarf nach klaren Fakten

Die Chancen einer rationalen Entscheidung erhöhen sich, wenn exakte Kenntnisse über den zu regelnden Bereich vorliegen. Dies einmal deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber verlangt, sich bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen im Rahmen des

⁷ Dazu Klebe/Neugebauer AuR 2014, 4 ff.

Möglichen und Zumutbaren sachkundig zu machen, um eine adäquate Entscheidung treffen zu können. Da dies beispielsweise bei der Festlegung des Hartz IV – Regelsatzes nicht geschehen war, wurden die (damaligen) Vorschriften des SGB II für verfassungswidrig erklärt.⁸ Zum andern ist eine objektive und umfassende Aufklärung des Sachverhalts aber auch deshalb von großem Nutzen, weil auf diese Weise reale, aber auch vermeintliche Schutzdefizite herausgearbeitet werden können. Dies erleichtert entscheidend die Argumentation für oder gegen eine bestimmte Regelung. Es empfiehlt sich deshalb, die Realität des Crowdfunding weiter im Blick zu behalten und die soziale Situation der in diesem Rahmen Arbeitenden möglichst umfassend aufzuklären. So ist etwa nicht bekannt, wie viele Crowdworker diese Tätigkeit als Haupterwerbsquelle nutzen und wie viele sie nur als Nebenerwerb oder „Hobby“ begreifen. Für die Beurteilung des realen Regelungsbedürfnisses ist dies von entscheidender Bedeutung.

Akteure, die Veränderungen fordern

Eine gesetzliche Regelung oder eine innovative Rechtsprechung, die etwa den Arbeitnehmerbegriff ausweitet, ist aller Voraussicht nach nicht allein das Werk wohlwollender, sozial engagierter Menschen. Vielmehr gibt es voraussichtlich eine ganze Reihe von Akteuren, die eine solche Entscheidung vorbereiten, gewissermaßen die notwendige Atmosphäre schaffen und sich dabei auf bestehende Interessen stützen. Daneben ist aber auch an solche Akteure zu denken, die einer derartigen Entscheidung ablehnend gegenüber stehen und ihren Einfluss in diesem Sinne zur Geltung bringen.

Geht es um arbeitsrechtliche Veränderungen, treten typischerweise als „Fordernde“ die Gewerkschaften auf. Bisweilen artikulieren sich auch Betriebsräte (etwa in Form von Unterschriftensammlungen), was im politischen Bereich höhere Wirkung entfalten kann, weil sie Wähler aller Parteien vertreten, während die Gewerkschaften in dem Ruf stehen, hauptsächlich einer Partei politisch verbunden zu sein.

Artikulieren sich Gewerkschaften und Betriebsräte, so kann dies von den öffentlichen Medien aufgegriffen werden. Dies setzt voraus, dass die „Fordernden“ über präzise Informationen zur sozialen Realität verfügen, insbesondere konkrete Fälle benennen können, die in der Öffentlichkeit Interesse erwecken und der Verallgemeinerung zugänglich sind.

⁸ BVerfG, Urteil vom 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 –, BVerfGE 125, 175-260 = NJW 2010, 505

Akteure, die die öffentliche Meinung beeinflussen

Ob der Gesetzgeber aufgrund von derartigen Forderungen tätig wird, hängt einmal davon ab, ob sich in der Öffentlichkeit eine einheitliche Meinung herausgebildet hat oder ob es differenzierte Positionen gibt. Dabei spielt es im sozialpolitischen Bereich eine große Rolle, ob sich als ungerecht empfundene Benachteiligungen im Inland abspielen oder ob nur im Ausland arbeitende Menschen betroffen sind. Zwar gibt es in der Öffentlichkeit bisweilen auch ein „altruistisches“ Engagement zugunsten von Menschen in Entwicklungs- und Schwellenländern, doch bleibt es bislang im wesentlichen den Unternehmen überlassen, ob sie sich durch „Verhaltenskodizes“ oder Vereinbarungen mit internationalen Gewerkschaftsorganisationen zur Einhaltung von Mindeststandards verpflichten wollen, deren Verbindlichkeit überdies zweifelhaft ist. Ernsthaftige Bemühungen um gesetzliche Regelungen kommen nur in Betracht, wenn die von einem „Missstand“ oder einer „Ungerechtigkeit“ Betroffenen im Inland ansässig sind, so dass sich zahlreiche Menschen vorstellen können, in eine vergleichbare Lage zu geraten.

Zur „Öffentlichkeit“, die für die Durchsetzungschancen von Forderungen erhebliche Bedeutung besitzt, gehört auch die Fachöffentlichkeit. Ökonomen und Sozialwissenschaftler sind insbesondere bei der Aufklärung des Sachverhalts gefragt; Juristen, die häufig in Ministerien über eine relativ starke Stellung verfügen, untersuchen die „Machbarkeit“ und die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Dabei können sie sowohl als „Bremser“ wie auch als „Beschleuniger“ in Erscheinung treten. Welchen Einfluss diese Fachöffentlichkeiten im Einzelnen haben, mag auch von subjektiven Zufälligkeiten wie den Vorkenntnissen der politischen Entscheidungsträger abhängen. Genaue Informationen hierzu sind nicht ersichtlich.

In die Öffentlichkeit gehen ggf. Stellungnahmen aus der Zivilgesellschaft ein. Wird ein Problem als „erhebliches“ wahrgenommen, schalten sich je nach Gegenstand bestimmte Verbände, aber auch Kirchen ein, deren Stellungnahmen ein mehr oder weniger großes Gewicht zukommt.

Die Interessenlage der Unternehmen

Bei arbeitsrechtlichen Forderungen besteht die Besonderheit, dass ihre Realisierung häufig (wenn auch nicht immer) Kosten für die Unternehmen verursacht. Auch kann es Fälle geben, in denen für die Personalabteilungen zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, was derzeit im Zusammenhang mit dem Mindestlohngesetz diskutiert wird. Die „Kostenempfindlichkeit“ von Unternehmen ist verständlicherweise von deren wirtschaftlicher Situation abhängig, die sehr unterschiedlich ist. Die Unternehmervverbände werden sich dabei häufig die Belange ihrer wirtschaftlich schwächsten Mitglieder zueigen machen, weil dies auch die besser gestellten entlastet, also zu einem Konsens unter allen Mitgliedern führt und so die Legitimation des Verbandes sichert. Angesichts des internationalen Wettbewerbs wird jede Kostenbelastung engagiert abgelehnt. Die an gesetzgeberischen Entscheidungen beteiligten politischen Parteien betrachten eine starke Stellung deutscher Unternehmen auf dem internationalen Markt gewissermaßen als unverrückbares Datum, zu dem man sich nicht in Widerspruch setzen will. Von daher haben Forderungen, die mit Kostenbelastungen verbunden sind, im politischen Raum von vorne herein einen sehr schweren Stand.

Mittel- bis langfristig denkende Unternehmen und ihre Verbände sehen selbstredend nicht nur die aktuelle Kostenbelastung. Die Bezahlung der Beschäftigten und die Entwicklung einer guten Arbeitsatmosphäre sind entscheidende Voraussetzungen für die Beibehaltung oder Steigerung der Arbeitsproduktivität, die zu einem beträchtlichen Teil von der Motivation der Beschäftigten, insbesondere ihrer Identifizierung mit den übernommenen Aufgaben abhängt. Unzufriedenheit im Betrieb, die sich in erheblicher Fluktuation und hohem Krankenstand, im Extremfall auch in einer bewussten Arbeitszurückhaltung oder in Streiks niederschlagen kann, sind Signale dafür, dass die Bezahlung und/oder die Umgangsformen einer Verbesserung bedürfen. Relevant ist dies insbesondere dort, wo Menschen mit Spezialkenntnissen benötigt werden, die nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten ersetzt werden können. Bei anderen Tätigkeiten kann eine Reaktion auf Unzufriedenheit auch darin bestehen, die Beschäftigten auszutauschen oder einzelne Funktionen bewusst ins Ausland, in eine Niedriglohnumgebung zu verlagern, wo sich vermutlich Unzufriedenheit gar nicht oder ungleich weniger artikulieren wird.

Reformchancen bei Crowdfunding

Welche Chancen ergeben sich unter diesen Umständen für Crowdfunder, ihre Situation in dem oben skizzierten Sinne zu verbessern? Im Vergleich zu allgemeinen arbeitsrechtlichen Forderungen ergeben sich ein paar Besonderheiten.

Ein beträchtlicher Teil der Crowdfunder arbeitet voraussichtlich in Ländern mit einem Lohnniveau, das weit unter dem deutschen liegt. Schon die räumliche Entfernung, aber auch die unterschiedliche Nationalität führen dazu, dass im Grundsatz keine Initiativen zugunsten dieser Beschäftigtengruppe zu erwarten sind. Dies ist allenfalls dann anders, wenn in einem Betrieb eine konkrete Verlagerung von Arbeitsplätzen droht. Dies ist aber kein Spezifikum des Crowdfunding; vielmehr gibt es zahlreiche Beispiele hierfür aus den letzten zwanzig Jahren, ohne dass dies zu mehr als zu betrieblichen Gegenaktionen geführt hätte. So betraf etwa die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, dass auch ein Sozialtarifvertrag erstreikbar sei, der erheblich höhere Leistungen als die in einem Sozialplan üblichen vorsieht, eine drohende Verlagerung ins Ausland.⁹ Eine Verbesserung der im Ausland bestehenden Lohn- und Arbeitsbedingungen war praktisch nie Gegenstand rechtspolitischer Forderungen. Hierfür fehlten nicht nur die bewusstseinsmäßigen Voraussetzungen; vielmehr wäre auch die juristische Machbarkeit problematisch gewesen.

Erfolgreiche Initiativen lassen sich unter diesen Umständen am ehesten zugunsten von Crowdfundern vorstellen, die ihrer Tätigkeit im Inland nachgehen. Dabei wird man aber nicht erwarten können, dass sie ähnlich wie Arbeitnehmer in einem traditionellen, durch räumliche Nähe charakterisierten Betrieb in großer Zahl einer Gewerkschaft beitreten. Vielmehr spricht sehr viel mehr dafür, dass im Internet ein kritisches Forum entsteht, in das einzelne Betroffene ihre Erfahrungen einbringen können. Vorbild könnte „Turkopticon“ sein, das sich in den USA gebildet hat und wo sich die bei Amazon Mechanical Turk tätigen Crowdfunder über die Erfahrungen mit einzelnen Auftraggebern austauschen; ggf. hat dies zur Folge, dass bestimmte Unternehmen als „unfair“ eingestuft und Verträge mit ihnen nicht mehr empfohlen werden.¹⁰ Insoweit ist der Weg in die Öffentlichkeit möglicherweise sehr viel kürzer als bei anderen Problemen des Arbeitslebens, die erst vermittelt durch Interessenvertretungen eine größere Öffentlichkeit erreichen. Dass sich die Gewerkschaften der bekannt werdenden Probleme annehmen werden, kann als relativ sicher vorausgesetzt werden.

⁹ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 - NZA 2007, 987. Weitere Fälle bei DKKW-Däubler § 111 Rn. 15 ff.

¹⁰ Dazu Irani/Silberman, Turkopticon, in: Benner (Hrsg.), Crowdfunder – zurück in die Zukunft? S. 131 ff.

Ein wesentlicher Faktor für ein über die unmittelbar Betroffenen hinausgehendes Engagement wird sein, inwieweit andere Beschäftigte die Gefahr sehen, dass sie in den Strudel der Entwicklung gerissen und durch einen Crowdworker ersetzt werden oder selbst in dieser Rolle tätig werden müssen. Die objektive Gefahr, dass Crowdfunding zu einer sehr weit verbreiteten Arbeitsform wird, ist nicht von der Hand zu weisen.¹¹ Entsprechende Möglichkeiten auch auf betrieblicher Ebene rechtzeitig zu identifizieren, ist eine wichtige Aufgabe von Betriebsräten und Gewerkschaften.

Unterstellt, Crowdfunding wird im Laufe der Jahre zu einer verbreiteten Arbeitsform, so wird auf Beschäftigtenseite die Forderung viel Unterstützung finden, auch insoweit arbeitsrechtliche Grundsätze anzuwenden. In der Öffentlichkeit kann dies gleichfalls der Fall sein, was aber insbesondere davon abhängt, ob „Missstände“ einer Überausbeutung auftreten, die großes öffentliches Interesse finden. Für die Unternehmen kann die Frage eine wichtige Rolle spielen, dass das Arbeitsrecht planbare Arbeitsbeziehungen ermöglicht, die nicht durch Resistenz, Streiks oder ein Übermaß an Fluktuation gekennzeichnet sind. Das Beharren auf den zivilrechtlichen Grundsätzen für Werkverträge kann zwar kurzfristig Kosten sparen, doch besteht die Gefahr, dass sich mittelfristig keine verlässlichen Zusammenarbeitsformen insbesondere mit Fachkräften ergeben. Inwieweit diese Perspektive von den Entscheidungsträgern geteilt wird, lässt sich nicht prognostizieren. Der Hinweis auf diese Gefahren sollte aber nicht unterbleiben.

E. Dauernde Erreichbarkeit

Die durch die Digitalisierung der Arbeitsabläufe erleichterte Erreichbarkeit der Beschäftigten auch außerhalb der vereinbarten Arbeitszeiten kollidiert in vielfältiger Weise mit den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG). Da eine nicht nur geringfügige Aktivität als „Arbeit“ zählt, auch wenn sie zu ungewöhnlichen Zeiten stattfindet, kann unschwer die Zehn-Stunden-Grenze des § 3 Satz 2 ArbZG überschritten sein. Wiederholen sich solche Anforderungen, kann auch die dort vorgesehene 48-Stunden-Woche im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen nicht eingehalten sein. Häufig wird man überdies die elfstündige Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG nicht beachten können. Erhält der Arbeitnehmer beispielsweise abends um 10 Uhr die telefonische Bitte, eine Powerpoint-

¹¹ S. dazu die Angaben unter B I 2 b

Präsentation für die auf den nächsten Morgen um 8 Uhr terminierte Sitzung vorzubereiten, und arbeitet er bis Mitternacht, so ist eine Verletzung des § 5 ArbZG gewissermaßen vorprogrammiert. Auch das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit nach § 9 Abs. 1 ArbZG wird trotz der zahlreichen Durchbrechungen in § 10 ArbZG häufig nicht eingehalten werden, da letzterer keinen Ausnahmetatbestand „Arbeit mit PC oder im Internet“ kennt. Dies alles hat nicht nur Rechtsverstöße, sondern eine (potentielle) „Okkupation“ des Privatlebens durch die Arbeit zur Folge, die bei bestimmten Beschäftigtengruppen schon heute beobachtbar ist.

Die absehbare Nichtanwendung wichtiger Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes führt zu einem Korrekturbedarf. Dabei stellen sich zwei Fragen:

Kann das ArbZG durch personelle Verstärkung der Aufsichtsbehörden und durch schärfere Sanktionen wirksamer gemacht werden? Ist es eine generalisierbare Alternative, nach dem Vorbild von VW den Zugang zur dienstlichen IT am Abend und am Wochenende zu sperren?

Soweit solche Möglichkeiten ausscheiden, weil man das individuelle Kommunikationsverhalten nicht überwachen kann und will bzw. weil eine „Sperrung“ keine ausreichende Akzeptanz bei den unmittelbar Betroffenen findet, so muss man sich überlegen, inwieweit man die Menge und Intensität der Arbeit so steuern kann, dass die Inanspruchnahme zu ungewöhnlichen Zeiten auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt und insgesamt keine Überlastung der betroffenen Personen eintritt. Hierbei wird auch die Rolle der Betriebsräte zu thematisieren sein.

Durchsetzungsperspektiven für gesetzgeberische Reformen

Die allgemeinen Rahmenbedingungen für arbeitsrechtliche Veränderungen gelten auch hier;¹² insoweit soll von Wiederholungen abgesehen werden. Im Kern geht es bei den hier vorgeschlagenen Veränderungen um einen weitreichenden „Tausch“: Die Arbeitnehmerseite gibt einzelne Bestimmungen des ArbZG, insbesondere die völlige „Abschottung“ in der Freizeit auf. Auf der anderen Seite akzeptiert die Arbeitgeberseite eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitsintensität, was bisher in dieser Form nicht zur Debatte stand.

Anders als beim Crowdfunding¹³ handelt es sich um ein Problem, das die Öffentlichkeit

¹² Zu ihnen D V 4

¹³ Dazu D V 4

bereits in weitem Umfang beschäftigt. Die universelle Erreichbarkeit und ein damit ggf. verbundener gesundheitsschädlicher Arbeitsstress werden von vielen als aktuelle Erschwerung im Arbeitsleben gesehen. Die Öffentlichkeit ist alarmiert – und Maßnahmen wie die Abschaltung der Server nach Feierabend und am Wochenende bei VW haben einen hohen Bekanntheitsgrad erlangt. Dass viele Bestimmungen des ArbZG bei einer wachsenden Zahl von Beschäftigten leerlaufen, wird als zu lösendes Problem wahrgenommen.

Trotz dieser im Grunde positiven Voraussetzungen überwiegen derzeit die Schwierigkeiten. Gewerkschaften wie Arbeitgeberverbände sind wenig geneigt, eigene Positionen aufzugeben, ohne zu wissen, ob die „Gegenleistung“ wirklich das hält, was sie verspricht. Dies wurde insbesondere an der Diskussion über ein Arbeitsvertragsgesetz deutlich, wo keine Seite die Bereitschaft zeigte, auch nur das Risiko einer für sie nachteiligen Änderung der Rechtsprechung einzugehen.¹⁴ Für die Arbeitgeberseite kommt hinzu, dass die Mitbestimmung über den einem einzelnen Arbeitnehmer zugewiesenen Arbeitsbereich ihre Kompetenzen in einem Bereich beschneidet, wo sie bisher völlig unbestritten waren. Dies macht ein Ja-Wort besonders schwierig.

Positive Beispiele könnten gerade in diesem Bereich Befürchtungen zerstreuen, durch die Veränderung in unzumutbarem Maße eigene Einflussmöglichkeiten einzuschränken. Dabei wird es in Zukunft nicht allein darum gehen können, durch Betriebsvereinbarungen oder sie ausführende Einigungen innerhalb von Arbeitsgruppen die Erreichbarkeit auszuschließen. Vielmehr wäre die Regelung der Arbeitsmenge einzubeziehen, wie dies mittelbar auch in den unter IV wiedergegebenen Gerichtsentscheidungen der Fall war. Die Tatsache, dass im Arbeitsrecht auf betrieblicher und tariflicher Ebene eine dezentrale Rechtssetzung möglich ist, eröffnet die Chance, in weitem Umfang Erfahrungen zu sammeln und so eine gesetzliche Regelung vorzubereiten, mit der sich alle Beteiligten identifizieren können.

F. Psychische Belastungen

Die psychischen Belastungen, die gerade auch die Digitalisierung der Arbeit mit sich bringt, sind seit 2013 Gegenstand der Gefährdungsbeurteilung, die nach § 5 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) erstellt werden muss. Die neue Vorschrift des § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG reagiert insoweit auf die kontinuierliche Steigerung psychischer Erkrankungen.

¹⁴ Vgl. Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt ohne Erfolgsaussicht? Frankfurt/Main 2009. Der Verf. kann sich insoweit auch auf eigene Beobachtungen als Berater des DGB stützen.

Für die Praxis wie für den Gesetzgeber stellt sich dabei aber das Problem, ob es bei dieser Grundsatzentscheidung bleiben kann oder ob eine Konkretisierung gerade im Hinblick auf die hier interessierenden Arbeitsformen erforderlich ist. Wie sind psychische Belastungen im Einzelnen zu bestimmen? Was ist nur „unangenehm“, was schon eine „Belastung“? Genügt es, dass der Betriebsrat darüber mitbestimmen kann, welche konkreten Fragen untersucht werden und wer diese Aufgabe übernimmt? Was kann getan werden, damit die Gefährdungsbeurteilung entgegen einer verbreiteten Praxis nicht nur eine „Schubladenexistenz“ fristet, sondern in der betriebliche Realität unmittelbare Wirkungen entfaltet? Ist hier eine Erweiterung des Gesetzes geboten oder wäre an eine Rechtsverordnung zu denken? Müsste man der Arbeitsaufsicht zusätzliche Befugnisse einräumen?

Durchsetzungsperspektiven für gesetzgeberische Reformen

Angesichts der anstehenden Verabschiedung der neuen Arbeitsstätten-VO, die den Inhalt der Bildschirmarbeits-VO in sich aufnehmen soll, ist in diesem Gutachten auf die Entwicklung eigener gesetzgeberischer Vorschläge verzichtet worden. Die unter Kapitel F.II dargelegte Gefährdungsbeurteilung kann schon nach geltendem Recht stärker als bisher in Anspruch genommen werden. Weiter kann bereits jetzt dafür gesorgt werden, dass die sich dabei ergebenden Empfehlungen nicht folgenlos bleiben, sondern in die Realität umgesetzt werden. Hier sind insbesondere die Betriebsräte und ihre Berater gefragt. Sobald von den Möglichkeiten des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mehr Gebrauch gemacht wird, würde voraussichtlich auch die Arbeitgeberseite stärker als bisher auf eine Einigung dringen, da erzwungene Maßnahmen einschließlich einer vom Gericht eingesetzten Einigungsstelle mit nicht ganz unerheblichen Kosten verbunden sind.

G. Schutz vor unangemessener Überwachung

Die Überwachung der Beschäftigten muss auf das für den Betriebsablauf Notwendige beschränkt werden. In vielen Betrieben ist dies schon heute der Fall, doch haben die Datenskandale der letzten Jahre gezeigt, dass dies keine universelle Erscheinung ist. Weiter ist die Sensibilität gegenüber Überwachungsmaßnahmen bei den Beschäftigten wie in der Öffentlichkeit in der jüngsten Vergangenheit deutlich gewachsen. Eine klare gesetzliche Regelung könnte daher zur Beruhigung beitragen und auch das Vertrauen in korrekte betriebliche Abläufe wiederherstellen.

Ein verbesserter Datenschutz für Beschäftigte sollte nicht nur den schon heute in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG enthaltenen Grundsatz wiederholen, dass Beschäftigtendaten lediglich im Rahmen des Erforderlichen erfasst und verarbeitet werden dürfen. Vielmehr müssen Regeln in Bezug auf neue Formen der Überwachung geschaffen werden. Dabei ist an die Erhebung von biometrischen Daten und den Betrieb von Ortungssystemen zu denken, die ähnlich wie der Einsatz von RFID-Technik bisher in einer juristischen Grauzone angesiedelt sind. Außerdem sollte man das schon bei Schaffung des Datenschutzrechts befürwortete Prinzip der informationellen Gewaltenteilung konsequenter als bisher auf Unternehmen anwenden: Wo große „Datenmassen“ mit fast beliebigen Verknüpfungsmöglichkeiten anfallen („Big Data“), muss der Zugriff so verteilt sein, dass die Machtbefugnisse einzelner Personen und Instanzen beschränkt bleiben. Im staatlichen Bereich ist dies seit der Volkszählungsentscheidung von 1983 anerkannt; angesichts ihrer mindestens vergleichbaren Datenverarbeitungskapazitäten müssten Unternehmen nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis demselben Grundsatz unterliegen. Weiter muss es Datenschutz auch und gerade in Bezug auf das Verhalten im Internet geben; das in jüngster Zeit viel erörterte „Recht auf Vergessenwerden“ verspricht bisher mehr, als es einlösen kann. Das in § 3a Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) verankerte Prinzip der Datensparsamkeit muss eigenständige Bedeutung gewinnen; bislang führt es nicht zu Ergebnissen, die über das hinausgehen, was sowieso aufgrund des Erforderlichkeitsprinzips nach den §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG gilt (Stichwort: Datenschutz durch Technik). Dies dürfte sich mit dem Gesetzesvorhaben der Bundesregierung über die IT-Sicherheit berühren.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eröffnet zahlreiche Möglichkeiten, müsste jedoch in vielen Fällen durch eine sachkundige Beratung ergänzt werden. Außerdem müsste durch klare Regelungen dafür gesorgt werden, dass die Rechte des Betriebsrats auch bei der Übertragung bestimmter Funktionen und Aufgaben an Drittunternehmen gewahrt bleiben.

Durchsetzungsperspektiven für gesetzgeberische Reformen

Reformen tun sich schwer im Datenschutzrecht. Der Regierungsentwurf einer Ergänzung des BDSG um spezifische Regeln des Beschäftigtendatenschutzes ist in der 2013 zu Ende gegangenen Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet worden. Weshalb ein weitergehender

Entwurf zum Datenschutzrecht insgesamt¹⁵ nicht umgesetzt werden konnte, hat einer der Initiatoren auf der Grundlage seiner eigenen Erfahrungen herausgearbeitet.¹⁶ Beim Datenschutz handelt es sich um eine „Querschnittsmaterie“, die sehr viele Lebensbereiche und darauf bezogene Teile der Rechtsordnung erfasst. Von daher ist ein Konsens schwerer als in anderen Bereichen zu erreichen.

Soweit es wie hier ausschließlich um Beschäftigtendatenschutz geht, bestehen im Prinzip keine anderen Bedingungen als bei sonstigen Änderungen im Arbeitsrecht.¹⁷ Im Prinzip könnte man sogar günstigere Voraussetzungen annehmen, weil auch solche Personen, die in der Unternehmenshierarchie hoch angesiedelt sind, ein eigenes Interesse daran haben, dass z. B. die in ihrer Personalakte befindlichen Daten diskret behandelt werden. Dazu kommt, dass Datenschutz nicht notwendig immer Kosten verursacht und dass die Öffentlichkeit – insbesondere seit den Datenskandalen der Jahre 2008 und 2009¹⁸ - sehr sensibel auf Datenschutzverstöße reagiert; im Einzelfall könnte darunter der geschäftliche Erfolg erheblich leiden. Weiter gibt es in Form der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie der Aufsichtsbehörden nach § 38 BDSG spezielle Instanzen, die sich für den Datenschutz und seine praktische Umsetzung einsetzen. Auch die betrieblichen Datenschutzbeauftragten lassen sich hier einordnen.

Dennoch stoßen Initiativen zugunsten eines besseren Datenschutzes für die Beschäftigten auf erhebliche Vorbehalte, weil es Teilen der Arbeitgeberseite und der staatlichen Verwaltung nicht nur darum geht, möglichst Kosten zu sparen. Vielmehr wird befürchtet, dass Kontrollmöglichkeiten übermäßig beschränkt werden und sich deshalb illegales oder jedenfalls „compliancewidriges“ Verhalten im Betrieb breit machen könnte. Die Realisierungschancen für Vorschläge wie die hier skizzierten werden sich deshalb erst dann verbessern, wenn sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das Frei-Sein von dauernder Überwachung eine gute Voraussetzung für produktives Arbeiten darstellt. Auch dies gilt freilich nur, wenn der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten entsprechend große Spielräume lässt. Ob dies der Fall sein wird, kann derzeit nur Objekt von Spekulationen sein.

¹⁵ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, o. O. und o. J. (2002)

¹⁶ Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, S. 333 ff.

¹⁷ Zu ihnen D V 4.

¹⁸ Übersicht bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 2a – 2g

A.) Die Ausgangssituation

Nach verbreiteter Einschätzung ist die Nutzung digitaler Arbeitsmittel zu einer universellen Erscheinung geworden.¹⁹ Immer seltener sind sie bloßes Hilfsmittel, auf das man nur bei Bedarf zurückgreift; vielmehr prägen sie die Normalform der Arbeit. Tätigkeiten ohne PC, Laptop oder Smartphone ist noch immer vorhanden, werden aber mehr und mehr zur (leicht belächelten) Ausnahme. In jüngster Zeit verstärken sich Tendenzen zu mobiler Arbeit: Sie findet zu Hause, in der Bahn, auf dem Flughafen oder bei einem Kunden statt. Niemand interessiert sich dafür, an welchem Ort Berichte und Projektkonzeptionen entstanden sind oder von wo aus sich jemand in eine Videokonferenz eingeschaltet hat.

Haben diese Veränderungen Auswirkungen auf das Arbeitsrecht oder ist dieses von Hause aus so flexibel, dass es sich an die veränderten Umstände anpasst und adäquate Lösungen bereit hält? Um dies beantworten zu können, muss zunächst der arbeitsrechtliche Status quo dargelegt und im Hinblick auf seine Rigiditäten wie seine immanente Flexibilität untersucht werden.

I. Das Normalarbeitsverhältnis als Ausgangspunkt

Von einem „Normalarbeitsverhältnis“ ist erst seit dem Beginn der 1980-er Jahre die Rede.²⁰ Es charakterisiert sich im Wesentlichen durch 7 Merkmale:

(1) «Normal» im hier gemeinten Sinne ist ein Vollzeitarbeitsverhältnis. «Vollzeit» ist eine gesellschaftlich bestimmte Größe, die derzeit bei 35 bis 42 Wochenstunden liegt. Ein Arbeitsverhältnis dieses Umfangs sichert im Regelfall den Lebensunterhalt des Einzelnen und seiner Familie.

¹⁹ S. statt aller Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Zukunft der Arbeit in Industrie 4.0, Berlin 2014 (www.bmwi.de); Schwemmler/Wedde S. 7 ff., auch zum Folgenden.

²⁰ Dazu etwa Lyon-Caen, La crise du droit du travail, in: Gamillscheg u. a., In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1980, S. 517 ff. Später dann Mückenberger ZSR 1985, 457 ff. und insbesondere Zachert, Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989, sowie rechtsvergleichend Ders., in: BB 1990, 565 ff.

(2) Zum Zweiten geht es um ein Arbeitsverhältnis mit einem «Normalarbeitstag» von 8 Stunden. Seine Dauer ist durch § 3 ArbZG und Tarifverträge, seine zeitliche Lage meist durch betriebliche Regelungen bestimmt. Der Arbeitsbeginn liegt irgendwann morgens zwischen 6 Uhr und 9 Uhr, das Ende zwischen 14 und 17 Uhr. Man praktiziert die Fünf-Tage-Woche. Das gesellschaftliche Leben orientiert sich an diesem Faktum, was sich u. a. an den Fahrplänen der Verkehrsmittel, den Sendezeiten der Fernsehanstalten und dem Angebot an Freizeitveranstaltungen ablesen lässt.

(3) Die Vergütung wird in monatlichen Teilbeträgen gezahlt, was für die Angestellten seit Jahrzehnten selbstverständlich war, für die Arbeiter erst im Wege längerer Tarifauseinandersetzungen erreicht werden konnte. Auch dies wirkt weit in das sonstige Leben hinein; die Miete muss man gleichfalls monatlich bezahlen, Raten aus Abzahlungskäufen werden im selben Rhythmus fällig.

(4) Die Tätigkeit des «Normalarbeitnehmers» vollzieht sich in einem Betrieb oder einer Dienststelle mit einer gewissen Mindestgröße, die derzeit bei fünf bis zehn Personen liegt. Nur unter dieser Voraussetzung sind so wichtige Normen wie das BetrVG (ab fünf Personen) und das KSchG (mehr als zehn Personen) anwendbar.

(5) Das Normalarbeitsverhältnis ist mit einem gewissen Bestandsschutz versehen, der insbesondere durch Kündigungsfristen und Abfindungen bei Massenentlassungen (Sozialplan) charakterisiert ist. Hinzu kommt die Beschränkung der Kündigungsgründe durch das KSchG. Ungleich wirksamer ist allerdings der «Sonderkündigungsschutz» von Betriebsräten und Personalräten, von Schwerbehinderten und von Frauen unter Mutterschutz. Für die Intensität des (normalen) Bestandsschutzes ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit ein wichtiger Faktor; wie die zuletzt genannten Personengruppen zeigen, spielen aber auch andere Gesichtspunkte eine Rolle. Der Bestandsschutz ist Voraussetzung einer längerfristigen Lebensplanung, insbesondere der Koordination beruflicher Biographien im Rahmen von Ehe und Partnerschaft. Er ist außerdem Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses.

(6) Die Höhe der Vergütung einschließlich betrieblicher Sozialleistungen hängt vorwiegend von der Qualifikation einschließlich der Länge der Berufserfahrung und der Dauer der

Betriebszugehörigkeit ab. An die Dauer der Erwerbstätigkeit schlechthin knüpft die Rentenversicherung an; vorübergehende Unterbrechungen durch Arbeitslosigkeit sind grundsätzlich irrelevant, doch versagt die Sozialversicherung gegenüber denjenigen, denen kein Einstieg von einer gewissen Mindestdauer in das Beschäftigungssystem gelingt.

(7) Löhne und Arbeitsbedingungen sind im Wege kollektiver Interessenvertretung gestaltbar. Zum Normalarbeitsverhältnis gehören die Koalitionsfreiheit, die Möglichkeit zur Festlegung von tariflichen Mindestbedingungen sowie eine im Umfang variable Mitbestimmung durch Betriebsräte bzw. Personalräte.

Das Normalarbeitsverhältnis ist kein gesetzlich fixiertes Modell; vielmehr handelt es sich um ein in der sozialen Realität vorfindbares Phänomen, das normative, aber auch soziale Regeln in sich schließt. Seine hier skizzierten und allgemein konsentierten Inhalte wurden im Hinblick auf atypische Beschäftigungsformen in den Vordergrund gestellt: Den befristeten Arbeitsverhältnissen fehlt der Bestandsschutz, den Teilzeitarbeitnehmern der Normalarbeitstag und das existenzsichernde Einkommen, den Leiharbeitnehmern die Integration in eine betriebliche Einheit. Personen, die als Selbständige für einen Auftraggeber tätig sind, fallen im Grundsatz aus dem gesamten Arbeitsrecht – und damit auch aus allen Elementen des Normalarbeitsverhältnisses – heraus, doch wurde in der Rechtsprechung und der Literatur die Figur der arbeitnehmerähnlichen Personen entwickelt, auf die eine Reihe arbeitsrechtlicher Vorschriften Anwendung findet; Voraussetzung ist, dass sie wirtschaftlich von einem Auftraggeber abhängig und in ähnlicher Weise wie ein Arbeitnehmer schutzwürdig sind.²¹

Die hier skizzierten Merkmale des Normalarbeitsverhältnisses haben keinen abschließenden Charakter. Auch sind sie nicht so zu verstehen, dass sie alle wesentlichen Punkte des Arbeitsverhältnisses insgesamt wiedergeben würden. Vielmehr gibt es daneben weitere Merkmale, die für (fast) alle Formen des Arbeitsverhältnisses typisch sind und die durch die Informatisierung des Arbeitslebens in Frage gestellt sein könnten.

²¹ Zum aktuellen Stand s. Däubler, Für wen gilt da Arbeitsrecht? In: Henssler/Joussen/Maties/Preis (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt, Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 82 ff.

II. Die Trennung von Arbeit und Freizeit

1. Der Grundsatz

Abhängige Arbeit hat zeitliche Grenzen. Dieser im ArbZG niedergelegte Grundsatz ist keine Selbstverständlichkeit, sondern Ergebnis einer langen historischen Entwicklung. Die zeitliche Begrenzung der Arbeit bedeutet ihrem Sinn nach, dass der Rest der Zeit grundsätzlich von arbeitsbezogenen Pflichten frei ist, dass der Arbeitnehmer insoweit volle Disposition über seine Person und seine Aktivitäten besitzt.

Die verbindliche rechtliche Festlegung einer täglichen Höchstarbeitszeit war für die Arbeiterbewegung von ihren Ursprüngen an eine zentrale Forderung.²² Der Grund ist leicht zu erkennen: Körperliche Arbeit von 12, 14 oder 16 Stunden täglich, die für die abhängig Beschäftigten in den meisten Branchen typisch war, führt zu einem frühzeitigen Verschleiß der Arbeitskraft und zu schweren Gesundheitsschäden. Gleichzeitig macht sie den Einzelnen zum Anhängsel des Arbeitsprozesses; für seine persönlichen Bedürfnisse bleibt so gut wie keine Zeit mehr übrig. Eine Teilnahme am sozialen, kulturellen und politischen Leben ist faktisch unmöglich, die wenige verbleibende Zeit muss für häusliche Tätigkeiten und eine notdürftige Regeneration der Arbeitskraft verwendet werden. Eine kürzere Arbeitszeit soll deshalb die Möglichkeit schaffen, nicht nur „Arbeitsroboter“, sondern auch Mensch als soziales und kulturelles Wesen zu sein.

Die Durchsetzung einer „menschlichen“ Arbeitszeit nahm viele Jahrzehnte in Anspruch. Am stärksten engagierten sich ursprünglich ehemalige Handwerker, deren Zeitverständnis noch durch die vorkapitalistischen Verhältnisse geprägt war: Systematisches, rationelles Erwerbsstreben war in den Zünften ebenso unbekannt wie eine „Zeitökonomie“, die nach dem „Output“ pro Stunde fragt.²³ Hier war der Eingriff in die gewohnte Lebenswelt sehr viel stärker fühlbar als bei den Arbeitskräften, die aus der Landwirtschaft kamen und die den Regeln der „Gesindeordnungen“ entsprechend einer extremen Form von Fremdbestimmung

²² Zur Entwicklung in anderen europäischen Ländern s. Ramm, *Laissez-faire and State Protection of Workers*, in: Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, 1986, p. 104 ff.

²³ Zu vorindustriellen Zeitstrukturen s. insbesondere Deutschmann, in: Offe/Hinrichs/Wiesenthal (Hrsg.), *Arbeitszeitpolitik. Formen und Folgen einer Neuverteilung der Arbeitszeit*, 2. Aufl. 1983, S. 32 ff., 40; Scharf, *Geschichte der Arbeitszeitverkürzung*, 1987, S. 28 ff.; Michael Schneider, *Streit um Arbeitszeit, Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland*, 1984, S. 19 ff.

unterworfen waren.²⁴ Um 1850 lag die tägliche Arbeitszeit bei durchschnittlich 14 Stunden. 1875 belief sie sich immer noch auf 12 und um die Wende zum 20. Jahrhundert auf 10 ½ Stunden.²⁵ Eine Vorreiterrolle bei der Arbeitszeitverkürzung hatte die Carl-Zeiss-Stiftung in Jena: Dort wurde der Arbeitstag von zunächst 11 ¾ Stunden allmählich auf 9 Stunden gesenkt, ehe dann im Jahre 1900 erstmals der Acht-Stunden-Tag eingeführt wurde.²⁶ Dies war weniger die „soziale Großtat“ einer aufgeklärten Unternehmensleitung, sondern primär Folge der Erkenntnis, dass bei kürzerer Arbeitszeit intensiver gearbeitet und das bisherige Arbeitsergebnis sogar übertroffen wurde.²⁷ Andere folgten diesem Beispiel nur vereinzelt, doch wurde die durchschnittliche Arbeitszeit bis 1914 auf 9 ½ Stunden werktäglich reduziert. Während des Krieges wurden dann wieder frühere Werte erreicht.

Einen ersten großen Durchbruch brachte die November-Revolution von 1918. Sie machte den Acht-Stunden-Tag verbindlich und setzte damit Maßstäbe, die bis in die Gegenwart gültig sind. Dabei wurde allerdings nicht wie heute die Fünf-Tage- sondern die Sechs-Tage-Woche zugrunde gelegt, so dass sich eine Höchstbelastung von 48 Stunden pro Woche ergab. Mehrarbeit musste von der Arbeitsaufsicht genehmigt werden. Unterblieb dies, war ihre „Entgegennahme“ strafbar. Diese bemerkenswerte Regel wurde allerdings bereits 1923 wieder aufgehoben; außerdem gab es viele Ausnahmen vom Acht-Stunden-Tag. Es besteht deshalb wenig Grund zu der Annahme, dass die 48-Stunden-Woche in der Weimarer Zeit generell verwirklicht war.²⁸ Dies galt auch für die Zeit nach 1933. Die bis 1994 geltende Arbeitszeitordnung (AZO) von 1938 schrieb die 48-Stunden-Woche und auch sonst im Wesentlichen den Rechtszustand fort, der bereits 1923 erreicht war. Dass es nicht wie in anderen Teilen des Arbeitsrechts zu einem Abbau von Arbeitnehmerrechten kam, lag vermutlich daran, dass sich in der Zwischenzeit die Arbeitsanforderungen so erhöht hatten, dass die Produktivität erheblich gelitten hätte, wäre man zu einer über 8 bis 10 Stunden hinausgehenden Arbeitszeit zurückgekehrt.²⁹ Das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit und seine Durchbrechungen – seit 1891 in den §§ 105a ff. GewO geregelt – blieben gleichfalls unangetastet.

²⁴ Zu ihnen Vormbaum, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810 bis 1918), 1980; Rainer Schröder, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, 1992, S. 91 ff.

²⁵ S. die Übersicht bei Kramer, Freizeit und Reproduktion der Arbeitskraft, 1975, S. 52 und Michael Schneider Die Mitbestimmung 1985, 252

²⁶ Kramer, S. 43 ff.

²⁷ Kramer, S. 45 ff.; Michael Schneider (oben Fn. 1) S. 48 ff.

²⁸ S. Michael Schneider (oben Fn. 1) S. 130 ff.

²⁹ Kramer (oben Fn. 7) S. 55 ff.

Das am 1. Juli 1994 in Kraft getretene ArbZG³⁰ fasste die in unterschiedlichen Gesetzen enthaltenen Vorschriften zusammen. Zentrale Norm ist § 3 ArbZG, der sich einerseits zum Acht-Stunden-Tag bekennt, andererseits eine Erhöhung auf zehn Stunden zulässt, sofern innerhalb von sechs Monaten (oder 24 Wochen) wieder ein Durchschnitt von acht Stunden pro Werktag erreicht wird. Im Interesse der Flexibilisierung wurde so aus dem realen ein statistischer Acht-Stunden-Tag. Das Abstellen auf den „Werktag“ beließ die wöchentliche Obergrenze bei 48 Stunden. Im Interesse des Gesundheitsschutzes sind daneben Pausen (§ 4 ArbZG) und Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) vorgeschrieben. Die Nachtarbeit ist in § 6 ArbZG nicht prinzipiell eingeschränkt, jedoch soll ihre Ableistung bestimmten Mindeststandards genügen. Das in § 9 ArbZG ausgesprochene Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit wird durch einen beeindruckend langen Katalog von Ausnahmen in § 10 ArbZG durchbrochen. Die 1993 erlassene Arbeitszeit-Richtlinie der EG³¹ veränderte insbesondere die rechtliche Qualifizierung von Bereitschaftsdiensten und führte zur Novellierung des ArbZG vom 24. 12. 2003.³²

2. Ausnahme: Längere Arbeitszeiten

Nach seinem § 18 findet das ArbZG keine Anwendung auf leitende Angestellte und Chefarzte sowie Dienststellen- und Personalleiter im öffentlichen Dienst. Insoweit gilt nur § 618 BGB, der keine exakten zeitliche Grenzen vorsieht, sondern lediglich vermeidbare gesundheitliche Gefährdungen verbietet. In der Praxis verschafft er nur in Extremfällen Schutz.³³

Eine „Öffnung nach oben“ (in Richtung Verlängerung) ermöglicht grundsätzlich bei allen Arbeitnehmern § 7 Abs. 2a ArbZG, wonach die Arbeit durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung über acht Stunden werktäglich hinaus verlängert werden kann, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und durch besondere Regelungen sichergestellt ist, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Eine Obergrenze für die Verlängerung existiert nicht; auch macht das Gesetz keine Aussage, wie

³⁰ BGBl I S. 1170

³¹ ABl v. 13. 12. 1993, Nr. L 307/18, in ihrer ursprünglichen Fassung auch abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, unter Nr. 446

³² BGBl I S. 3002

³³ S. den Fall BAG AP Nr. 15 zu § 618 BGB: Ein leitender Angestellter arbeitete werktags wie sonntags 12 bis 16 Stunden für seinen Arbeitgeber und ging auch nie in Urlaub. Nach einigen Jahren erlitt er einen Schlaganfall, der nach ärztlichem Urteil insbesondere auf Überarbeitung beruhte. Das BAG verurteilte den Arbeitgeber zu Schadensersatz, weil er ein solches Verhalten seines Angestellten nicht hätte dulden dürfen.

die „besonderen Regelungen“ beschaffen sein müssen, die eine Gesundheitsgefährdung abwehren sollen. § 7 Abs. 7 ArbZG verlangt lediglich, dass der Arbeitnehmer schriftlich einwilligt. Außerdem hat er das Recht, diese Einwilligung unter Wahrung einer Frist von sechs Monaten zu widerrufen. Hier wird plötzlich die Privatautonomie des Arbeitnehmers wieder entdeckt, obwohl das BVerfG im Zusammenhang mit der Nacharbeit ausdrücklich ausgeführt hatte, ihre aus gesundheitlichen Gründen gebotene Beschränkung dürfe nicht den Arbeitsvertragsparteien überlassen werden.³⁴ Auch wird in der Literatur mit Recht ein Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie der EG gerügt.³⁵

Eine weitere gewichtige Lücke stellt die Nichterfassung der Selbständigen dar. Bedenklich ist dies insbesondere bei arbeitnehmerähnlichen Personen. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit werden sie zu einer 11. oder einer 12. Arbeitsstunde schwerlich „nein“ sagen können, auch wenn sie formal berechtigt wären, die Tätigkeit auf den nächsten oder den übernächsten Tag zu verschieben. Ein Zwang zu langer Arbeit kann nicht nur auf einer Weisung, sondern auch darauf beruhen, dass der Auftraggeber eine anders nicht leistbare schnelle Erledigung wünscht. Nur bei wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen besteht die Möglichkeit, die Erledigung zu verschieben und notfalls auf den allzu ungeduldigen Kunden zu verzichten.

Im Vergleich zu diesen drei genannten Fällen ist die in § 14 ArbZG enthaltene Ermächtigung weniger bedeutsam und auch inhaltlich weniger angreifbar, wonach die Behörden in Notsituationen oder unter außergewöhnlichen Umständen eine Abweichung von der Höchstdauer der Arbeitszeit und von anderen Bestimmungen des ArbZG genehmigen können.

3. Ausnahme: Hineinwirken des Arbeitsverhältnisses in die Freizeit

In einer Reihe von Fällen wirken Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis in die arbeitsfreie Zeit hinein, ohne dass diese deshalb ihren Charakter verlieren würde.

(1) Nach § 3 Abs. 1 EFZG ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet, wenn den Arbeitnehmer an der Erkrankung kein Verschulden trifft. Dies könnte man nach traditionellen juristischen Maßstäben so auslegen, dass jede unsorgfältige Handlungsweise in der Freizeit als „Verschulden“ qualifiziert würde und den Entgeltfortzahlungsanspruch entfallen ließe. Ist

³⁴ BVerfG DB 1992, 377

³⁵ Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, Basiskommentar, 8. Aufl. 2015, § 7 Rn 42 ff.

nicht ein Verkehrsunfall im Hinblick auf den sorgsamen Umgang mit der Arbeitskraft schon deshalb „verschuldet“, weil man am Wochenende das Auto benutzte, statt einen sehr viel ungefährlicheren Spaziergang zu unternehmen? Muss man nicht um 10 Uhr Abends ins Bett gehen, um am nächsten Morgen ausgeschlafen und reaktionsschnell im Straßenverkehr zu sein? Muss man sich nicht generell durch sorgsame Bekleidung gegen Erkältungen schützen, um so die Arbeitsfähigkeit nicht zu gefährden? Ist es beim Fußballspiel nicht schon fast normal, dass man sich eine Verletzung zuziehen und deshalb einige Zeit nicht arbeiten kann? Ist deshalb ein pflichtbewusster Arbeitnehmer nicht gehalten, auf solche gefährlichen „Eskapaden“ zu verzichten und sich lieber dem Schachspiel zu widmen?

Die Rechtsprechung hat die damit verbundene Reglementierung des Privatlebens nicht ernsthaft in Erwägung gezogen und das „Verschulden“ auch nicht annäherungsweise in diesem Sinne ausgelegt. Vielmehr lässt sie den Entgeltfortzahlungsanspruch nur dann entfallen, wenn der Betroffene „in grober Weise“ gegen die eigenen Interessen handelte, wie sie ein vernünftiger Mensch bestimmen würde.³⁶ Dies wurde an zahlreichen Beispielfällen konkretisiert. Sport ist in der Freizeit erlaubt, sofern es sich nicht um eine besonders gefährliche Sportart³⁷ handelt, doch ist von höheren Gerichten bislang noch nie eine Sportart als „besonders gefährlich“ qualifiziert worden.³⁸ Auch das Drachenfliegen,³⁹ das Ski-Springen⁴⁰ und das Inline Skating⁴¹ fallen nicht darunter.⁴² Schon etwas weniger großzügig ist man bei Verkehrsunfällen. So hat eine geringfügige Überschreitung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit zwar noch keine Folgen,⁴³ wohl aber das leichtsinnige Überschreiten einer viel befahrenen Straße.⁴⁴ Erst recht wird das Fahren unter Alkohol anders beurteilt.⁴⁵ Wer sich nicht anschnallt, verliert gleichfalls seine Ansprüche, sofern die bei dem Unfall erlittenen Verletzungen auf das Nichtanlegen der Sicherheitsgurte zurückzuführen sind.⁴⁶ Dasselbe gilt für das Nichttragen von Sicherheitsschuhen bei der Arbeit.⁴⁷ Auch die Beteiligung an Schlägereien begründet in der Regel Verschulden.⁴⁸

³⁶ S. schon BAG AP Nr. 71 und 77 zu § 1 LohnFG

³⁷ BAG DB 1972, 977. Für «Kick-Boxen» bejaht von ArbG Hagen DB 1990, 1422

³⁸ ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn. 26

³⁹ BAG AP Nr. 45 zu § 1 LohnFG

⁴⁰ LAG Bayern BB 1972, 1324

⁴¹ LAG Saarland NZA-RR 2003, 568

⁴² Für Bungee-Springen bejahend Gerauer NZA 1994, 496, verneinend Wedde/Kunz § 3 Rn 105

⁴³ LAG Baden-Württemberg, DB 1975, 1035

⁴⁴ BAG BB 1972, 220; LAG Hamm, DB 1984, 515

⁴⁵ BAG DB 1973, 1179; BAG AP Nr. 71 zu § 1 LohnFG; BAG DB 1988, 1403

⁴⁶ BAG AuR 1983, 124 mit Anm. Klinkhammer = DB 1982, 496 = BB 1982, 618. Dazu Denck, BB 1982, 682. Ebenso schon vorher LAG Berlin, NJW 1979, 2327

⁴⁷ LAG Berlin, DB 1982, 707

⁴⁸ Näher dazu Kehrmann-Pelikan, Lohnfortzahlungsgesetz, 2. Aufl. 1973, § 1 Rn 51

In diesen Gerichtsentscheidungen wird stillschweigend ein bestimmtes Menschenbild vorausgesetzt: Wer als korrekter Bürger die Regeln im Grundsatz beachtet, darf auch mal einen Fehler begehen; im Sport hat er dabei (fast) einen Freifahrtschein. Im Regelfall fördert sportliche Betätigung die Gesundheit und damit das erfolgreiche Arbeiten am Arbeitsplatz: Die Rechtsprechung orientiert sich hier am Gesamtinteresse der Arbeitgeber, nicht am Interesse derjenigen, die im konkreten Fall mit den Kosten der Entgeltfortzahlung belastet sind. Auch mag es eine Rolle spielen, dass die Leistungen der Krankenversicherung lediglich bei vorsätzlicher Selbstschädigung entfallen;⁴⁹ allzu unterschiedlich sollten die Maßstäbe nicht sein. Verständnis zeigte das BAG für den regelwidrigen Zustand der Alkoholabhängigkeit. Da sie als Krankheit gewertet wird, soll der Arbeitgeber die Beweislast dafür tragen, dass der Arbeitnehmer diesen Zustand schuldhaft herbeigeführt hat.⁵⁰

(2) Ist ein Arbeitnehmer einmal erkrankt, muss er sich um „genesungsförderndes Verhalten“ bemühen, d. h. er muss auch im Privatbereich alles tun, um seine Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen. Ihn treffen insoweit höhere, die private Lebensführung betreffende Sorgfaltspflichten als einen Gesunden.⁵¹ Verlängert sich die Arbeitsunfähigkeit, weil sich der Arbeitnehmer offensichtlich über einen ärztlichen Rat hinwegsetzte, so liegt Verschulden vor, das für die zusätzliche Arbeitsunfähigkeitszeit die Entgeltfortzahlung ausschließt.⁵² Im Einzelfall kann sogar (meist nach vorheriger Abmahnung) eine Kündigung in Betracht kommen.⁵³ Der erkrankte Arbeitnehmer ist aber nicht verpflichtet, bei mehreren in Betracht kommenden Therapien diejenige zu wählen, die am schnellsten zum Erfolg zu führen verspricht.⁵⁴ Erlaubte Nebentätigkeiten sind während der Krankheit nur noch insoweit zulässig, als sie den Heilungsprozess nicht beeinträchtigen. Wer ein Bein gebrochen hat und deshalb seine Tätigkeit als Kraftfahrer nicht ausüben kann, ist nicht daran gehindert, per Telefon Aufträge zu vermitteln oder sich ins Fußballstadion fahren zu lassen. Hilft der Erkrankte während einiger Tage einem Freund bei der Wohnungsrenovierung, so ist die Verletzung der Pflicht zu »genesungsförderndem« Verhalten nicht so schwer, dass ohne Abmahnung gleich gekündigt werden könnte.⁵⁵ Anders verhält es sich dann, wenn der

⁴⁹ Eingehend dazu Denck, RdA 1980, 246 ff.

⁵⁰ BAG DB 1983, 2420 = BB 1984, 339, bestätigt in BAG DB 1991, 2488. Alkoholabhängigkeit ist allerdings kein genereller Entschuldigungsgrund: BAG DB 1988, 1403. Das Weiterräumen eines Herzinfarktpatienten begründet ebenfalls kein Verschulden: LAG Frankfurt a. M., BB 1984, 1098

⁵¹ BAG AP Nr. 39 zu § 1 LohnFG; ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn 31

⁵² Vgl. BAG DB 1986, 976: Übertretung des ärztlichen Rauchverbots bei schwerer Herzerkrankung

⁵³ KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 481, insbesondere nicht bei geringfügigen Verstößen

⁵⁴ KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 481

⁵⁵ LAG Köln AuR 1999, 143

Arbeitnehmer auf Skiurlaub nach Zermatt fährt und es sich zudem um einen Mitarbeiter des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen handelt, der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auf ihre Richtigkeit kontrollieren soll.⁵⁶ Weiter muss der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen, wenn er sich während seiner Krankheit als Linienrichter in einem Fußballspiel betätigt.⁵⁷ Erst recht ist die Übernahme einer Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ein schwerer Pflichtverstoß, sofern es sich um eine ähnliche Tätigkeit wie die bisher beim Arbeitgeber ausgeübte handelte oder jedenfalls der Heilungsprozess verlangsamt wurde.⁵⁸

Ohne dass dies ausdrücklich angesprochen würde, kann man davon ausgehen, dass die verstärkte Einbeziehung des persönlichen Lebens in den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis eine Art „Gegenleistung“ dafür darstellt, dass das Entgelt fortbezahlt wird, ohne dass es darauf ankäme, welche Umstände für den Ausbruch der Krankheit maßgebend waren – vom groben Verstoß gegen die eigenen Interessen einmal abgesehen. Der Arbeitgeber übernimmt gewissermaßen einen Teil des Lebensrisikos des Arbeitnehmers; dieser muss sich dafür in seinem (Privat-)Leben größere Einschränkungen gefallen lassen.

(3) Darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit kritisieren? Geht es um eine allgemeine politische Auseinandersetzung, so sind rechtlich keinerlei Bedenken ersichtlich; die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG kommt in vollem Umfang zur Geltung. Faktisch sind – abhängig von den jeweiligen Umständen – Nachteile für den Arbeitnehmer nicht auszuschließen, dessen Karriere ggf. einen „Knick“ erleidet. Rechtsprobleme stellen sich dann, wenn ein betrieblicher Bezug besteht. Kritik an den betrieblichen Verhältnissen kann geschäftsschädigend sein. Dies gilt insbesondere (aber nicht nur) dann, wenn betriebliche Missstände aufgedeckt und den Behörden oder der Öffentlichkeit gegenüber namhaft gemacht werden. Der „whistleblower“, der solches tut, riskiert Sanktionen. Nach der Rspr. des BVerfG⁵⁹ ist die Erstattung einer (nicht leichtfertigen) Strafanzeige ein staatsbürgerliches Recht, das nicht zu Nachteilen im Arbeitsverhältnis, erst recht nicht zu einer Kündigung führen darf. Diese ist auch dann ausgeschlossen, wenn sich die Vorwürfe nicht aufklären lassen.⁶⁰ Auch Zeugenaussagen, die den Arbeitgeber oder einen Vorgesetzten belasten, stellen keine Pflichtverletzung dar.⁶¹

⁵⁶ BAG NZA-RR 2006, 636

⁵⁷ LAG Niedersachsen BB 1984, 1233

⁵⁸ Vgl. BAG AP Nr. 112 zu § 626 BGB

⁵⁹ DB 2001, 1622 = NZA 2001, 888

⁶⁰ BAG NZA 2007, 502; LAG Düsseldorf DB 2002, 1612; HessLAG DB 2002, 1612

⁶¹ BVerfG (oben Fn. 41)

Über diese Sonderfälle hinaus ist das Leben außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit von arbeitsvertraglichen Pflichten frei. Möglich ist, Rufbereitschaft vorzusehen, die den Arbeitnehmer verpflichtet, sich in seiner Freizeit so zu verhalten, dass er binnen angemessener Frist die Arbeit aufnehmen kann. Es handelt sich dabei nicht um „Arbeitszeit“ im Sinne der 48-Stunden-Woche, doch steht dem Betriebsrat bei Einführung und Umfang ein Mitbestimmungsrecht zu.⁶² Gleichwohl bleibt der Grundsatz als solcher erhalten: Wenn die Arbeitszeit beendet ist, treffen den Arbeitnehmer keine (Arbeits-)pflichten mehr. Auch gibt es allenfalls bei Führungspositionen eine moralische Pflicht, sich während der freien Zeit um Angelegenheiten des Unternehmens zu kümmern.

III. Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung

1. Der Grundsatz

Arbeit findet seit der Industrialisierung an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort statt. Dieser ist nicht mit der Wohnung des Arbeitnehmers und seiner Familie identisch, sondern räumlich von dieser getrennt. Insoweit besteht ein grundlegender Unterschied zu vorkapitalistischen Produktionsweisen: Der mittelalterliche Handwerker lebte in aller Regel mit seinen Hilfspersonen im selben Gebäude, in dem er auch seiner Tätigkeit nachging. Dasselbe galt für den Kaufmann. Erst recht war dies in der Landwirtschaft der Fall, die ökonomisch und von der Zahl der Beschäftigten her bei weitem im Vordergrund stand.

Die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz hatte in der Vergangenheit den gewichtigen Vorteil, „zu Hause“ von allen unmittelbaren Arbeitsanforderungen frei zu sein. Dies schloss nicht aus, dass die vorwiegend körperliche Arbeit den Einzelnen so sehr in Anspruch nahm, dass er mit dieser „Freiheit“ wenig anfangen konnte, weil er sich regenerieren musste. Auch war die Bezahlung bis Mitte der fünfziger Jahre so bescheiden, dass sich eine kommerzielle „Freizeitkultur“ nur für die Besserverdienenden entwickeln konnte. Auf der anderen Seite hatten „Selbsthilfeorganisationen“ eine weit größere Bedeutung als heute; sie reichten von den Konsumgenossenschaften über die Arbeitersportvereine bis hin zu politischen Bildungseinrichtungen. In den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg erreichten sie bei weitem nicht mehr die Bedeutung wie in Weimar und unter dem Kaiserreich. Die ab 1950 deutlich steigenden Verdienste ermöglichten stattdessen ein anspruchsvolleres Leben in der Freizeit,

⁶² BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

was vom Gaststätten- und Kinobesuch bis zur Reise in den Süden reichte. Die „Freiheit“, in bestimmten Bereichen zu tun und zu lassen was man wollte, gewann ein beträchtliches Stück an Realität – was in der Konkurrenz zu dem anderen Sozialmodell im Osten Deutschlands von ganz gravierender Bedeutung war.

Eine unmittelbare rechtliche Garantie zugunsten der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung gibt es nicht. Allerdings umfassen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Grundrecht der Freizügigkeit nach Art. 11 GG auch das Recht, die Wohnung dort zu wählen, wo man es für richtig hält. Der Wohnsitz hat den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu interessieren,⁶³ insoweit gilt der Grundsatz der freien Gestaltung des Privatlebens.⁶⁴

2. Die Ausnahmen

Auch im traditionellen Arbeitsrecht gibt es Tätigkeiten, bei denen Arbeitsplatz und Wohnung zusammenfallen. Wichtigster Anwendungsfall dürfte die Tätigkeit im Haushalt sein – zur Pflege alter oder kranker Menschen, zur Kindererziehung und zur Bewältigung allgemeiner hauswirtschaftlicher Aufgaben.⁶⁵ Arbeitsrechtlich ergeben sich eine Reihe von spezifischen Fragen:⁶⁶ Wie kann die Privatsphäre der Arbeitnehmerin geschützt werden? Besteht ein Anspruch auf ein abschließbares Zimmer? Wie kann sich eine Arbeitnehmerin in der nach außen abgeschotteten Welt einer Privatwohnung gegen Übergriffe zur Wehr setzen? Wie kann man dafür sorgen, dass Wohnen und Essen nicht so hoch bewertet werden, dass kaum mehr etwas für eine Barauszahlung übrig bleibt? Wie lässt sich die Arbeitszeit begrenzen? Wie ist der Gesundheitsschutz sicher zu stellen, obwohl das Arbeitsschutzgesetz nach seinem § 1 Abs. 2 Satz 1 nicht anwendbar ist? Wenigstens gelten Unfallverhütungsvorschriften, und § 618 Abs. 2 BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber „in Ansehung des Wohn- und Schlafrums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen (trifft), welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers erforderlich sind.“ Doch wie kann der Staat überprüfen, ob diese Generalklausel und andere Vorschriften zum Schutz der Beschäftigten im Haushalt

⁶³ Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. 2013, § 7 Rn. 36

⁶⁴ Kreuder, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 611 BGB Rn. 563 (im Folgenden: HK-ArbR-Verfasser). Im Grundsatz ebenso BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 31

⁶⁵ Näher Däubler, Domestic workers – the forgotten group? In: Schömann (ed.), Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute, 2011, S. 37 ff.

⁶⁶ Kocher NZA 2013, 929, 930

eingehalten werden? Auch ist bis heute unklar, ob die häusliche Pflege „rund um die Uhr“ nicht nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG vom Arbeitszeitrecht ausgenommen ist.⁶⁷ Das ILO-Übereinkommen Nr. 189 hat zahlreiche dieser Fragen aufgegriffen,⁶⁸ doch kommt ihm keine stärkere (sondern eine sehr viel schwächere) „Durchschlagkraft“ als den Vorschriften des nationalen Rechts zu. Von Hausangestellten die Anrufung eines Arbeitsgerichts zu erwarten, ist reichlich illusorisch; dem steht die auch im Arbeitsalltag fühlbare Präsenz und Autorität des Arbeitgebers entgegen.

Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung fehlt häufig auch im Verhältnis zu landwirtschaftlichen Arbeitnehmern, so dass ähnliche Probleme auftreten können. Ihnen versuchte die vorläufige Landarbeitsordnung vom 24. Januar 1919⁶⁹ Rechnung zu tragen, doch wurde sie wegen immer geringer werdender Bedeutung durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. 9. 1969⁷⁰ aufgehoben. Seither gelten neben den §§ 617, 618 Abs. 2 BGB keine Sondervorschriften mehr.

Eine weitere Ausnahme kann durch den Arbeitsvertrag geschaffen werden, wonach eine „Werkdienstwohnung“ bezogen werden muss. Voraussetzung ist allerdings, dass die Art der Arbeit eine physische Präsenz auch außerhalb der Arbeitszeit erfordert.⁷¹ Dies wird nur bei einem sehr engen Personenkreis (Hausmeister, Feuerwehrleute und Heimleiter) angenommen.⁷² Bei anderen Beschäftigten kann es notwendig sein, die Wohnung „in der Nähe“ des Arbeitsplatzes zu nehmen, um notfalls schnell einsatzbereit zu sein. Dies gilt etwa für hauptberufliche Feuerwehrleute eines Kernkraftwerks⁷³, für Mitarbeiter einer Autobahnmeisterei⁷⁴ und für Lokalredakteure bei einer Zeitung.⁷⁵ Fehlt es an solchen Umständen, ist eine vertraglich vereinbarte „Residenzpflicht“ unwirksam.⁷⁶

Eine Sonderstellung nimmt die Außendiensttätigkeit ein.⁷⁷ Sie ist auf der einen Seite weniger stark in den Betrieb eingebunden als eine normale Arbeitnehmertätigkeit und vermittelt

⁶⁷ Dagegen Heinlein AuR 2013, 469 ff.; Kocher NZA 2013, 929, 933; Scheiwe/Schwach NZA 2013, 1117; dafür jedoch die Bundesregierung, BT-Drucksache 17/8373 S. 4

⁶⁸ Dazu Scheiwe/Schwach NZA 2013, 1116

⁶⁹ RGBI S. 111.

⁷⁰ BGBI I 1969, S. 1106

⁷¹ BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 32

⁷² Vgl. BAG NZA 1990, 191

⁷³ LAG München NZA 1991, 821

⁷⁴ BAG NZA 1990, 191

⁷⁵ BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 31; zustimmend KZD-Deinert § 7 Rn 36

⁷⁶ LAG Nürnberg NZA-RR 2004, 298

⁷⁷ Dazu eingehend Udo Mayer, Mitarbeiter im Außendienst, 3. Aufl. 2011

deshalb höhere Dispositionsfreiheit. Auf der anderen Seite lassen sich Arbeitszeitschranken kaum kontrollieren; ein Teil der Arbeit wird überdies zu Hause erfolgen. Solange keine technische Kontrolle über GPS oder Handy-Ortung erfolgt,⁷⁸ hat die Außendiensttätigkeit viele Ähnlichkeiten mit einer selbständigen Arbeit, was ihre lange Dauer erträglicher macht.

Keine Arbeitnehmer im Rechtssinne sind die Heimarbeiter. Sie werden als arbeitnehmerähnliche Personen behandelt, haben jedoch anders als sonstige Angehörige dieser Kategorie von Beschäftigten durch das Heimarbeitsgesetz (HAG) eine spezifische Absicherung erfahren, die allerdings hinter der von im Betrieb Arbeitenden zurückbleibt.⁷⁹ Ihre zahlenmäßige Bedeutung ist gering; während in den 1970-er Jahren noch von 200.000 Personen die Rede war,⁸⁰ sprechen Schätzungen in neuerer Zeit nur noch von 60.000.⁸¹

IV. Gesundheitliche Belastungen

In der traditionellen Industriearbeit stand für die meisten Beschäftigten die physische Beanspruchung und – damit verbunden – die Gefahr von Unfällen im Vordergrund. Im Jahre 1961 kam es zu 3.187.614 meldepflichtigen Arbeitsunfällen,⁸² was einen „Spitzenwert“ in der Geschichte der Bundesrepublik darstellte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur solche Unfälle meldepflichtig waren (und sind) und deshalb in der Statistik erfasst wurden, die eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als drei Arbeitstagen zur Folge hatten. Die tatsächlichen Unfälle lagen weit höher.⁸³ Auch die „normalere“ Zahl von 2.044.431 Unfällen im Jahr 1977 bedeutete bei einer Erwerbstätigenzahl von 25.884.000,⁸⁴ dass jeder Zwölfte betroffen war. Alle 15 Sekunden passierte ein meldepflichtiger Unfall, alle 1,9 Stunden ein Unfall mit tödlichem Ausgang.⁸⁵

Im Jahre 2012 belief sich die Zahl der meldepflichtigen Arbeitsunfälle auf 969.868 – und das bei einer auf ca. 35 Mio. gestiegenen Zahl abhängig Erwerbstätiger. Bezogen auf 1.000

⁷⁸ Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? 6. Aufl. 2014, § 6 IX (Rn. 318 ff.)

⁷⁹ Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 2106 ff.

⁸⁰ Maus-Schmidt, Kommentar zum Heimarbeitsgesetz, 3. Aufl. 1976, Einl. Rn 3

⁸¹ Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, Kommentar zum HAG, 4. Aufl. 1998, Einl. Rn. 32.

⁸² Überblick über die Unfälle der Jahre 1949 – 1977 in BT-Drucksache 8/2328, S. 103

⁸³ H. U. Deppe (Industriearbeit und Medizin, 1973, S. 95) berichtet, die Überprüfung von Verbandsbucheintragungen hätte ergeben, dass die Zahl der tatsächlichen Unfälle bis zu zehn Mal höher lag als die gemeldeten. Das (damals) weit verbreitete REFA-Handbuch „Methodenlehre des Arbeitsstudiums“ betonte, dass in einem Automobilwerk nur 15,4 % aller Unfälle meldepflichtig waren.

⁸⁴ BT-Drucksache 8/2328, S. 3

⁸⁵ 1977 gab es 4454 tödliche Unfälle – s. BT-Drucksache 8/1128 S. 6

Vollarbeiter war die Zahl der eingetretenen Unfälle von über 100 im Jahr 1960 auf 24,8 im Jahre 2012 gefallen.⁸⁶ Die Ursachen für diesen Wandel werden einmal in der veränderten Zusammensetzung der Beschäftigten gesehen. In unfallträchtigen Branchen wie Landwirtschaft, Bau und Holzverarbeitung ging die Zahl der Arbeitnehmer zurück, während sie in den weniger gefährdeten Dienstleistungsbereichen drastisch anstieg. Zum ändern dürfte auch das Arbeitsschutzrecht und die ihn durchsetzenden Instanzen ihren Beitrag geleistet haben – die Vielzahl der Instanzen, die sich um seine Beachtung kümmern, ist in anderen Teilen des Arbeitsrechts schwer vorstellbar.⁸⁷ Schließlich dürfte es auch eine Rolle spielen, dass ungefährliche Arbeitsbedingungen eine nicht ganz unwichtige Voraussetzung für produktives Arbeiten sind. Insoweit besteht anders als bei Fragen der Vergütung und des Bestandsschutzes ein gemeinsames Interesse von Arbeitgeber und Arbeitnehmer daran, Unfälle und sonstige Störungen zu verhindern.

Im Gegensatz zu den Unfällen spielten Berufskrankheiten eine relativ untergeordnete Rolle. Sie erfassen allerdings nicht alle arbeitsbedingten Erkrankungen, sondern nur diejenigen, die im Anhang zur Berufskrankheiten-Verordnung⁸⁸ ausdrücklich aufgeführt sind. Im Jahre 1960 wurden ca. 33.000 Fälle von Berufskrankheiten angezeigt; diese Zahl stieg auf 45.113 im Jahre 1980 und auf 81.542 im Jahre 2000; im Jahre 2012 belief sie sich auf 73.574. Davon werden allerdings nur 20 bis 25 % endgültig anerkannt.⁸⁹ Am häufigsten sind Hauterkrankungen, gefolgt von Lärmschwerhörigkeit und Rückenproblemen wegen des Hebens und Tragens schwerer Lasten. Bemerkenswert ist, dass in diesem Sektor anders als bei den Arbeitsunfällen langfristig ein Anstieg vorliegt, was damit zusammen hängen dürfte, dass die mit der Arbeit verbundenen Belastungen gestiegen sind.

Bei anderen arbeitsbedingten Erkrankungen fehlen verlässliche Zahlenangaben. Dass es dieses Phänomen gibt, steht außer Zweifel. Erkrankungen, die nicht im Anhang zur Berufskrankheiten-Verordnung erwähnt sind, werden nur dann als Berufskrankheiten anerkannt, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung „nach neuen Erkenntnissen der

⁸⁶ Beide Angaben nach Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2012, Kap. 3.4 (abrufbar unter <http://www.baua.de/de/Informationen-fuer-die-Praxis/Statistiken/Unfaelle/meldepflichtige-Arbeitsunfaelle/meldepflichtige-Arbeitsunfaelle.html> - abgerufen am 17.1.2015).

⁸⁷ Zu den Schwierigkeiten, andere arbeitsrechtliche Normen in der Praxis umzusetzen, s. Däubler, Arbeitsrecht 2 (oben Fn. 61) Rn. 2242 ff.

⁸⁸ Vom 31. Oktober 1997, BGBl I, S. 2623.

⁸⁹ Zahlen nach Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2012, S. 179, abrufbar unter <http://www.baua.de/de/Informationen-fuer-die-Praxis/Statistiken/Berufskrankheiten/Berufskrankheiten.html>, abgerufen am 17.1.2015

medizinischen Wissenschaft“ die Voraussetzungen für eine Berufskrankheit erfüllt sind (§ 9 Abs. 2 SGB VII).⁹⁰ Das Vorliegen dieser Voraussetzung muss der Erkrankte beweisen, ein Vorhaben, das nur selten von Erfolg gekrönt ist.⁹¹ Soweit eine Berufskrankheit im Rechtssinne gegeben ist, hat der Arbeitnehmer im Regelfall ausschließlich Ansprüche gegen die zuständige Berufsgenossenschaft, nicht gegen den Arbeitgeber. Soweit keine Berufskrankheit vorliegt, steht es ihm frei, den Arbeitgeber auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Die veröffentlichte Rechtsprechung kennt nur relativ wenige Fälle dieser Art.⁹² Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung des BAG, wonach ein psychisch erkrankter Oberarzt Schadensersatz zugesprochen erhielt, weil er vom Chefarzt längere Zeit hindurch systematisch schikaniert worden war („Mobbing“).⁹³ Von zwei Ausnahmen abgesehen,⁹⁴ stammen die einschlägigen Entscheidungen alle aus den letzten zehn bis fünfzehn Jahren, doch lässt sich daraus allein noch nicht der Schluss ziehen, die Zahl der arbeitsbedingten Erkrankungen sei in diesem Zeitraum angestiegen.

V. Kontrolle über die Beschäftigten

Auch in der traditionellen industriellen Produktion bestand ein Bedarf der Unternehmensleitungen nach Kontrolle. Verletzungen der innerbetrieblichen Regeln, insbesondere Abwesenheit einzelner Beschäftigter, geringer Arbeitseinsatz, schlechte Arbeitsqualität oder Handeln gegen das Interesse des Betriebs sollten im Rahmen des Möglichen verhindert werden.

Das Verhalten jedes einzelnen Arbeitnehmers detailliert zu kontrollieren, hätte einen enormen Aufwand bedeutet. Einfacher war es daher, durch Einführung des Akkordlohns und anderer leistungsbezogener Entgeltsysteme das Eigeninteresse der Beschäftigten an einem positiven Arbeitsergebnis zu mobilisieren. Ein zweites Mittel war die Aufteilung der Arbeit in kleine Schritte („Taylorismus“), die dem Einzelnen keinerlei Freiraum ließen; am Fließband wurde der Arbeitsrhythmus durch die Technik bestimmt und war nicht von der Motivation oder persönlichen Korrektheit des einzelnen Beschäftigten abhängig. Ein drittes Mittel war die Gewährung von Privilegien, das insbesondere im Angestelltenbereich eingesetzt wurde:

⁹⁰ Dazu Waltermann, Sozialrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 294

⁹¹ BT-Drucksache 8/3650, S. 30: Zwischen 1963 und 1978 wurden ganze 162 Fälle nach der entsprechenden Vorschrift entschädigt.

⁹² Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 441 ff.

⁹³ BAG NZA 2008, 223

⁹⁴ BAG AP Nr. 15 und 16 zu § 618 BGB

Fehlerhaftes Verhalten hätte die Weitergewährung in Gefahr gebracht.

Als „Restgröße“ blieb die Überwachung mit der Folge, dass bei Fehlverhalten Sanktionen verhängt wurden. Ob wie gewünscht gearbeitet wurde, ließ sich allerdings nur durch Beobachtung seitens der Vorgesetzten, durch einen „Blick über die Schulter“ feststellen. Das Sanktionsinstrumentarium war dabei sehr viel breiter: Es gab „Missbilligungen“, „Warnungen“, „Verweise“ und Geldstrafen, während in der Gegenwart bei Fehlverhalten praktisch nur noch Abmahnung und Kündigung in Betracht kommen. Ausführendes Organ war häufig die sog. Betriebsjustiz, die heute kaum noch irgendwo anzutreffen ist.⁹⁵

Eine Kontrolle mit Hilfe technischer Mittel war die Ausnahme. Überliefert ist etwa die Einwegscheibe, die nur einen Durchblick in einer Richtung – vom Überwacher zum Überwachten – ermöglichte. Die Rechtsprechung⁹⁶ hatte sich mit dem sog. Produktographen zu befassen, bei dem der Arbeitnehmer je nach Anlass der Arbeitsunterbrechung bestimmte Tasten wie „Pause“ oder „Toilettengang“ oder „Materialmangel“ drücken musste. Dabei wurde ein Mitbestimmungsrecht nach damaligem Recht verneint und lediglich betont, der Einsatz dieses Mittels dürfe nicht zu einem „Antreibersystem“ führen.

⁹⁵ S. etwa U. Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, Heidelberg 1975; Kaiser/Metzger-Pregizer (Hrsg.), Betriebsjustiz. Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben, Berlin 1976; Wagner, Die Politische Pandektistik, Berlin 1985, S. 173 ff. Neuere Untersuchungen sind nicht ersichtlich.

⁹⁶ BAG 27.5.1960 – 1 ABR 11/59 - AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG (1952) Ordnung des Betriebs

B. Veränderungen durch Informationstechnologien

I. Arbeit außerhalb des Normalarbeitsverhältnisses und außerhalb des Arbeitsrechts

1. Erosion des Normalarbeitsverhältnisses

In der Gegenwart hat das Normalarbeitsverhältnis erheblich an Bedeutung verloren, ist aber immer noch für die Mehrheit der Beschäftigten maßgebend. Auf der Grundlage der Statistiken der Bundesagentur für Arbeit hat das WSI ermittelt, dass im Jahre 2013 43,3 % aller abhängigen Beschäftigungsverhältnisse Minijobs, Teilzeitstellen und Leiharbeitsverhältnisse waren.⁹⁷ Von den Minijobs wurden allerdings 2,59 Mio. als Nebentätigkeiten ausgeübt, die bei Männern vorwiegend zu einem Normalarbeitsverhältnis, bei Frauen zu einem Teilzeitarbeitsverhältnis hinzukamen.⁹⁸ Die Zahl der Normalarbeitsverhältnisse lag daher höher als die Differenz zwischen 43,3 und 100 %; sie lässt sich auf 58 bis 60% veranschlagen.

Die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Informatisierung des Arbeitslebens. Dies wird u. a. daran deutlich, dass Teilzeit weniger häufig mit digitaler Arbeit einhergeht.⁹⁹ Maßgebend sind nach verbreiteter Einschätzung andere Ursachen:

- Die Globalisierung der Märkte zwingt die Unternehmen zur Kostenreduzierung. Eine Chance hierfür wird insbesondere im Bereich der Lohnkosten gesehen. Diese können leichter dadurch abgesenkt werden, dass mit einem (wachsenden) Teil der Beschäftigten atypische Arbeitsverhältnisse vereinbart werden, wobei insbesondere Leiharbeitnehmer und geringfügig Beschäftigte zu niedrigeren Kosten beschäftigt werden können. Dieses Ausweichen auf atypische Beschäftigung setzt gleichzeitig die im Normalarbeitsverhältnis Verbliebenen unter Druck, da sie oft in der Gefahr sind, dass diese Ausweichstrategie auch ihren Arbeitsplatz erfasst und sie durch eine billigere Arbeitskraft ersetzt werden.

⁹⁷ Pressemitteilung der Hans Böckler Stiftung vom 29.9.2014, abrufbar unter www.boeckler.de

⁹⁸ Dazu Schmidt/Voss, Arbeitsmarkt- und geschlechtsdifferenzielle Einflussfaktoren für die Ausübung einer geringfügigen Nebenbeschäftigung, in: Industrielle Beziehungen Nr. 1/2014, S. 36 ff.

⁹⁹ So Kirchner, Gutachten: Mobile und digitale Arbeit in Deutschland – ein branchenübergreifender Überblick, Hamburg 2014, S. 32

- Atypische Beschäftigte lassen sich besonders leicht flexibel einsetzen. Dies gilt für Lage und Dauer der Arbeitsstunden wie auch für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses. Flexible Reaktionen des Unternehmens können aber beträchtliche Vorteile auf dem Markt bringen.

- Teilzeitarbeit hat für die Arbeitgeberseite häufig den Vorzug, die Arbeit intensivieren zu können, ohne dass es zu gesundheitsschädlichen Folgewirkungen kommt.

Informationstechnologien beeinflussen diese Entwicklung nur insoweit, als sie die Globalisierung der Wirtschaft und die flexible Reaktion von Unternehmen auf Marktentwicklungen erleichtern. Unmittelbare Auswirkungen auf arbeitsrechtliche Strukturen sind nicht ersichtlich.

2. Arbeit im Internet: Das Beispiel Crowdfunding

Die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses ist nicht die einzige Veränderung, die sich in der Gegenwart vollzieht. Die Verwendung digitaler Arbeitsmittel nimmt einen immer größeren Raum ein. Man arbeitet mit einem stationären PC oder mit mobilen Geräten, mit denen mittlerweile typischerweise ein Zugang zum Internet verbunden ist. Immer häufiger ist die Nutzung dieser Technik nicht nur Hilfsmittel, sondern macht die Arbeit selbst aus: Man kommuniziert mit anderen im Internet, um Aktivitäten zu koordinieren und Ideen zu verbessern, man leistet Dienste, man recherchiert Fragen, die in anderen Zusammenhang von Bedeutung sind. Von den vielfältigen Erscheinungen, die diese neue Form von Arbeit hat, soll hier diejenige herausgegriffen werden, die voraussichtlich in naher Zukunft die weiteste Verbreitung finden wird und die am stärksten Probleme abhängiger Beschäftigung aufwirft.¹⁰⁰ Unternehmen verlagern bestimmte Funktionen nach außen, indem sie der „crowd“, der unübersehbaren Zahl der Internetnutzer, Angebote machen, bestimmte Aufgaben gegen Entgelt zu übernehmen. Dabei ist von „Crowdsourcing“ als einem Spezialfall des Outsourcing die Rede. Die in diesem Rahmen tätigen Arbeitskräfte werden als „crowdworker“ oder (seltener) als „crowdsources“ bezeichnet.

a. Grundstruktur

¹⁰⁰ Zu dem ebenfalls denkbaren „Internet-Arbeitsverhältnis“ s. bereits Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2001, § 6. Zum virtuellen Unternehmen und den dort anfallenden Kurzzeitbeschäftigungsverhältnissen s. Wolmerath, FS Däubler, 1999, S. 717 ff.

Crowdsourcing kann in unterschiedlichen Formen und Zusammenhängen praktiziert werden. Es kann „internen“, aber auch „externen“ Charakter haben.¹⁰¹

Rechtlich unproblematisch ist der Fall, dass innerhalb eines Konzerns bestimmte Aufgaben ausgeschrieben werden, um die sich nur Arbeitnehmer anderer Konzernunternehmen bewerben können. An deren Arbeitnehmereigenschaft ändert sich nichts. Statt für ihren Vertragsarbeitgeber arbeiten sie mit dessen Einverständnis vorübergehend für ein anderes Konzernunternehmen. Dies ist schon bisher keine ungewöhnliche Konstellation.¹⁰² Am bekanntesten ist das IBM-Projekt Liquid, das von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat.¹⁰³

Neue Rechtsfragen stellen sich jedoch, wenn wie in der großen Mehrzahl der Fälle¹⁰⁴ die Konzerngrenzen überschritten werden und sich Dritte bewerben können. Hier spricht man von externem Crowdsourcing. Die „Bewerber“ treten hier zumindest dem ersten Anschein nach als Selbständige auf, die sich um einen Auftrag bemühen. Es kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass sie aus dem Arbeitsrecht „herausfallen“ und anderen Rechtsgrundsätzen unterliegen, die möglicherweise einen sehr viel schwächeren Schutz vermitteln. Um diese Gruppe von Arbeitenden soll es im Folgenden im Einzelnen gehen.

b. Welche Arbeiten können erfasst werden?

Welche Arbeiten sich für eine Vergabe im Internet eignen, ist derzeit nicht genau absehbar. Aus der Praxis wird beispielsweise berichtet, dass Texte erst maschinell in eine Fremdsprache übersetzt und dann einem crowdworker übergeben werden, der die groben Fehler („Klöpse“) entfernen soll.¹⁰⁵ Dies geht schneller und ist billiger, als wenn man einen professionellen Übersetzer einschalten würde. Wer kann einen Werbetext für einen genau bezeichneten Gegenstand verfassen, wer einen Beitrag für ein Lexikon schreiben? Wer ist bereit, die Cover-Seiten von CDs anzuschauen und darauf zu achten, dass sie „jugendfrei“ sind?¹⁰⁶ Wer gibt Zahlen in einen Rechner ein, die von Stromkunden von Hand auf einer Postkarte eingetragen

¹⁰¹ Leimeister/Zogaj/Blohm, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 16 ff.

¹⁰² Zu Matrix-Strukturen in Konzernen, bei denen dies oft auftritt, s. Kort NZA 2013, 1318

¹⁰³ Dazu Rehm, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 61 ff. (Interview mit Monika Schäfer); zu beachten bleibt, dass dabei auch externes Crowdsourcing eingesetzt wird.

¹⁰⁴ Leimeister CuA 10/2014 S. 18

¹⁰⁵ Kraft, Die Mitbestimmung, Heft 12/2013, auch zu den folgenden Beispielen

¹⁰⁶ Beispiel bei Böhm CuA 10/2014 S. 16

wurden und die wegen der individuellen Schreibweisen vom Computer nicht sicher erkannt werden können?¹⁰⁷ Häufig werden Arbeitsprozesse in kleine Stücke zerlegt und diese nach „draußen“ vergeben. Bei IBM haben solche Überlegungen eine große Rolle gespielt.¹⁰⁸ Da diesem Vorgehen eine große Zukunft prognostiziert wird, ist in der Wissenschaft auch von einer neuen Taylorisierung der Arbeit die Rede.¹⁰⁹ Bisweilen werden auch anspruchsvolle Aufgaben ohne „Zerstückelung“ extern vergeben – Softwareentwicklung und Softwareerprobung dürften als Gegenstand am naheliegendsten sein.¹¹⁰ Als Beispiele werden weiter die Beurteilung eines Finanzierungskonzepts und die Entwicklung eines Firmenlogos und von Designvorschlägen für neue Produkte¹¹¹ genannt. Hier werden für ein Minimum an finanziellem Aufwand zahllose Ideen gesammelt.¹¹² Eine Marketing-Strategie mit Hilfe der Crowd zu entwickeln, hat den zusätzlichen Vorteil, dass ein Teil der künftigen potentiellen Kunden seine Präferenzen einbringen kann.¹¹³ Der Fantasie sind kaum Grenzen gesetzt.¹¹⁴ Das Kieler Institut für Weltwirtschaft schätzt die Zahl der verlagerbaren Arbeitsplätze auf 40 %.¹¹⁵ In den USA ist von 47 % die Rede.¹¹⁶

Verträge werden oft von beiden Seiten ausschließlich mit einer Plattform (in Deutschland etwa „clickworker“ oder „twago“) abgeschlossen. Dabei weiß der crowdworker häufig gar nicht, wer der wirkliche Empfänger seiner Leistung ist. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen die Plattform nur die Infrastruktur für die Verhandlungen zur Verfügung stellt.¹¹⁷ Die praktische Bedeutung, die diese Arbeitsform heute schon hat, wird an der Zahl der Nutzer deutlich: Clickworker nennt etwa 400.000 Mitglieder,¹¹⁸ twago teilt mit, ein Auftragsvolumen von über 172 Mio. Euro mit insgesamt 228 000 Experten und 36.000 Aufträgen innerhalb eines Jahres abgewickelt zu haben.¹¹⁹ „TopCoder“ mit Sitz in Massachusetts verfügt über

¹⁰⁷ Beispiel (aus der Realität) bei Böhm CuA10/2014 S.16. Bei Amazon Mechanical Turk werden solche Aufgaben „HITS“ genannt, „Human Intelligence Tasks“, mitgeteilt bei Strube, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 76

¹⁰⁸ IG Metall – Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing. Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit - am Beispiel IBM, 2013

¹⁰⁹ Kittur/Nickerson/Bernstein u.a., in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 179

¹¹⁰ Leimeister CuA 10/2014 S. 18. Eine wachsende Tendenz in dieser Richtung konstatiert Tapper S. 13, doch gibt es dafür bislang keine empirischen Anhaltspunkte.

¹¹¹ Böhm CuA 10/2014 S. 15

¹¹² Böhm AiB 11/2014 S. 39, 42

¹¹³ Leimeister CuA 10/2014 S. 18

¹¹⁴ Vgl. Benner, CuA 4/2014 S. 18: Jede Form von Wertschöpfung kann im Prinzip erfasst sein. S. weiter die Praxisbeispiele bei Leimeister/Zogaj/Blohm, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 10 ff.

¹¹⁵ Schwemmler/Wedde, S. 65

¹¹⁶ Apt/Martin u. a., S. 7

¹¹⁷ So etwa die US-amerikanische Plattform Amazon Mechanical Turk, Nr. 1 des „Participation Agreements“, abrufbar unter <https://www.mturk.com/mturk/conditionsofuse>

¹¹⁸ Strube in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 85 nennt sogar 500.000 bei Clickworker angemeldete Beschäftigte.

¹¹⁹ Angaben nach Klebe/Neugebauer AuR 2014, 4

mehr als 500.000 Mitglieder,¹²⁰ ebenso Amazon Mechanical Turk.¹²¹ „Freelancer“ spricht von 8.800.000 Nutzern und 4.928.000 Projekten und dürfte damit Marktführer sein.¹²²

c. Konsequenzen für die Arbeitsorganisation

Crowdsourcing führt zur „Ausdünnung“ der Betriebe.¹²³ Dort bleiben von den bisher mit bestimmten Aufgaben Beschäftigten nur diejenigen, die für die Aufteilung des Arbeitsprozesses und für die Qualitätskontrolle verantwortlich sind.¹²⁴ Außerdem können sich in aller Regel Menschen aus vielen Ländern um einen Auftrag bewerben. Wird eine vergleichbare Leistung wie im Inland erbracht, kommen die niedrigeren Löhne in Entwicklungs- und Schwellenländern voll zur Geltung. Dies führt bei Normal- und Routinetätigkeiten derzeit zu Durchschnittsvergütungen von ca. 2 Euro pro Stunde.¹²⁵ Das mag für einen Inder unter seinen Lebensbedingungen akzeptabel sein; in Westeuropa lässt sich damit kein einigermaßen angemessenes Leben führen. Erfahrene Crowdworker können bei Amazon Mechanical Turk in die Nähe des US-Mindestlohns von 7,80 Dollar kommen, doch machen dieser sog. Power-Turker nur etwa 20 % aller für die Firma Arbeitenden aus.¹²⁶ Alle anderen sind „digitale Tagelöhner“.¹²⁷ Aus Arbeitgebersicht attraktiv sind aber nicht nur die geringen Löhne: Man spart auch Kosten für Gebäude und für Sozialversicherung.¹²⁸

Würde sich diese Arbeitsform auf viele Bereiche ausweiten, hätte dies eine grundlegende Veränderung der Arbeitswelt zur Folge.¹²⁹ Dies nicht allein wegen der „Hungerlöhne“, die einen Absturz im Lebensstandard zur Folge hätten.¹³⁰ Vielmehr wäre der Arbeitsmarkt ungleich stärker als bisher internationalisiert: In vielen Bereichen könnte ohne besonderen Aufwand auf Arbeitskräfte zurückgegriffen werden, die irgendwo auf der Welt leben und in die dortigen Verhältnisse integriert sind. Ansätze dazu gibt es bisher nur in der Seeschifffahrt,

¹²⁰ Die Firma ist auf Programmierarbeiten spezialisiert – s. Strube, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 85 ff. und praktiziert das Modell „Preisausschreiben“.

¹²¹ Zu letzterem Böhm CuA 10/2014 S. 16 und insbesondere Strube, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 75 ff.

¹²² Zur Marktentwicklung in Deutschland s. Nießen, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 93 ff.

¹²³ Zur Frage, ob eine Betriebsänderung vorliegt und deshalb über einen Interessenausgleich zu verhandeln und ein Sozialplan abzuschließen ist, s. Däubler/Kittner/Klebe/Wedde-Däubler, § 111 Rn. 111a.

¹²⁴ Zum Vorliegen einer Betriebsänderung in einem solchen Fall s. DKKW-Däubler, 14. Aufl. 2014, §§ 111 Rn. 111a.

¹²⁵ Zu Studien über die Lohnhöhe s. die Übersicht bei Leimeister/Zogaj, S. 73. Von Interesse auch der Erfahrungsbericht von Kraft in: Mitbestimmung Heft 12/2013. Auf inländische Erfahrungen bezogen ist die Schätzung einer Verbandsvertreterin, wonach die Stundenlöhne zwischen 5 und 40 Euro liegen (Nießen, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S.70.

¹²⁶ Strube, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 79

¹²⁷ So die Formulierung bei Böhm AiB 11/2014 S. 39

¹²⁸ So der Leiter des IBM Human Capital Managements, wiedergegeben bei Böhm AiB 11/2014, S. 39

¹²⁹ Benner CuA 4/2014 S.17: Gänzlich neue Art der Arbeitsorganisation

¹³⁰ Von einer Kräfteverschiebung wegen der transnationalen Konkurrenz sprechen Schwemmler/Wedde S. 66

wo auf den meisten Schiffen bis auf den Kapitän und den Ersten Offizier ausschließlich Arbeitskräfte aus Entwicklungsländern beschäftigt werden, die geringfügig besser als dort üblich bezahlt werden. Eine wichtige Veränderung liegt auch insoweit vor, als der Einzelne nicht in einen Betrieb oder eine andere soziale Einheit eingebunden ist. Vielmehr arbeitet er typischerweise allein zu Hause, ohne eine Verbindung mit anderen Crowdworkern zu haben. Durch Vertrag wird zum Teil sogar eine Kontaktaufnahme bewusst erschwert.¹³¹ Kollektives Handeln traditioneller Art ist unter solchen Umständen extrem schwierig.¹³² Die bei Amazon Mechanical Turk Beschäftigten haben gleichwohl ein Forum („Turkopticon“) entwickelt,¹³³ wo vor unseriösen Anbietern (deren Angebote Amazon auf seine Plattform stellt) gewarnt wird und Missstände angeprangert werden.¹³⁴

d. Anwendung des Arbeitsrechts

Eine persönliche Abhängigkeit liegt bei externer Crowdwork nicht vor, da die Arbeitenden keinen Weisungen nachkommen, sondern lediglich vordefinierte Anforderungen erfüllen müssen. Im Regelfall besteht nur eine Rechtsbeziehung zu dem Plattformbetreiber. Er ist Empfänger eines „Werkes“ oder einer „Dienstleistung“; die daraus resultierenden Vorteile werden an das Unternehmen weitergereicht. Der Sache nach dürfte daher ein Werk- oder ein Dienstvertrag vorliegen.¹³⁵ Wie der Arbeitende seine Tätigkeit organisiert, interessiert weder den Plattformbetreiber noch das letztlich begünstigte Unternehmen. Das Entgelt wird vom Unternehmen an den Plattformbetreiber bezahlt, der es dann – unter Abzug seiner eigenen Kosten und seines Gewinns – an den Crowdworker weiterleitet. Es geht um eine reine Transaktion „Arbeitsprodukt gegen Geld“. Selbst wenn eine direkte Rechtsbeziehung zwischen Unternehmen und crowdworker besteht, lässt sich diese jedenfalls prima facie schwerlich als Arbeitsverhältnis qualifizieren; auch hier dominiert der Austausch unter „Selbständigen“. Ob in einer Reihe von Fällen die Voraussetzungen einer Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben sind, so dass jedenfalls ein Teil der arbeitsrechtlichen Vorschriften Anwendung findet, kann zunächst nur als Frage formuliert werden. Immerhin ist denkbar, dass ein Crowdworker regelmäßig nur für eine Plattform oder für ein Unternehmen

¹³¹ S. unten D III 2 b gg. Dies steht in bemerkenswertem Gegensatz zu der These, crowdworking würde kooperative Strukturen fördern.

¹³² Zusammenstellung von Vorzügen und Nachteilen von Crowdwork aus einer (allzu) optimistischen Sicht, die nur bei qualifizierten Tätigkeiten halbwegs plausibel erscheint, Leimeister/Zogaj/Blohm, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 34

¹³³ Dazu Irani/Silberman, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 131 ff.

¹³⁴ Dazu sowie über die Arbeitsbedingungen bei Amazon Mechanical Turk s. das Interview mit „spamgirl“ (die ihre Identität geheim hält) von V. Barth, abgedruckt bei Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 99 ff.

¹³⁵ Ebenso Hötte MMR 2014, 795, 797; Klebe/Neugebauer AuR 2014, 5. Näher dazu unten D III 1

tätig ist, so dass an der wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Zweifel bestehen.¹³⁶ Allerdings fragt sich in solchen Fällen, ob der Auftraggeber wissen muss, dass sein Gegenüber vom Erhalt der Gegenleistung abhängig und deshalb mit einem Arbeitnehmer vergleichbar ist. Weiter stellt sich das Problem, ob die auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbaren arbeitsrechtlichen Vorschriften einen ausreichenden Schutz für die schwächere Seite gewähren.

Soweit kein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis vorliegt (weil beispielsweise für verschiedene Plattformen bzw. Unternehmen gearbeitet wird¹³⁷), stellt sich das neue Problem, inwieweit das bestehende Zivilrecht dafür geeignet ist, den Schutz von (externen) Crowdworkern sicher zu stellen. Wäre dies nicht der Fall, müssten gesetzgeberische Maßnahmen in Erwägung gezogen werden.

e. Crowdwork für ausländische Auftraggeber

Spezifische Probleme ergeben sich bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen. Wer sich bei Amazon Mechanical Turk in Massachusetts um einen Auftrag bemüht, muss sich nach den AGB US-amerikanischem Recht unterwerfen und wird deshalb kaum in der Lage sein, sich auf deutsches Arbeits- oder Zivilrecht zu berufen. Wann welche Rechtsordnung eingreift, ist zentraler Gegenstand des Kollisionsrechts. Dieses spielt daher auch hier eine wichtige Rolle. Gleichzeitig ist die Frage nach dem zuständigen Gericht zu stellen. Kann ein in Deutschland arbeitender Crowdworker deutsche Arbeits- oder Zivilgerichte anrufen, obwohl er für einen Auftraggeber in den USA oder Australien tätig ist und im Vertrag sogar ausdrücklich auf das dort geltende Recht verwiesen wurde? Ermöglicht das geltende Recht hier eine angemessene Lösung oder muss eine Rechtsänderung in Erwägung gezogen werden? Dies soll im Einzelnen unten im Abschnitt D erörtert werden.

II. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit

1. Verlängerung der Arbeitszeit

Die in der Statistik ausgewiesene durchschnittliche Arbeitszeit kann im Einzelfall deutlich

¹³⁶ Ebenso im Ergebnis Klebe/Neugebauer AuR 2014, 5

¹³⁷ Von Verbandsseite ist von 40 bis 50 Plattformen allein in Deutschland die Rede – Nießen, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 69

überschritten werden, die Trennlinie zwischen Arbeit und Privatleben verschiebt sich. Problematisch erscheint insbesondere die sog. Vertrauensarbeitszeit, bei der Dauer und Lage der Arbeitszeit voll in das Ermessen des Arbeitnehmers gestellt sind. Der Arbeitseinsatz wird dabei allein durch inhaltliche Vorgaben gesteuert, was nur auf den ersten Blick „großzügig“ erscheint. Häufig sind diese Vorgaben so beschaffen, dass sie in der „Normalarbeitszeit“ von 40 Wochenstunden nicht bewältigt werden können. Dahinter steht das Bedürfnis des Arbeitgebers, möglichst viel „Leistung“ für die gezahlte Vergütung zu bekommen, was im internationalen Wettbewerb angesichts der vergleichsweise hohen deutschen Stundenlöhne besonders nahe liegt. Bisweilen dürfte auch eine Fehleinschätzung einzelner Arbeitnehmer eine Rolle spielen: Bei der Festlegung des Pensums geht man automatisch von störungsfreiem Arbeiten aus, das es in dieser Form nur ausnahmsweise in der Realität gibt.¹³⁸ Die Folge sind lange Arbeitszeiten, die bis auf 70 oder 80 Stunden in der Woche ansteigen können. Dadurch geraten die Betroffenen in Widerspruch zum ArbZG. Jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags ist nach § 16 Abs. 2 ArbZG zu dokumentieren, was nur selten geschehen wird. Innerhalb von 6 Monaten oder 24 Wochen darf der Durchschnitt von 48 Stunden pro Woche nicht überschritten werden. Auch sind die Pausen nach § 4 zu beachten, ebenso die elfstündige Ruhezeit nach § 5 ArbZG. Aus der Praxis wird berichtet, dass man die Widersprüche zum ArbZG bestehen lässt und keine Kontrolle stattfindet, oder dass dem Arbeitnehmer die Aufgabe übertragen wird, selbst Buch zu führen und seine Arbeitszeit zu dokumentieren; so mancher abendliche Einsatz bleibt dann unerfasst. Voraussetzung ist, dass das Gehalt nicht vom genauen Umfang der Wochenarbeitszeit abhängt, sondern eine fixe Größe darstellt, die ggf. durch einen Bonus auf der Grundlage der Zielvereinbarung ergänzt wird. Überstundenvergütungen gehören bei dieser Arbeitsform der Vergangenheit an. Ein spezifischer Zusammenhang mit digitaler oder mobiler Arbeit ist nicht ersichtlich, doch erleichtert die Digitalisierung eine solche Arbeitsform. Es handelt sich jedoch um ein allgemeines Problem der Arbeitsorganisation, das hier nicht weiterverfolgt werden kann.

Auch bei anderen Arbeitszeitmodellen als der Vertrauensarbeitszeit kommt es nicht selten zu inoffiziellen Überstunden. Der angestellte Ingenieur verlässt z. B. gegen 18 Uhr das Büro, stempelt aus, kehrt aber um 19 Uhr wieder an seinen Arbeitsplatz zurück, ohne dass dies im Zeiterfassungssystem sichtbar wäre. Die Ursache kann in einem zu großen Arbeitspensum,

¹³⁸ Mit Autoren von Aufsätzen und Büchern macht man immer wieder die Erfahrung, dass sie guten Gewissens einen bestimmten Termin zusagen, ihn dann aber doch nicht einhalten. Bisweilen erweckt man als Autor sogar Erstaunen, wenn man pünktlich abgeliefert. Auch bei studentischen Hausarbeiten steigert sich die tägliche Arbeitszeit enorm, je näher der Abgabetermin rückt. Die menschliche Fähigkeit zur exakten Zeiteinteilung ist ersichtlich beschränkt.

aber auch darin liegen, dass er nicht in den Ruf kommen möchte, länger als andere für die Erledigung bestimmter Aufgaben zu benötigen. Das vereinbarte Gehalt umfasst auch die „notwendigen“ Überstunden, so dass die unvollständige Deklaration der Arbeitszeit keine finanziellen Konsequenzen hat. Auch hier fehlt der unmittelbare Zusammenhang mit digitaler und mobiler Arbeit, obwohl „inoffizielle“ Arbeitsstunden auch dort sicherlich keine Ausnahme sind.

Weiter lässt auch eine an sich umfassende Zeiterfassung in Randbereichen häufig Lücken, die zu nicht „aktenkundig“ gemachter Arbeit führen. Der Einzelne hat beispielsweise innerhalb des Fabrik- oder Krankenhausgeländes eine bestimmte Strecke zurückzulegen, bevor er seinen Arbeitsplatz erreicht; erst dort beginnt dann die „wirkliche“ Arbeitszeit. Umkleidezeiten sind zwar mittlerweile vom BAG als Arbeitszeit anerkannt,¹³⁹ doch ist die Umsetzung dieses Grundsatzes insbesondere dann schwierig, wenn geltende Tarifverträge diese Zeiten ausdrücklich ausgeklammert haben. Berichtet wird weiter von dem Fall, dass die Zeiterfassung nur viertelstündlich erfolgt. Wer um 8 Uhr 30 Sekunden den Eingang passiert, wird erst ab 8 Uhr 15 als Arbeitender registriert. Schließlich gibt es Kleinbetriebe, in denen das „länger Dableiben“ wegen nicht erledigter Arbeit zur Normalität gehört, ohne dass man dies erfassen und vergüten würde. Auch hier fehlt es am unmittelbaren Zusammenhang mit digitaler und mobiler Arbeit.

2. Aufhebung der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung

Die Benutzung von Informationstechnologien macht es möglich, Arbeit von einem beliebigen Ort aus zu verrichten. Dies führt zu sehr viel gravierenderen Veränderungen als die gelegentliche Nichtbeachtung des ArbZG.

Der erste Schritt in diese Richtung war und ist die Telearbeit, die nach herrschendem Begriffsverständnis durch drei Elemente charakterisiert ist:

- ◆ Die Arbeit findet außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers statt;
- ◆ dies geschieht nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig;
- ◆ am dezentralen Arbeitsplatz werden informationstechnische Geräte wie ein (stationärer) PC, ein Laptop usw. benutzt, mit deren Hilfe die Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber

¹³⁹ BAG NZA-RR 2013, 63

übermittelt werden.¹⁴⁰

Dabei haben sich verschiedene Formen etabliert, die durchaus erhebliche faktische Unterschiede aufweisen.

- ◆ Am verbreitetsten ist die sog. mobile Telearbeit. Nach einer älteren Untersuchung des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) waren schon Mitte der neunziger Jahre etwa 500.000 Beschäftigte in dieser Weise tätig.¹⁴¹ Dabei handelt es sich in der Regel um den traditionellen Außendienst, der informationstechnisch »aufgerüstet« wurde¹⁴² und der dadurch effizienter und leichter kontrollierbar werden soll.
- ◆ Zweitwichtigste Form ist die sog. alternierende Telearbeit, die darin besteht, dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb, ein anderer auf dem »Außenposten« wie z.B. in der Wohnung verbracht wird. Die Fraunhofer-Studie bezifferte die Zahl der auf diese Weise Tätigen mit ca. 350.000.¹⁴³ Auch hier liegt das Neue mehr im Gebrauch moderner Technik als in der Arbeitsform als solcher. Ähnliche Erscheinungen gibt es schon lange. Zwar vergleicht man Richter und Professoren nur selten mit gewöhnlichen Arbeitnehmern (warum eigentlich?), doch sei hier einmal eine Ausnahme gemacht: Beide Beschäftigtengruppen müssen nur zu bestimmten Zeiten (Sitzungstermine, Beratungen bzw. Vorlesungen, Prüfungen usw.) im »Betrieb« anwesend sein. Wo die Urteile bzw. die wissenschaftlichen Untersuchungen geschrieben werden, ist dagegen dem Dienstherrn (mit Recht) gleichgültig, so dass es oft zu Hause geschieht. Dies ist eine sozial höchst verträgliche Form von alternierender Telearbeit. Werden dabei PC und Internet eingesetzt, müsste man diese beiden Gruppen (und möglicherweise noch weitere) bei der Gesamtzahl der alternierenden Telearbeitnehmer mitberücksichtigen.

◆Im Vergleich zu diesen beiden Formen hat die (ausschließliche) häusliche Telearbeit nur untergeordnete Bedeutung. Insoweit war Ende der neunziger Jahre von ca. 22.000 Arbeitsplätzen die Rede.¹⁴⁴ Noch geringer ist die praktische Bedeutung der Arbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros; insoweit soll es nur 3.500 Arbeitsplätze geben

¹⁴⁰ S. etwa Boemke, BB 2000, 147; Dulle, S. 5 ff.; Wank Rn. 13; Wedde, Entwicklung der Telearbeit, S. 4; ders., Telearbeit Rn. 1.

¹⁴¹ Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324; Wedde, NJW 1999, 534.

¹⁴² Ebenso Boemke, BB 2000, 147: Moderne Variante des herkömmlichen Außendienstes; Wank, Rn. 78: Die entsprechenden Arbeitnehmer waren auch schon früher »mobil«.

¹⁴³ Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324.

¹⁴⁴ Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324.

haben.¹⁴⁵

Sämtliche Zahlenangaben sind vermutlich zu niedrig. Zum einen scheuen sich Unternehmen eventuell, Angaben zu den von ihnen praktizierten Formen der Telearbeit zu machen, da diese sozialpolitisch noch immer umstritten ist und man deshalb Aufsehen vermeiden möchte.¹⁴⁶ Weiter ist zu berücksichtigen, dass seit der Untersuchung des Fraunhofer-Instituts über fünfzehn Jahre vergangen sind, in denen sich die Informationstechnik, speziell das Internet, sprunghaft nach oben entwickelt hat.¹⁴⁷ Eine im Jahre 2000 vorgenommene Hochrechnung des Instituts der Deutschen Wirtschaft kam auf 2,1 Mio. Telearbeitsplätze,¹⁴⁸ was aber nur die Tendenz verdeutlicht, jedoch über den realen Umfang keine Aussage zulässt. Dabei dürfte sich am dominierenden Charakter der mobilen und der alternierenden Telearbeit nichts geändert haben.¹⁴⁹ Nicht statistisch erfasst ist die sog. kleine Telearbeit: Der im Betrieb tätige Arbeitnehmer schickt Daten per Mail in seine Wohnung, um ausnahmsweise dort nach- oder weiterzuarbeiten.¹⁵⁰

Die Telearbeit wurde zunächst höchst argwöhnisch als „neue Heimarbeit“ gesehen, die wie ihr historisches Vorbild zu sozialer Verelendung führen könnte. Dies hat sich so nicht bewahrheitet. Auch in den Fällen, in denen ausschließlich zu Hause gearbeitet wird, blieb in aller Regel das Arbeitsverhältnis mit seinen sozialen Sicherungen erhalten. Auch ist die Vereinzelung von Beschäftigten nicht in dem befürchteten Umfang eingetreten, da bei der alternierenden Telearbeit die Bindung an den Betrieb im Grundsatz erhalten bleibt. Oft erweist sie sich überdies als segensreich, da bei einer Verlegung des Betriebs oder Betriebsteils ein „Mitgehen“ für viele durchaus machbar ist, wenn sie nur ein oder zwei Tage in der Woche am neuen Ort sein müssen, im Übrigen aber zu Hause arbeiten können.¹⁵¹

3. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit

Die Digitalisierung der Arbeit macht nicht nur Telearbeit möglich, sondern hat weitere

¹⁴⁵ Fenski Rn. 324.

¹⁴⁶ Wank Rn. 84.

¹⁴⁷ Angaben bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 1 ff.

¹⁴⁸ Mitgeteilt bei Schlachter in: Noack/Spindler (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, S. 200. Ähnliche Ergebnisse brachte eine »empirica«-Studie – s. Notiz in CF 4/2001, S. 10. S. auch den Kommentar von Nümann-Seidewinkel, Heft 5/2001 von K&R.

¹⁴⁹ Vgl. Wedde, Telearbeit, Rn. 14. Von „stagnierenden Zahlen“ sprechen Schwemmler/Wedde, S. 48/49

¹⁵⁰ Näher Engelhardt, CF 3/2004, S. 18ff.

¹⁵¹ Vgl. auch Buschmann PersR 2011, 248

wichtige Konsequenzen, die gleichermaßen die zeitliche wie die räumliche Grenze der Arbeit betreffen. Wer ein traditionelles Handy hat, ist im Prinzip jederzeit erreichbar und kann aufgefordert werden, im Rahmen seiner Möglichkeiten in Kürze mit einer Arbeit zu beginnen. Wer ein Smartphone oder einen Tablet-Computer mit sich führt, ist darüber hinaus in aller Regel in der Lage, umgehend mit der Arbeit zu beginnen. Denkbar ist z. B., dass sich der Vorgesetzte um 10 Uhr Abends meldet und bis zum nächsten Morgen um 8 Uhr eine Powerpoint-Präsentation oder die Ergebnisse einer Internet-Recherche haben will. Das schafft zwar Bedenken im Hinblick auf das Arbeitszeitrecht (auf die noch einzugehen ist), doch ist dies ohne Bedeutung, wenn die Berufung auf rechtliche Schranken als Illoyalität und „querköpfiges Verhalten“ gewertet würde. Eine entsprechende Situation kann sich auch durch die Anforderungen von Kunden ergeben, denen sich der Einzelne gleichfalls nicht entziehen kann; insoweit wird von erhöhten Belastungen berichtet.¹⁵² Die Digitalisierung öffnet die Arbeitsprozesse nach außen,¹⁵³ was auch in solchen Situationen zum Ausdruck kommt. Dies gilt erst recht dann, wenn der Abnehmer in den Herstellungsprozess einbezogen ist, weil er ihn in vielfältiger Weise beeinflussen, z. B. auch Verbesserungsvorschläge machen kann.¹⁵⁴ Durch das Zusammenführen unterschiedlicher Kommunikationskanäle (Unified Communications)¹⁵⁵ wird die Erreichbarkeit noch weiter gesteigert, was zu häufigen Arbeitsunterbrechungen, aber auch dazu führen kann, dass man selbstredend auch in der eigenen Freizeit „ansprechbar“ ist.

Die jederzeitige Verfügbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers schlägt sich in der Praxis nieder. Nach dem DGB-Index „Gute Arbeit“ von 2011 müssen 27 % aller Beschäftigten „sehr häufig oder oft auch außerhalb ihrer Arbeitszeit für betriebliche Belange erreichbar sein.“¹⁵⁶ An anderer Stelle ist davon die Rede, jeder fünfte Erwerbstätige müsse auch „mobil“, d. h. außerhalb des eigentlichen Arbeitsplatzes tätig sein.¹⁵⁷ Der internationale Wettbewerb schafft ein verstärktes Arbeitgeberinteresse an möglichst intensiver Nutzung der Arbeitskraft abhängig Beschäftigter. Derselbe Umstand führt zu möglichst knapper Personalkalkulation: Nur soweit unbedingt nötig, werden neue Arbeitskräfte eingestellt oder ausscheidende ersetzt. Viele Beschäftigte klagen darüber, dass sie immer nur das Nötigste erledigen können, weil das Pensum nicht wirklich zu schaffen sei. Die Gefahr, außerhalb der Arbeitszeit zur Arbeit herangezogen zu werden, ist unter diesen Umständen real.

¹⁵² Vogl/Nies, S. 18

¹⁵³ Apt/Martin u. a. S. 6

¹⁵⁴ Apt/Martin u. a. S. 8: Aus Produzieren und Konsumieren wird „Prosumieren“. Dazu auch Tapper, S. 3.

¹⁵⁵ Ruchhöft, CuA 10/2014 S. 24, auch zum Folgenden

¹⁵⁶ Mitgeteilt bei Boewe/Schulten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014

¹⁵⁷ Vogl/Nies, S. 13

Zwei Elemente kommen hinzu, die dafür sorgen, dass die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit immer mehr verschwimmen.

Für Viele ergeben sich in der Arbeit selbst erhöhte Dispositionsspielräume. Wer lediglich eine bestimmte Projektskizze bis zum Monatsende fertig zu stellen hat, wird dieses Ziel zwar möglicherweise nur dann erreichen, wenn er wöchentlich 60 Stunden arbeitet. Gleichzeitig bestimmt er jedoch selbst darüber, wann er welche Arbeitsschritte vornimmt und welche Teile des 24-Stunden-Tages er mit Arbeit verbringt. Dies wird als eine Art Privileg empfunden.¹⁵⁸ Meist nimmt dadurch die Identifikation mit der Arbeit zu und ist ungleich stärker als in der tayloristischen Welt. Konsequenter Weise ist auch die Frustrationstoleranz erheblich höher; der Einzelne akzeptiert Bedingungen, gegen die sich ein Fließbandarbeiter aufgelehnt hätte.

Die Fähigkeit, Zumutungen zurück zu weisen, ist - zweitens - in den vergangenen Jahrzehnten geringer geworden. Dies hängt mit der Arbeitslosigkeit zusammen, die bei vielen Arbeitnehmern das Gefühl der Ersetzbarkeit geschaffen hat, und zwar sogar bei solchen, für die gar kein Ersatz in der (nach-)industriellen Reservearmee vorhanden ist. Dazu kommt die Schwäche der kollektiven Interessenvertretung, die sich äußerlich im Rückgang der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder sowie darin zeigt, dass nur knapp die Hälfte aller Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat oder einen Personalrat vertreten ist. Wer sich den Erwartungen der Arbeitgeberseite verweigert, hat eine gute Chance, Einzelkämpfer zu bleiben. Ist er nicht gerade ein anerkannter Experte oder ein gesuchter Spezialist, wird seine Karriere einen Knick erleiden; statt seiner werden die „fleißigeren“ und „kooperativeren“ Konkurrenten-Kollegen Förderung „von oben“ erfahren.

Die Arbeit okkupiert das Privatleben, sie wird zum alleinigen Taktgeber des Alltagslebens. Betrieb und Dienststelle verlieren immer mehr ihre Konturen.¹⁵⁹ Unter den beschriebenen Bedingungen verlieren die Grenzen der Arbeitszeit und die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz immer mehr an Bedeutung. Die Arbeitsanforderungen können sich über das ganze Leben legen – bis hin zum Extremfall einer angestellten Unternehmensberaterin in einer weltweit agierenden Beratungsfirma, die auch nachts ihr Handy nicht ausschalten darf: es könnte ja ein dringender Anruf aus einer anderen Zeitzone kommen, auf den man selbst um

¹⁵⁸ Schwemmler/Wedde, S. 40

¹⁵⁹ Schwemmler/Wedde, S. 34, 44

3 Uhr MEZ in adäquater Weise reagieren muss.¹⁶⁰ Auf die damit zusammenhängenden Fragen soll unten im Abschnitt E eingegangen werden.

III. Gefährdung der Gesundheit?

Die gesundheitsschädlichen Wirkungen überlanger oder mit hohem Stress verbundener Arbeit sind weniger sichtbar als die „handfesten“ Gefährdungen, die die traditionelle Industriearbeit mit sich brachte. Gegen austretende giftige Dämpfe oder gegen eine drohende Explosion konnte man sich individuell nicht wirklich schützen; hier war man auf technische Sicherungen angewiesen, für die man sich notfalls intensiv und gemeinsam mit anderen einsetzte. Bei langen Arbeitszeiten heutigen Zuschnitts und bei Stress ist dies anders. Es stellen sich vorsichtigen oder kritischen Arbeitnehmern allenfalls Fragen: Führt langes, aber (relativ) selbständiges Arbeiten wirklich zu Problemen, auch wenn man die Arbeit als solche schätzt, ja als Lebensinhalt begreift? Muss man die notwendige Selbstorganisation bei freier Zeiteinteilung erst lernen?¹⁶¹ Ist nicht die Stressempfindlichkeit bei einzelnen Menschen sehr unterschiedlich ausgeprägt? Fühlt sich nicht mancher eher unglücklich, wenn um ihn herum Stille herrscht und das gewohnte hektische Treiben verstummt? Ist nicht der Familienstress bisweilen viel schlimmer als der Arbeitsstress? Dies mögen alles Alltagstheorien sein, doch wirken sie gleichwohl in der Praxis. „Alles halb so schlimm“ ist die Reaktion vieler Arbeitnehmer, die sich in der beschriebenen Situation befinden. Dies führt dazu, dass Zeitdruck und Stress zwar von vielen Beschäftigten wahrgenommen werden, dass sie der Arbeitszufriedenheit aber keinen Abbruch tun.¹⁶²

Dem steht die allgemein geteilte Erkenntnis gegenüber, dass die psychischen Belastungen in vielen Bereichen aufgrund der Intensivierung der Arbeitsprozesse erheblich zugenommen haben.¹⁶³ Die Zahl psychischer Erkrankungen infolge arbeitsbedingter Ursachen ist in den letzten zehn Jahren deutlich gestiegen.¹⁶⁴ Zwischen 2004 und 2010 hat sich die Zahl der Krankheitstage, die auf einem Burn-out-Syndrom beruhten, auf das Neunfache erhöht.¹⁶⁵ Da digitale und mobile Arbeit die wesentlichsten Veränderungen in der Arbeitswelt bewirkt

¹⁶⁰ Vgl. auch die Einschätzung bei Schwemmler/Wedde, S. 42: Das Freiheitsversprechen der digitalen Welt ist nur für einen kleinen Teil Realität geworden.

¹⁶¹ Schwemmler/Wedde, S. 45

¹⁶² Apt/Martin u. a., S. 2.

¹⁶³ Gaul DB 2013, 60; J. Schneider DB 2013, 1551, 1553 (letzterer spricht von „maximierter Arbeitsdynamik“)

¹⁶⁴ Reusch PersR 2010, 340 ff.

¹⁶⁵ Welkoborsky/Baumgarten AiB 12/2014, 51 unter Bezugnahme auf eine Analyse des Wissenschaftlichen Instituts der AOK

haben, liegt es nahe, hier einen Zusammenhang herzustellen. In der Literatur ist von „digitalem Stress“ die Rede, der sich aus der Situation ergibt, zahllose Informationen ständig zu filtern, einzuordnen, zu bewerten und zur Grundlage von Entscheidungen zu machen.¹⁶⁶ Die technischen Möglichkeiten, dem Einzelnen mehr Dispositionsspielräume in der Arbeit zu eröffnen, werden bei weitem nicht ausgeschöpft; stattdessen entstehen für viele Menschen neue Belastungen und ein Verlust an Sicherheit, der sich auch in der psychischen Verfassung niederschlagen kann.¹⁶⁷ Die erwartete schnelle Reaktion auf E-Mails und andere „Messages“ führt häufig zu überstürzten und bisweilen zu groben Reaktionen, was wiederum vermeidbare Spannungen mit anderen zur Folge hat.¹⁶⁸

Wichtige Vorschriften des Arbeitsschutzrechts wie die Arbeitsstättenverordnung waren bislang auf mobile und häusliche Arbeit nicht anwendbar. § 1 Abs. 2 Nr. 4 der BildschirmarbeitsVO nahm diesen Bereich ausdrücklich aus.¹⁶⁹ Andere Vorschriften wie das ArbSchG greifen zwar im Grundsatz ein, doch kann man realistischlicherweise nicht damit rechnen, dass Vorgesetzte, Aufsichtsbehörden oder eine betriebliche Interessenvertretung hier kontrollierend eingreifen. Dies ist bei häuslicher Arbeit evident, doch muss man auch an andere Fälle denken: Der Kundendiensttechniker, der sich beim Kunden einen Platz schafft, um Daten in seinen Laptop einzugeben, wird schwerlich auf ergonomisch korrekte Bedingungen bestehen können. Dasselbe gilt, wenn der Außendienstmitarbeiter abends im Hotelzimmer Berichte auf seinem Laptop schreibt.

Die veränderte Arbeitssituation schafft neue Gefährdungssituationen, die sich nicht mit dem überkommenen Instrumentarium bewältigen lassen. Die daraus zu ziehenden Konsequenzen werden uns unten im Teil F beschäftigen.

IV. Die Überwachung des Arbeitnehmers

1. Das Unternehmen als Informationseinheit

Verbreiteter Einschätzung nach ist der Einzelne nirgends so massierten

¹⁶⁶ Katrin Vagt, Stress am digitalen Arbeitsplatz, <http://besser20.de/author/katrin/> (Abruf am 20.1.2015); ähnlich Kastner Mitbestimmung Heft 12/2013 (abrufbar unter www.boeckler.de)

¹⁶⁷ Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit, S. 68. Vgl. weiter Apt/Martin u. a. S. 4: Flexibel Arbeitende ohne Zeiterfassung arbeiten öfters in ihrer Freizeit und auch dann, wenn sie krank sind.

¹⁶⁸ Kastner, Mitbestimmung Heft 12/2013 (abrufbar unter www.boeckler.de)

¹⁶⁹ Dazu Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit, S. 58. Mobile Arbeitsplätze wurden nach ihrem § 2 nicht von der Arbeitsstätten-VO erfasst. Zur Reform s. Kiper CuA 2/2015 S. 23 ff.

Informationsansprüchen ausgesetzt wie im Arbeitsverhältnis.¹⁷⁰ Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit standen dabei ursprünglich die sogenannten Personalinformationssysteme, die aus EDV-gestützten Formen der Lohn- und Gehaltsabrechnung hervorgegangen waren.¹⁷¹ Sie erfüllten nicht nur Verwaltungsfunktionen (sog. administrative Systeme), sondern wurden zum wichtigsten Mittel der Personalsteuerung und Personalplanung (sog. dispositive Funktion). Rund die Hälfte aller Arbeitnehmer soll schon 1984 in Betrieben gearbeitet haben, die ihre Personalabteilung »computerisiert« hatten.¹⁷² Diese Entwicklung war im Wesentlichen auf zwei Ursachen zurückzuführen:

Zum Einen ist der Arbeitgeber nach geltendem Recht gezwungen, zahlreiche Angaben über seine Beschäftigten zu erheben und sie an die staatliche Verwaltung weiterzuleiten.¹⁷³ Wichtigste Beispiele sind die Abführung der Lohnsteuer und der Beiträge zur Sozialversicherung. Doch gibt es zahlreiche andere Fälle wie z. B. die Übermittlung zu Zwecken der Statistik.¹⁷⁴ Schon in der älteren Literatur ist von 75 verschiedenen (staatlichen) Datenempfängern und 239 Bescheinigungsarten bzw. Auskunftspflichten die Rede gewesen.¹⁷⁵ In der Zwischenzeit dürfte sich daran kaum etwas geändert haben. Der Arbeitgeber ist eine Art »Durchgangsstation«¹⁷⁶ und wird verständlicherweise versuchen, die ihm auferlegte Tätigkeit möglichst kostengünstig zu erledigen.¹⁷⁷

Zum zweiten geht es darum, den Personaleinsatz als solchen zu rationalisieren, also dafür zu sorgen, dass Arbeitskräfte ihren Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechend eingesetzt werden, und zwar an einem Ort und zu einem Zeitpunkt, wo dies für die Durchführung des Produktionsprozesses notwendig ist. Dies setzt nicht nur präzise Informationen über die jeweiligen Arbeitsplätze und die dort vorhandenen Anforderungen voraus, sondern verlangt auch umfassende Informationen über alle irgendwie arbeitsrelevanten

¹⁷⁰ Ehmann, Beilage zu NZA 1/1985, S. 3; Griese, S. 35; Klebe/Roth, AiB 1985, S. 131; Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten, S. 9; ders., NJW 1984, S. 401; Wettmann, AiB 1989, S. 7.

¹⁷¹ Zur Entwicklung s. Gerloff/Meyer-Degenhardt/Steinmüller, DuR 1984, S. 243ff. Zu einer Reihe praktischer Fragen Peltzer, DB 1983, 2139

¹⁷² Meyer-Degenhardt, in: Klotz/Meyer-Degenhardt (Hrsg.), S. 53. Zum Ausbaustand bei Großunternehmen im Jahre 1979 s. Kilian u. a., Personalinformationssysteme. Zur weiteren Entwicklung s. Klebe/Roth, S. 5ff

¹⁷³ Meyer-Degenhardt, in: Klotz/Meyer-Degenhardt (Hrsg.), S. 56, spricht von »Hundertern« von persönlichen Daten. Nach Einschätzung von Simitis (FS Dieterich, S. 616) werden mehr als ein Drittel der Daten für die staatliche Verwaltung erhoben

¹⁷⁴ Dazu Köppen CuA 1/2014 S. 32

¹⁷⁵ Peters, DSWR 1985, S. 188, der weiter darauf hinweist, dass sich entsprechende Pflichten aus 113 Gesetzen und Verordnungen ergeben

¹⁷⁶ Simitis, Festschrift Coing, S. 505

¹⁷⁷ Walz, MitB 1986, S. 294: Personalinformationssysteme als »gleichsam notwendiges Gegenstück des modernen Sozialstaats«.

Eigenschaften der in Frage stehenden Personen.¹⁷⁸ Der Gedanke liegt nahe, nicht nur ein »Qualifikationsprofil«, sondern auch ein »Persönlichkeitsprofil« zu erstellen, das alle Stärken und Schwächen des Einzelnen wiedergibt. Dazu können Gesundheitsdaten¹⁷⁹, Fehlzeiten¹⁸⁰, Abmahnungen und andere Maßnahmen mit disziplinarischem Charakter¹⁸¹, aber auch Angaben zu so unterschiedlichen Dingen wie Rentenversicherungsnummer, Parteizugehörigkeit sowie Lärm-, Staub- und Gasverträglichkeit gehören.¹⁸² Auch Fakten über Familienangehörige und Lebenspartner können im Hinblick auf die Gewährung betrieblicher Sozialleistungen¹⁸³ sowie eine mögliche soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG von Interesse sein.¹⁸⁴

Die neuere Entwicklung ist durch eine enge Verzahnung mit der Unternehmensstrategie geprägt; die Belegschaft muss „optimiert“ werden, um so die vordefinierten Ziele besser zu erreichen.¹⁸⁵ Die Unternehmensleitung will ein optimales „Mitarbeiterportfolio“ besitzen,¹⁸⁶ zumal es in Zukunft einfacher sein wird, Talente in der eigenen Firma zu entwickeln als sie von außen zu gewinnen.¹⁸⁷ Der Einzelne verwandelt sich so in der Sicht des Unternehmens aus einem Menschen zu einem Produktionsfaktor; dies macht die Mitbestimmung des Betriebsrats umso notwendiger. Ohne größere Bedeutung ist, wie viele Daten in welchem System gespeichert sind, zumal sich dies nur im Einzelfall beurteilen lässt.¹⁸⁸ Im Hinblick auf die sogleich zu besprechenden Verknüpfungsmöglichkeiten ist es von sehr viel höherer Bedeutung, wie groß die Zahl der erfassten Arbeitnehmer ist, die durch einen Datenaustausch mit anderen Personalinformationssystemen (etwa anderer Konzernunternehmen) drastisch vergrößert werden kann. Dabei ist bemerkenswert, dass die »Automatisierung« der Personalverwaltung zuerst in der gewerblichen Wirtschaft stattfand, der dann nachziehende öffentliche Dienst aber eher zu noch größeren Einheiten gelangte.¹⁸⁹ Im

¹⁷⁸ Vgl. Meyer-Degenhardt, in: Klotz/Meyer-Degenhardt (Hrsg.), S. 53ff.; Simitis, Festschrift Coing, S. 504; Wolter, in: Apitzsch u. a., S. 29

¹⁷⁹ Siehe die empirische Untersuchung von Kilian, S. 92ff. Zur Behandlung als sensitive Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG s. Däubler, Gläserne Belegschaften? § 5 I 6 (Rn. 189ff.)

¹⁸⁰ S. den Fall BAG 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, DB 1986, S. 1469 = NZA 1986, 526 (Fall Opel-PAISY)

¹⁸¹ Kilian u. a., S. 135 ff.

¹⁸² Angaben nach Peters, GMH 1977, S. 483f

¹⁸³ Simitis, Conditions of Work Digest 10 (1991), S. 8

¹⁸⁴ Dazu LAG Baden-Württemberg 11.7.1985 – 7 Sa 97/84, DB 1985, S. 2568; Kroll, S. 102ff.

¹⁸⁵ Sommer CuA 6/2014 S. 4.

¹⁸⁶ Sommer CuA 6/2014 S. 5.

¹⁸⁷ Konrad-Klein CuA 6/2014 S. 12.

¹⁸⁸ Auf die Notwendigkeit, zwischen verschiedenen Personalinformationssystemen zu unterscheiden, haben zu Recht Klebe/Roth (CR 1987, S. 693) hingewiesen. Es gibt nicht »das« Personalinformationssystem

¹⁸⁹ Vgl. aus der Rechtsprechung BVerwG 8.11.1989 – 6 P 7/87, PersR 1990, 102 und BVerwG 27.11.1991 – 6 P 7/90, PersR 1992, 147

einen wie im anderen Bereich gibt es heute Tendenzen, die traditionelle »Personalakte« als Sammlung von Schriftstücken abzuschaffen und alle Informationen grundsätzlich nur noch in digitalisierter Form bereitzuhalten. Dies schafft im Grundsatz noch bessere Verknüpfungsmöglichkeiten, ist jedoch auch mit einer Reihe von Problemen für die Arbeitgeberseite verbunden.¹⁹⁰

Zu diesen »offenen« sind verstärkt »verdeckte« Personalinformationssysteme hinzugekommen: Im Zusammenhang mit dem Arbeitsprozess selbst fallen zahlreiche Daten an, die zumindest personenbeziehbar, wenn nicht unmittelbar personenbezogen sind.

Diese sogenannte Betriebsdatenerfassung beginnt etwa mit einer automatisierten Zugangskontrolle: Das Werkstor oder die Tür zu einem bestimmten Arbeitsbereich öffnet sich nur, wenn ein codierter Ausweis mit der Personalnummer in einen Schlitz gesteckt wird.¹⁹¹ Ist der »Ausweisleser« wie üblich mit einem zentralen Rechner verbunden, lassen sich sehr genau die »Kommens- und Gehenszeiten« erfassen. Gibt es – was bei gefährlichen Technologien wie Atomkraft oder bei sicherheitsempfindlichen Technologien wie der Telekommunikation die Regel ist – verschiedene »Sicherheitsbereiche« und damit verschiedene »Grenzen«, so lässt sich ein fast vollständiges Bewegungsprofil der Beschäftigten erstellen. Um eine missbräuchliche Benutzung von Ausweisen zu verhindern, wird bisweilen die Zugangsberechtigung mit Hilfe von Fingerabdrücken überprüft: Diese werden in Sekundenschnelle mit ihrem digitalisierten Abbild verglichen, das sich im Speicher der von der Firma genutzten Rechenanlage befindet. Dasselbe lässt sich mit Hilfe einer Fernsehkamera bewerkstelligen, die die Gesichtszüge des Einlass Begehrenden mit den vorhandenen Lichtbildern vergleicht.¹⁹²

Ein weiterer Bereich betrifft das Telefonverhalten: Aufgezeichnet werden nicht nur der Apparat, von dem aus ein Gespräch geführt wird, sondern auch die angerufene Zielnummer, Beginn und Ende des Gesprächs sowie die angefallenen Gebühren.¹⁹³

¹⁹⁰ Einzelheiten zur elektronischen Personalakte bei Karg CuA 12/2013, S. 21 ff.; Geis RDV 2008, 64; Gola RDV 2008, 135; vgl. auch Diller/Schuster DB 2008, 928

¹⁹¹ S. den Fall BAG 10.4.1984 – 1 ABR 69/82, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; dazu Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, § 87 Rn. 62

¹⁹² Näheres hierzu Hamburgischer DSB, 18. TB, S. 3, 16ff.

¹⁹³ Vgl. die wenig befriedigende Entscheidung BAG 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972, Kontrolleinrichtung Nr. 16. Den Schutz gegen Überwachung stärker betonend BVerfG 25.3.1992 – 1 BvR 1430/88, NJW 1992, S. 1875 = CR 1992, S. 431 und BVerfG 19.12.1991 –

Erstreckt man dies auch auf (zugelassene) Privatgespräche, lässt sich unschwer kontrollieren, in welchem Umfang beispielsweise Kundenkontakte gepflegt bzw. die Arbeit für private Zwecke unterbrochen wurde. Weiter kann der Arbeitgeber unter bestimmten engen Voraussetzungen auch die Inhalte von Telefongesprächen kontrollieren.¹⁹⁴ Besonders brisant sind Kontrollmaßnahmen in Call Centern, wo bisweilen eine Totalüberwachung praktiziert wird: Die Gespräche werden automatisch aufgezeichnet und anschließend stichprobenweise ausgewertet. Außerdem lässt sich der vorgeschriebene Gebrauch bestimmter Worte kontrollieren (sog. keyword-spotting) und über die Stimmanalyse die „Stimmung“ und das Verhalten gegenüber dem Anrufer analysieren.¹⁹⁵ Dazu kommt noch eine eingeschaltete Webcam, die den Gesichtsausdruck beim Telefonieren oder in einer (selbst genommenen) Pause aufzeichnet.

Seit dem Beginn der 1980er Jahre verbindet sich die »Informatisierung« betrieblicher Arbeitsabläufe mit einer »Miniaturisierung« der eingesetzten Geräte: Dominierende Bedeutung hat wohl immer noch der PC, der nicht nur an einen Server angeschlossen, sondern auch mit anderen PCs vernetzt ist. Immer mehr werden jedoch auch Smartphones und Tablet-Computer für dienstliche Zwecke verwendet. Die verfügbaren Daten wie die Zugriffsmöglichkeiten werden auf diese Weise drastisch erweitert,¹⁹⁶ die Überwachung erstreckt sich potentiell auf das häusliche Umfeld oder einen sonstigen Aufenthaltsort.¹⁹⁷ Ob davon auch effektiv Gebrauch gemacht wird, ist eine Frage der rechtlichen und sozialen Grenzen.

2. Arbeit im Internet

Seit etwa zehn bis fünfzehn Jahren gewinnt das Internet wachsende Bedeutung auch für die Tätigkeit als Arbeitnehmer.¹⁹⁸ Die „geschlossene Einheit“ des Unternehmens und Konzerns wird verlassen. Einer der ersten, vergleichsweise harmlosen Schritte war, dass Arbeitgeber und Dienststellenleitungen bestimmte Angaben über ihre Beschäftigten ins Netz stellten.¹⁹⁹

1 BvR 382/85, DB 1992, S. 786 = CR 1992, S. 498. Zur aktuellen Situation s. Klug, RDV 2001, 311; Rieß, DuD 2001, 740ff.

¹⁹⁴ BAG 30.8.1995 – 1 ABR 4/95, NZA 1996, 218; s. auch BAG 29.10.1997 – 8 AZR 375/96, DB 1998, 371

¹⁹⁵ Dazu Kiesche/Wilke, CuA 4/2012 S. 5; dies. RDV 2012, 188; Zoebisch, DuD 2011, 394; Steinwender, CuA 1/2013 S. 28

¹⁹⁶ Kurzer Überblick über die Entwicklung bei Simitis, in: Sokol (Hrsg.), Neue Instrumente, S. 6ff

¹⁹⁷ Apt/Martin u. a., S. 10

¹⁹⁸ Schwemmler/Wedde, S. 27: 54 % der Beschäftigten nutzen das Internet für berufliche Zwecke, 85 % nutzen das Internet von zu Hause aus zu privaten Zwecken

¹⁹⁹ S. bereits OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20.1.2000 – 1 A 128/98, PVL – PersR 2000, 456

Dies konnte der besseren Orientierung der Kunden oder der Bürger, aber auch Werbezwecken dienen. Ob der Arbeitgeber ein Foto einstellen darf, ist dabei ein heute nicht ganz unwichtiger Streitpunkt.²⁰⁰

Bestimmte Arbeitnehmergruppen sehen sich auf „Plattformen“ einer öffentlichen Beurteilung ihrer Leistungen ausgesetzt. Dies gilt etwa für angestellte Lehrer und Ärzte sowie für Freiberufler, deren zufriedene oder unzufriedene Kunden ihre Meinung zum Besten geben. Bislang ist dies keine Massenerscheinung, aber für die im Einzelfall Betroffenen kann es eine erhebliche Belastung darstellen, öffentlich als „nicht besonders motiviert“ oder „schlecht vorbereitet“ dargestellt zu werden.²⁰¹ Wie kann sich der Betroffene wehren? Den Plattformbetreiber verklagen? Muss der Arbeitgeber in einem solchen Fall auf seine Kosten einen Anwalt zur Verfügung stellen?

Die Benutzung von E-Mails und vergleichbaren Kontaktmöglichkeiten in sozialen Netzwerken nimmt rapide zu. Diese Form der Kommunikation ersetzt oft die früher geführten Telefongespräche. Was mit einer E-Mail geschieht, wenn sie den betrieblichen Computer verlassen hat, bleibt eher unklar. Früher hätte man auf das Telekommunikationsgesetz und auf das Telemediengesetz verwiesen, die für einen umfassenden Schutz des Fernmelde- besser: des Telekommunikationsgeheimnisses sorgen. § 13 Abs. 6 Telemediengesetz gibt sogar das Recht, im Internet anonym zu bleiben oder sich eines Pseudonyms zu bedienen. Heute gelten diese Vorschriften zwar unverändert weiter. Gleichwohl setzt sich dem Vorwurf der Naivität aus, wer die Möglichkeit illegaler Eingriffe ignoriert.

Arbeit wird weiter „nach außen“ verlagert, wenn der Einzelne im Auftrag seines Arbeitgebers soziale Netzwerke nutzt oder in ihnen durch eigene Beiträge präsent ist. Er schreibt beispielsweise dort seine dienstlichen E-Mails und bereichert die Fan-Seite seines Arbeitgebers, indem er die Firmenprodukte mit subtilem oder offenem Lob versieht. Auch der private Account kann für dienstliche Zwecke eingesetzt werden. Mittelbar ist dies sogar dann der Fall, wenn die eigene Person bei LinkedIn oder Xing im „Profil“ angepriesen und zugleich auf die Stellung im Arbeitgeberunternehmen hingewiesen wird.

Weit verbreitet sind auch die Recherche im Internet und der E-Commerce. Wie ist das Wetter am Ziel der für morgen geplanten Reise? Wie sieht der Internet-Auftritt einer möglichen

²⁰⁰ Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 369a - 369c

²⁰¹ S. etwa den Sachverhalt der Spickmich-Entscheidung BGH, 23.6.2009 – VI ZR 196/08 – NJW 2009, 2888

neuen Partnerfirma aus? Gibt es bei E-Bay ein günstiges Angebot für einen besseren Schreibtisch, für den der Arbeitgeber nicht allzu viel Geld ausgeben möchte? Was sagt ein „Think Tank“ aus den USA über die Zukunft des Euro? Dieses und vieles mehr „ergoogelt“ man sich; früher musste man sich dafür tagelang mühen oder kam nie ans Ziel. Auf der anderen Seite kann man nicht ausschließen, dass jede Anfrage bei der benutzten Suchmaschine oder bei einem sonstigen Adressaten gespeichert wird. Wer im Netz ein Buch kauft, bekommt die Mitteilung, dass sich „viele“, die dieses Buch gleichfalls erworben haben, auch die drei folgenden Bücher angeschaut hätten. Das funktioniert ersichtlich nicht ohne umfassende Speicherung und Auswertung aller Vorgänge. Geschieht es nur zu so harmlosen Zwecken wie hier, besteht kein Grund zur Aufregung. Doch was geschieht, wenn Rückschlüsse auf eine unerwünschte politische Haltung gezogen werden? Oder wenn ersichtlich wird, an welchen Fragen die Forschungs- und Entwicklungsabteilung eines Unternehmens arbeitet? Wenn nicht nur Menschen, die über eine bessere Werbung entscheiden, aus den vielen Milliarden Daten die für sie relevanten Informationen herausziehen können, dann haben wir ein Problem. Die Stichworte „Google“ und „NSA“ mögen genügen.

Smartphone und Tablet Computer bringen eine neue Qualität. Die mit ihrer Hilfe geleistete Internet-Arbeit ist nicht an bestimmte Tageszeiten und nicht an bestimmte Orte gebunden. Der Arbeitnehmer ist jederzeit erreichbar – im Grunde nur beschränkt durch soziale Konventionen, wonach man andere nicht wegen absoluter Kleinigkeiten nachts um 2 Uhr oder am Sonntag anruft. Je nach Anlass wird sich der Chef aber Ausnahmen genehmigen.²⁰² Das Arbeitszeitrecht tritt fast ganz in den Hintergrund, da es in der Praxis schwer vorstellbar ist, dass der Angerufene seinem Arbeitgeber erklärt, die in dem Gespräch liegende Extra-Arbeit sei für ihn nicht akzeptabel, oder am Sonntag sei er nicht zur Arbeit verpflichtet. Von wo aus der Einzelne ins Internet geht, ist unerheblich; auch im Hotelzimmer oder im Ferienappartement können die notwendigen Dinge erledigt werden. Diese flexible Einsatzmöglichkeit schafft einen zusätzlichen Anreiz, Arbeit aus dem traditionellen Betrieb heraus ins Internet zu verlegen.

Einen noch größeren Schritt hinein in eine neue Arbeitswelt stellt das „Crowdworking“ dar, aus Sicht der Unternehmen auch „Crowdsourcing“ genannt. Datenschutzrechtlich ist von

²⁰² Von einem „allgegenwärtigen Schreibtisch“ sprechen Schwemmler/Wedde, S. 32

Bedeutung, dass sich die gesamte Arbeit im Netz abspielt und damit vielfältigen Zugriffen ausgesetzt ist.

Auch in Zeiten, als das Unternehmen im Prinzip noch eine geschlossene Einheit war, gab es die Auslagerung in Form der Auftragsdatenverarbeitung. Ein Rechenzentrum übernahm die gespeicherten Daten und sorgte für ihre Sicherung, doch blieb die Weisungsbefugnis beim Auftrag gebenden Unternehmen. Nunmehr sucht sich der Auftragnehmer einen oder mehrere Unterauftragnehmer, die gerade Kapazität frei haben, die dann ihrerseits wieder die Dienste anderer Unternehmen in Anspruch nehmen. Dies schafft einen Zustand der Unübersichtlichkeit, der mit dem Ausdruck „cloud“ zutreffend umschrieben ist.²⁰³ Die Folge ist, dass weder die verantwortliche Stelle noch der Betroffene weiß, wo im Augenblick seine Daten gespeichert sind und wer faktisch über sie verfügen kann.

Sobald Arbeitnehmerdaten ins Internet geraten oder dort zur Entstehung kommen, ergeben sich für den Betroffenen mindestens drei gravierende Probleme.

- Es wird unklar, wo seine Daten gespeichert sind und wer dort auf sie zugreifen kann. Was in durchaus legaler Weise ins Internet gestellt wurde, kann von beliebigen Menschen und Organisationen „abgegriffen“ und gespeichert werden. Um wen es sich dabei handelt, lässt sich vom Betroffenen nicht kontrollieren. Sein informationelles Selbstbestimmungsrecht steht auf dem Papier. Er kann nicht mehr beurteilen, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß.²⁰⁴

- Auch wo ein Datenfluss an sich nachvollziehbar bleibt, ist oft zweifelhaft, welche Rechtsordnung für die Datenverarbeitung maßgebend ist. Wenn beispielsweise Google seine europäischen Aktivitäten von Irland aus betreibt, ist dann irisches Datenschutzrecht anwendbar?²⁰⁵ Oder muss stattdessen auf das wirkliche Entscheidungszentrum in den USA abgestellt werden?²⁰⁶ Letzteres hätte zur Folge, dass nach § 1 Abs. 5 BDSG deutsches Recht anwendbar ist, soweit die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung im Inland erfolgt. Auch dann bleiben allerdings Unsicherheiten, wenn die verantwortliche Stelle keinerlei „technische Mittel“ im Inland besitzt und der Einzelne lediglich auf eine Website zugreift, die von einem

²⁰³ Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? 6. Aufl. 2014, Rn. 507r

²⁰⁴ So die Formulierung in der Volkszählungsentscheidung des BVerfG (v. 15.12.1983 – 1 BvR 109/83 u. a., BVerfGE 65, 1, 43), die einen rechtswidrigen Zustand umschreiben will.

²⁰⁵ Dafür OVG Schleswig-Holstein 22.4.2013 – 4 MB 11/13, DuD 2013, 463

²⁰⁶ So etwa KG Berlin, Urteil v. 24.4.2014 – 5 U 42/12, DuD 2014, 417

Server in den USA aus betrieben wird. Weiter gibt es Länder, die über keinerlei Datenschutzrecht verfügen. Wie soll man mit einer Datenverarbeitung umgehen, die dort stattfindet?

- Was kann der Betroffene in dem unwahrscheinlichen Fall tun, dass er Kenntnis davon erhält, wer mit seinen Daten Schindluder getrieben hat? Natürlich kann er mit Hilfe eines E-Mails protestieren und Löschung des unerlaubt Erlangten einfordern, doch wie will er das durchsetzen? Soll er einen Prozess in den USA, in China oder in Indien, vielleicht gar in Ghana oder in Neu-Guinea führen? Nicht mal Michael Kohlhaas hätte das versucht. Das „Recht auf Vergessenwerden“ ist hier nur ein schwacher Ausgleich. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²⁰⁷ kann der Betroffene zwar von einem Suchmaschinenbetreiber wie Google verlangen, dass er nicht mehr auf die illegal erworbene oder nach europäischen Maßstäben zu löschende Information hinweist. Dies erschwert den Zugriff, schließt ihn aber nicht definitiv aus: Andere Wege zur selben „Quelle“ sind weiterhin offen.

In der Literatur wird die wachsende Digitalisierung in drei Perioden eingeteilt: Die erste ist am Modell des betrieblichen Rechenzentrums ausgerichtet, was der unter 1 geschilderten Situation entspricht. Die zweite Phase ist durch eine weltweite Verknüpfung mit Hilfe des Internet charakterisiert, der sich der Einzelne jedoch noch entziehen kann. Erst in der dritten Phase der „allgegenwärtigen“ Datenverarbeitung ist diese Möglichkeit beseitigt; die „Verdatung“ des Einzelnen wird noch dichter, beinahe jede Aktivität wird irgendwo erfasst.²⁰⁸ Die Unterscheidung zwischen der zweiten und der dritten Phase ist bei Arbeitnehmern fragwürdig, da ihnen die „Abkapselung“ vom Internet schon in der jüngeren Vergangenheit nicht mehr möglich war. Die mehr oder weniger starke Verlagerung der abhängigen Arbeit in das Internet war für den Einzelnen ohne Alternative. Der Übergang in die dritte Phase vollzieht sich bei den verschiedenen Beschäftigten in unterschiedlichem Tempo, wobei diejenigen, deren gesamte Arbeit über das Internet erfolgt, bereits einer weitgehend vollständigen Erfassung unterliegen.

Wie mit dieser Situation rechtlich und faktisch umzugehen ist, wird uns unten in Teil G interessieren. Hier genügt die Feststellung, dass das gegen Ende des industriellen Zeitalters entwickelte Datenschutzrecht eine Anpassung an die Internet-Welt benötigt.

²⁰⁷ EuGH 13.5.2014 – C-131/12, CuA 6/2014 S. 30

²⁰⁸ Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 331 f.; zustimmend Schaar, FS Bull, S. 1059

C. Die weiteren Fragestellungen

I. Verarbeitung der neuen Probleme in der juristischen Literatur

Die hier skizzierten Folgen der Informationstechnik wurden im Arbeitsrecht bisher immer nur im Hinblick auf einen bestimmten „Sektor“ behandelt und damit lediglich aus einer spezifischen Sicht zur Kenntnis genommen.

Die größte Aufmerksamkeit fanden in der Rechtswissenschaft wie in der Öffentlichkeit die enorm gewachsenen Kontrollmöglichkeiten gegenüber den Beschäftigten. Sie sollen durch den „Arbeitnehmerdatenschutz“ in Grenzen gehalten werden. Er fand im Jahre 2009 eine relativ summarische Regelung in dem neu eingefügten § 32 BDSG und war Gegenstand eines Gesetzentwurfs der Bundesregierung²⁰⁹, der am 25.8.2010 auf den Weg gebracht, aber in der vergangenen Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet wurde. Derzeit werden wegen der beabsichtigten Verabschiedung einer EU-Verordnung zum Datenschutz derartige Initiativen nicht mehr weiter verfolgt. Zum Arbeitnehmerdatenschutz erschienen in den letzten Jahren zahlreiche Handbücher²¹⁰ sowie Kommentare,²¹¹ die auch die mittlerweile deutlich wachsende Zahl von gerichtlichen Entscheidungen verarbeiten. Die Zahl der Aufsätze ist nur noch schwer überschaubar.

Die anderen Folgen der „Digitalisierung“ der Arbeitswelt fanden in der arbeitsrechtlichen Literatur demgegenüber einen sehr viel geringeren Niederschlag. Zwar war die Telearbeit

²⁰⁹http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaefigtendatenschutz.html

²¹⁰ S. etwa Gola/Wronka, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Rechtsfragen und Handlungshilfen, 6. Aufl. 2013; Tinnefeld/Buchner/Petri, Einführung in das Datenschutzrecht. Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Aufl. 2012 (unter eingehender Einbeziehung auch des Arbeitnehmerdatenschutzes); Wybitul, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, 2011; Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch, 2014; Weth/Herberger/Wächter, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis. Praxishandbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 2014; Däubler, Gläserne Belegschaften? 6. Aufl. 2014; Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010.

²¹¹ Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar, 4. Aufl. 2014; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2013; Taeger/Gabel (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Aufl. 2013; Plath (Hrsg.), BDSG. Kommentar zum BDSG sowie zu den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2013; Bergmann/Möhrle/Herb, Kommentar zum BDSG, Loseblatt; Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern. Kommentar, 2013; Auernhammer (Begr.), Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze, 4. Aufl. 2014

schon früh Gegenstand von Untersuchungen,²¹² doch ist dies für das allmähliche Verschwinden der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung, von Arbeit und Privatsphäre nicht der Fall.²¹³ Auch die Diskussion um „Crowdworking“ steht unter Juristen noch am Anfang.²¹⁴ Weiterführende Ansätze fanden sich zuerst bei Schwemmler/Wedde.²¹⁵

II. Lückenfüllung durch Anwendung des geltenden Rechts oder durch Gesetzgebung?

Der oben unter B gegebene Überblick förderte eine Reihe von Änderungen zutage, die der Arbeitsprozess erfahren hat. Können die neuen Umstände – etwa das Arbeiten ohne die klare Trennung von Arbeit und Freizeit, von Arbeitsplatz und Wohnung – mit den bisherigen Normen bewältigt werden?²¹⁶

Das Arbeitsrecht war von Anfang an eine flexible Größe. Seine Normen ändern sich nicht deshalb, weil plötzlich neue Techniken oder neue Arbeitsformen entwickelt werden. Schon vor 90 Jahren galt es gleichermaßen für die Verkäuferin im Kolonialwarenladen, für den Fließbandarbeiter in der Metallindustrie wie für den kaufmännischen Angestellten bei einer Versicherung – und dies mit einem Inhalt, der in den Grundstrukturen mit dem heutigen Zustand übereinstimmte. Schon 1925 gab es nicht nur Arbeitsschutznormen und arbeitsvertragliche Nebenpflichten, sondern auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, Tarifverträge sowie Betriebsräte samt Mitbestimmungsrechten. Lediglich die rechtliche Position des Streiks war eher prekär zu nennen, doch spielt dieser in der Alltagswelt der Gegenwart keine wirklich bedeutsame Rolle. Damals wie heute macht es rechtlich keinen prinzipiellen Unterschied, ob jemand als Außendienstmitarbeiter über einen relativ hohen

²¹² Überblick bei Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 5 Rn 41 ff. mit Nachweisen Fn. 159

²¹³ Überlegungen dazu aber bei Däubler, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts? Soziales Recht (SR) 2014, S. 45 – 65.

²¹⁴ S. aber Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4 ff.; Hötte MMR 2014, 795 ff.; Däubler, Crowdworking – Arbeitsform der Zukunft? Editorial Heft 7/2014 der NZA; Däubler, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, S. 243 ff.; zur sozialwissenschaftlichen Diskussion s. Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing. Eine Literaturstudie, Arbeitspapier Nr. 287 der Hans-Böckler-Stiftung, 2013; Benner, Amazonisierung der Arbeit durch Crowdsourcing? CuA Heft 4/2014 S. 17; Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? A. a. O. Kurze Bemerkungen bei Kocher KJ 2013, 145, 146; Klotz CuA 6/2012 S. 18 ff.; zum „Internetarbeitsverhältnis“ s. Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 373 ff.

²¹⁵ Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, 2012

²¹⁶ Ähnlich Apt/Martin u. a. S. 9, die danach fragen, wie die Rechtsordnung auf frühere Veränderungen der Arbeitsorganisation reagiert hat und dabei Franchise-Modelle und Teilzeitarbeit als Beispiele nennt.

Dispositionsspielraum verfügt oder ob er eine Arbeitsaufgabe nach präzisen Vorgaben innerhalb eines genau festgelegten Zeitraums bewältigen muss.²¹⁷ Entscheidend ist, dass er dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist; ob von diesem ein intensiver oder ein eher lockerer Gebrauch gemacht wird, spielt rechtlich keine Rolle. Von daher spricht eine Vermutung dafür, dass die Arbeit mit dem PC und die Recherche im Internet im Grunde nach traditionellen Regeln ablaufen und dass notwendige Korrekturen von beschränkter Reichweite sein werden. Auch das Vertragsrecht hat durch den E-Commerce nur eine Ergänzung in Form der §§ 312b – 312i BGB, jedoch keine Umgestaltung erfahren. Ähnliches wird aus dem Internationalen Privatrecht berichtet, wo von einer „ausgebliebenen Revolutionierung“ die Rede ist.²¹⁸

Dennoch gibt es Unterschiede zwischen digitaler und mobiler Arbeit einerseits und traditioneller Industriearbeit andererseits, die dazu führen, dass bestimmte arbeitsrechtliche Regeln keine Wirkung mehr entfalten können. Deutlich wird dies etwa am Beispiel des Crowdworkers, wo sehr viel dafür spricht, dass er die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs nicht mehr erfüllt und damit der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts verlassen ist.²¹⁹ Angesichts der extrem bescheidenen und mit restriktiven Bedingungen versehenen Entlohnung des Crowdworkers führt dies zu einem deutlichen Schutzdefizit. Ähnliche Widersprüche ergeben sich beim Arbeitszeitrecht. Die Ruhezeit von 11 Stunden nach § 5 ArbZG kann schwerlich eingehalten werden, wenn es keine wirklich verbindliche Arbeitszeit mehr gibt und der einzelne Beschäftigte jederzeit erreichbar ist. Schließlich ist auch deutlich geworden, dass das auf die Einheit „Unternehmen“, d. h. auf die verantwortliche Stelle konzentrierte Arbeitnehmerdatenschutzrecht schwerlich in der Lage ist, über die deutschen Grenzen hinaus zu wirken und z. B. die Datentransparenz im Internet sicher zu stellen. Die Digitalisierung führt keineswegs automatisch zu einer Humanisierung der Arbeitsbedingungen, obwohl viel von „Freiheitsgewinn“ die Rede ist. Vielmehr müssen Gesetzgeber wie Interessenvertretungen der Beschäftigten aktiv dafür sorgen, dass auch nur der Status quo erhalten bleibt. Zusätzliche Bemühungen sind erforderlich, wenn man darüber hinausgehen und dem digitalen Arbeiter mehr Freiheit als dem „analogen“ verschaffen will. Insoweit fehlt es allerdings weitgehend an einem gesellschaftlichen Diskurs.²²⁰ Nur vereinzelt ist von einer „vorausschauenden Anpassung“ des Rechts die Rede.²²¹

²¹⁷ Zur so verstandenen Flexibilität des Arbeitsrechts s. näher Däubler, Die Flexibilität des Arbeitsrechts, FS Dieterich, 1999, S. 63 ff.

²¹⁸ Mankowski, CR 2005, 758 ff.

²¹⁹ S. oben B I 2

²²⁰ Schwemmler/Wedde, S. 9 sprechen von „Gestaltungsabstinenz“

²²¹ Apt/Martin u. a., S. 12

D. Crowdfunding – eine Herausforderung für den Arbeitnehmerbegriff

Sind externe Crowdworker, die sich um einen Auftrag beworben haben, Arbeitnehmer?²²² Dies bedarf der näheren Untersuchung, weil das Arbeitsrecht ein „Personengruppenrecht“ ist: Es gilt grundsätzlich nur für Arbeitnehmer, nicht für andere arbeitende Personen. Bei internem Crowdfunding, das sich innerhalb desselben Unternehmens oder Konzerns vollzieht, stellt sich diese Frage nicht, weil das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber nicht angetastet wird: Erhält der in der Niederlassung X beschäftigte Arbeitnehmer einen zunächst ausgeschriebenen Auftrag von der Zentrale oder dem Konzernunternehmen Y, so bleibt er Arbeitnehmer bei der Niederlassung X; möglicherweise wird er für die Erledigung der neuen Aufgabe (teilweise) freigestellt. Im Folgenden wird es also ausschließlich um den externen Crowdworker gehen.

I. Der traditionelle Arbeitnehmerbegriff und seine Anwendung auf den Crowdworker

Im Jahre 2010 gab es knapp 2,4 Mio. Solo-Selbständige, also selbständig tätige Personen, die ihrerseits keine Arbeitnehmer beschäftigten.²²³ Inwieweit sie in Wirklichkeit Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen waren, lässt sich nicht beurteilen. Im Folgenden soll die Crowdwork als neue Arbeitsform im Mittelpunkt stehen, bei der die Herauslösung aus traditionellen betrieblichen Zusammenhängen am deutlichsten zutage tritt. Rechtspolitische Vorstellungen, die für sie entwickelt werden, können auch auf andere Solo-Selbständige übertragen werden.

1. Die zentralen Elemente

Kann ein Crowdworker nach geltendem Recht als Arbeitnehmer qualifiziert werden? Dies hängt davon ab, inwieweit der überkommene Arbeitnehmerbegriff auch für derartige neue Erscheinungen offen ist. Wie ist er im Einzelnen beschaffen?

Einigkeit besteht darin, dass der Arbeitnehmerbegriff für alle arbeitsrechtlichen Normen ein einheitlicher ist. Lediglich im Einzelfall werden bestimmte Gruppen von Beschäftigten wie z.B. die leitenden Angestellten von einer bestimmten Regelung, z. B. des BetrVG,

²²² Zur Begriffsbildung s. oben B I 2 a.

²²³ Schwemmler/Wedde, S. 12

ausgenommen.²²⁴ Unbestritten ist weiter, dass es keine gesetzliche Definition gibt. Das geschriebene Recht enthält vielmehr zwei Regeln, die lediglich Anhaltspunkte geben können.

- § 84 Abs.1 Satz 2 HGB bestimmt für Handelsvertreter: „Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“ Dies lässt den Rückschluss zu, dass derjenige, dessen Arbeit von einem anderen festgelegt wird und der nicht frei über seine Zeit verfügen kann, unselbständig und deshalb Arbeitnehmer ist.

- Der für alle Arbeitnehmer geltende § 106 GewO legt fest, der Arbeitgeber könne „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“ Dies gelte auch „hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.“

Definitive Klarheit ist dadurch nicht geschaffen. Die Rechtsprechung hat deshalb auf eine exakte begriffliche Definition verzichtet. Sie benennt lediglich eine bestimmte Anzahl von „Gesichtspunkten“ und „Indizien“, die für (oder gegen) das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen. Entscheidend kommt es darauf an, ob die fragliche Person dem „Typus“ eines Arbeitnehmers entspricht. Das BVerfG²²⁵ fasst diesen mit den Worten zusammen:

„Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit idealtypisch, d.h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, dass stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d.h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild.“

Dies erscheint zunächst wenig hilfreich, doch haben sich im Laufe einer langen Rechtsprechung bestimmte Indizien als „wesentlich“ herausgebildet. Auch besteht auf Grund vieler Gerichtsentscheidungen eine Menge Anschauungsmaterial, das eine Übertragung auf ähnlich gelagerte Fälle ermöglicht. Das BVerfG hatte jedenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, der Rechtsprechung eine so weit reichende Vollmacht zu erteilen.²²⁶

²²⁴ BAG AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972; ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 35 ff.

²²⁵ NZA 1996, 1063

²²⁶ BVerfG NZA 1996, 1063. Ebenso bereits BVerfGE 59, 231, 264

Zentrale Charakteristika des „Arbeitnehmer-Typus“ sind die Weisungsabhängigkeit und die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers,²²⁷ was sich unschwer aus den §§ 84 Abs.1 Satz 2 HGB und 106 GewO ableiten lässt.²²⁸ Man spricht insoweit von persönlicher Abhängigkeit. Beide Elemente werden in aller Regel gleichzeitig vorliegen; die „Einbindung“ in die betriebliche Organisation setzt die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers als selbstverständlich voraus.²²⁹ Möglich ist aber auch, dass es – wie z.B. im Haushalt oder bei einer Außendiensttätigkeit - an einer Eingliederung fehlt; in diesem Fall kommt es allein auf die Weisungsabhängigkeit an.²³⁰ Unerheblich ist, wenn einzelne Bereiche aus dem Weisungsrecht „ausgespart“ sind. Mit der begrifflichen Unschärfe ist ein erheblicher Zuwachs an Flexibilität verbunden, die auch neue Tätigkeitsfelder „integrierbar“ macht.

Beispiel: Ein angestellter EDV-Spezialist weiß von bestimmten Programmen mehr als seine Vorgesetzten. Er wird kaum Weisungen in Bezug auf den konkreten Inhalt seiner Arbeit erhalten; er bleibt jedoch Arbeitnehmer, weil er zu bestimmten Zeiten anwesend sein und seine Arbeit mit anderen Mitarbeitern koordinieren muss.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit vom „Arbeitgeber“ oder „Auftraggeber“ spielt keine Rolle; sie ist ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium, da sie auch bei vielen andern Vertragstypen auftauchen kann.²³¹

Einigkeit besteht über zwei weitere Punkte:

- Der Tätigkeit muss ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde liegen („Arbeitsvertrag“). Dieser reicht auch dann aus, wenn er fehlerhaft ist (eine schwangere Frau wird z.B. eingestellt, um entgegen § 8 Abs.1 MuSchG Nacharbeit zu leisten).²³² Andere Rechtsgrundlagen wie z.B. ein Gesellschaftsvertrag, der die Beteiligten zur Mitarbeit verpflichtet, genügen grundsätzlich nicht.

- Der Vertrag muss die Leistung von „Arbeit“ zum Gegenstand haben, die im Hinblick auf eine Gegenleistung erbracht wird („Erwerbsarbeit“). Wer aus Gefälligkeit seinem Nachbarn

²²⁷ BAG NZA 1999, 983, 984 linke Spalte. In andern Ländern wird ebenfalls auf die persönliche Abhängigkeit abgestellt – so Kocher KJ 2013, 145, 149

²²⁸ Auch § 7 Abs.1 Satz 2 SGB IV hat für das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis bestimmt: „Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

²²⁹ Vgl. etwa BAG NZA 1999, 205, 207: „Die Klägerin war in die betriebliche Organisation der Beklagten insbesondere dadurch eingebunden, dass sie ihre Dienste zu Zeiten zu erbringen hatte, auf deren Lage sie selbst keinen maßgeblichen Einfluss hatte.“

²³⁰ BAG NZA 1999, 983, 984: Gebührenbeauftragter für Rundfunkgebühren ist nicht in eine betriebliche Organisation integriert.

²³¹ ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 58

²³² Zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis s. Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 162 ff.

beim Hausbau hilft oder in der Freizeit gelegentlich die zweite Amateurm Mannschaft des örtlichen Fußballklubs verstärkt, fällt deshalb nicht unter das Arbeitsrecht.

2. Indizien für und gegen die Arbeitnehmereigenschaft

Wer in Bezug auf die Dauer, die zeitliche Lage, den Ort, den konkreten Inhalt und die Durchführung seiner Arbeit den Weisungen eines andern unterliegt, wird schon mit Rücksicht auf § 106 GewO in aller Regel Arbeitnehmer sein. Dem typologischen Ansatz der Rechtsprechung entsprechend ist es aber nicht erforderlich, dass sich die Weisungsbefugnisse auf alle diese „Felder“ des Arbeitsverhältnisses erstrecken. Entscheidend ist vielmehr, ob die fragliche Person dem andern zur Verfügung steht. So ist ein Chefarzt beispielsweise Arbeitnehmer²³³, weil ihm zwar niemand inhaltliche Weisungen geben kann, jedoch eine örtliche und zeitliche Bindung besteht. Umgekehrt ist auch an den Fall der sog. Vertrauensarbeitszeit zu denken, bei der die fragliche Person selbst über den Zeitpunkt und die Dauer sowie oft auch über den Ort ihrer Arbeit bestimmt, jedoch inhaltlich durch die übertragenen Aufgaben voll in Anspruch genommen ist. Auch hier zweifelt niemand an der Arbeitnehmereigenschaft.²³⁴

Arbeitnehmer müssen ihre Tätigkeit meist in eigener Person erbringen; die Möglichkeit, sich durch einen andern vertreten zu lassen, ist für eine selbständige Tätigkeit typisch.²³⁵ Allerdings ist es denkbar, dass die anderen Indizien höheres Gewicht haben; ein weisungsabhängiger Lkw-Fahrer, der das Recht hat, sich bei Krankheit oder Urlaub durch eine Ersatzperson vertreten zu lassen, verliert allein deshalb nicht seinen Arbeitnehmerstatus.²³⁶

Die Arbeitsmittel werden normalerweise vom Arbeitgeber gestellt; Arbeit mit fremden Ressourcen ist daher ein Indiz für Arbeitnehmertätigkeit. Auch hier gibt es jedoch den Üblichkeiten des einzelnen Lebensbereichs entsprechend Ausnahmen: Muss ein Model in bestimmter Kleidung erscheinen oder der angestellte Taxifahrer sein eigenes Taxi einsetzen, so steht dies einer Arbeitnehmertätigkeit nicht entgegen.²³⁷ Bringt der Arbeitende Kapital ein,

²³³ BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche. Zu seiner Qualifizierung als leitender Angestellter Düringer NZA 2003, 890

²³⁴ Ebenso zum Fall eines Gebührenbeauftragten bei einer Rundfunkanstalt mit freier Zeiteinteilung BAG AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit und zum Fall eines Nachrichtenredakteurs bei der Deutschen Welle, der jeden Tag um 18 Uhr die von ihm zusammengestellten Nachrichten über den Sender verlesen musste, BAG AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

²³⁵ BAG NZA 2002, 787

²³⁶ LAG Düsseldorf NZA 2000, 320

²³⁷ BSG NZA 1991, 907, 908 (Model); BAG AP Nr. 2 zu § 9 BetrVG 1972 (Taxifahrer)

so spricht dies für Selbständigkeit, doch besteht trotzdem ein Arbeitsverhältnis, wenn er den Weisungen der anderen Seite unterliegt und in die betriebliche Organisation eingegliedert ist.

Ohne Bedeutung ist die Dauer eines Rechtsverhältnisses; Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse sind ebenso denkbar wie ein entsprechend kurzer Einsatz als Selbständiger. Kann der „Auftraggeber“ die unentgeltliche Teilnahme eines Sportlers an Trainingsmaßnahmen verlangen, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis.²³⁸ Ist das Arbeitspensum so groß, dass es der Beschäftigte nur durch Einsatz weiterer Personen bewältigen kann, so soll dies nach der Rechtsprechung²³⁹ entscheidendes Indiz zugunsten einer selbständigen Tätigkeit sein.

Werden vergleichbare Arbeiten durch Arbeitnehmer erledigt, so kann der Betroffene Gleichbehandlung verlangen. Ihn als freien Mitarbeiter (und damit ohne den arbeitsrechtlichen Schutz) zu beschäftigen, wäre nur aus sachlichem Grund sowie dann zulässig, wenn er die freie Wahl zwischen beiden Beschäftigungsformen hätte.²⁴⁰ Werden im Betrieb sowohl Arbeitnehmer als auch freie Mitarbeiter eingesetzt, so kommt es darauf an, mit welcher Gruppe die Tätigkeit ihrem tatsächlichen Zuschnitt nach die größere Ähnlichkeit hat.

3. Anwendung auf Crowdworker

Crowdworking charakterisiert sich dadurch, dass das Unternehmen oder die Plattform bestimmte konkret bestimmte Aufgaben ausschreibt und Interessierte einlädt, die dort beschriebenen Arbeiten auszuführen.²⁴¹ Was zu tun ist, wird bereits abschließend im „Angebot“ definiert. Weisungen in Bezug auf die Arbeit zu erteilen, wird dadurch überflüssig und findet auch nicht statt. Der Crowdworker ist frei, wann und wo er die übernommene Aufgabe erfüllen will; er ist insoweit nicht in die Organisation des Unternehmens integriert. Nicht anders als bei einem Handwerker besteht ggf. ein Endtermin, bis zu dem die Leistung erbracht sein muss, doch ist dies keine notwendige Bedingung. Denkbar ist auch ein „Windhundrennen“ der Art, dass der erste, der eine akzeptable Leistung erbringt, das Entgelt erhält und alle anderen leer ausgehen. Der Crowdworker arbeitet in der Regel mit eigenen Arbeitsmitteln. Dies alles spricht gegen eine Qualifizierung als Arbeitnehmer und für eine Behandlung als Selbständiger.

²³⁸ BAG NZA 1999, 205, 207

²³⁹ BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungsaussträger

²⁴⁰ BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit

²⁴¹ Näher oben B I 2

Die Tatsache, dass die Tätigkeit in einem Vertrag genau beschrieben ist, war Gegenstand verschiedener BAG-Entscheidungen. Eine umfassende „Vorprogrammierung“ soll gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen,²⁴² während in einem späteren Urteil die Arbeitnehmereigenschaft gerade deshalb bejaht wurde, weil der Arbeitgeber so wenig Spielraum gelassen hatte.²⁴³ Im ersten Fall war es um einen Lehrer im Bereich der Erwachsenenfortbildung gegangen, der zweite betraf einen Zeitungszusteller. Beide waren ersichtlich in den Betrieb der Schule bzw. des Zustellbetriebs integriert und hatten gerade nicht die Möglichkeit, frei über Ort und genauen Zeitpunkt der Arbeit zu entscheiden. Von daher war auch der zweite Fall anders gelagert als der des Crowdworkers, sodass sich keine Argumente für seine Arbeitnehmerstellung aus dieser Rechtsprechung ableiten lassen.²⁴⁴ Es bleibt bei der Qualifizierung als Selbständiger.

Eine andere Beurteilung kann nur dann Platz greifen, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb des Arbeitgeber-Unternehmens oder (häufiger!) des Arbeitgeber-Konzerns auf Veranlassung oder mit Zustimmung seines Arbeitgebers als Crowdworker tätig ist, also unternehmens- oder konzernintern ausgeschriebene Aufgaben erfüllt. Hier bleibt es bei dem Arbeitnehmerstatus. Der Vertragsarbeitgeber hat jederzeit das Recht, der Tätigkeit als Crowdworker ein Ende zu setzen und den Betroffenen wieder mit betrieblichen Arbeitnehmertätigkeiten zu beschäftigen. Solange er ihn stattdessen von einem anderen Unternehmen definierte Aufgaben abarbeiten lässt, ist die Situation im Prinzip keine andere, als wenn ein Arbeitnehmer zu einem Kunden geschickt wird, um dort nach genauen Vorgaben eine Maschine zu warten oder eine Einführung in eine neue Software zu geben.

Nur theoretisch kommt auch noch eine zweite Ausnahme in Betracht: Einem Auftraggeber steht es frei, einen Crowdworker als Arbeitnehmer zu beschäftigen, ihm also freiwillig alle diejenigen sozialen Sicherungen einzuräumen, die mit der Anwendung des Arbeitsrechts verbunden sind. Dies kann nach der Rechtsprechung etwa dadurch geschehen, dass der abgeschlossene Vertrag ausdrücklich als „Arbeitsvertrag“ bezeichnet wird, obwohl die persönliche Abhängigkeit in hohem Maße zweifelhaft ist.²⁴⁵ In einem solchen Fall werden ersichtlich keine zwingenden Schutzvorschriften umgangen; einen „freien Mitarbeiter“ besser zu stellen als er von Gesetzes wegen stehen würde, muss immer erlaubt sein.

²⁴² BAG AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

²⁴³ BAG NZA 1998, 368, 369

²⁴⁴ Ebenso im Ergebnis Hötte MMR 2014, 796; Klebe/Neugebauer AuR 2014, 5

²⁴⁵ BAG AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; LAG Thüringen NZA-RR 1998, 296

Umgekehrt können Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts nicht dadurch entzogen werden, dass der mit ihnen geschlossene Vertrag als „Werkvertrag“ oder „Vertrag über selbständige Dienste“ bezeichnet wird. Der Arbeitnehmerbegriff besitzt zwingenden Charakter; weder durch Arbeits- noch durch Tarifvertrag kann aus einem Arbeitnehmer ein Nicht-Arbeitnehmer gemacht werden.²⁴⁶ Würde man anders entscheiden, könnten die Parteien durch eine solche „Rechtswahl“ das gesamte Arbeitsrecht einschließlich seiner zwingenden Bestimmungen abbedingen.

4. Alternative Konzepte

In der Literatur hat insbesondere Wank den herrschenden Arbeitnehmerbegriff mit dem Argument kritisiert, dass er nicht auf den Zweck der arbeitsrechtlichen Normen bezogen sei.²⁴⁷ Vielmehr handle es sich um eine nicht näher begründete begriffliche Vorgabe. Warum soll beispielsweise die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mit der persönlichen und nicht mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit verknüpft werden?²⁴⁸ Warum soll nicht auch der wirtschaftlich Abhängige Bestandsschutz genießen? Wanks eigene Konzeption setzt am Begriff des Selbständigen an: Nur wer freiwillig ein unternehmerisches Risiko eingeht, bei dem Risiken und Chancen in einem angemessenen Verhältnis stehen, ist selbständig tätig, alle anderen sind Arbeitnehmer.²⁴⁹ Legt man dies zugrunde, so müsste auch der Crowdworker als Arbeitnehmer angesehen werden, da bei seiner Tätigkeit Risiko und Chancen schwerlich in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Entsprechende Überlegungen finden sich in den USA, wo auf den Sinn und Zweck des gesetzlichen Mindestlohns abgestellt wird, der alle entsprechend Schutzbedürftigen erfassen wolle.²⁵⁰

Die Position von Wank hat in Rechtsprechung²⁵¹ und Literatur²⁵² einige Unterstützung gefunden, doch hat sie derzeit keine Chance, auch vom BAG akzeptiert zu werden. Wichtige Richter haben sie kritisiert;²⁵³ das Gericht hat seine bisherige Rechtsprechung in den 27 Jahren seit Erscheinen des Buches unverändert fortgesetzt. Hierin mag man eine gewisse Skepsis gegenüber Neuem sehen, doch spielt sicherlich auch eine Rolle, dass der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts sehr viel weiter als bisher gezogen würde, was die Arbeitgeberseite als erhebliche Belastung ansehen könnte.²⁵⁴

²⁴⁶ BAG NZA 1995, 823, 833; BAG NZA 1997, 600, 602

²⁴⁷ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988

²⁴⁸ Kurzfassung der Position bei Wank DB 1992, 90 ff. Analoge Kritik in Bezug auf das Recht der USA bei Linder, Comparative Labor Law & Policy Journal 21 (1999) 187 ff.

²⁴⁹ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 125 ff.

²⁵⁰ Cherry, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 231 ff.; eingehender dieselbe, in: Alabama Law Review 60 (2009) S. 1077 ff.

²⁵¹ LAG Niedersachsen LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24; LAG Köln LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 27

²⁵² Joerges, AG 1991, 325; Matthießen ZIP 1988, 1094; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 36 I 4 g

²⁵³ Reinecke ZIP 1998, 581 ff.; Schliemann RdA 1997, 322

²⁵⁴ Zu den Gründen für die Nicht-Rezeption s. weiter Däubler, FS Wank, S. 81 ff.

Rechtspolitisch kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass sich Probleme dadurch erledigen könnten, dass der weite Arbeitnehmerbegriff von Wank von der Rechtsprechung übernommen wird.

II. Der Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Person

1. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person

In der Praxis gibt es zahlreiche Fälle, in denen sich hinter formaler Selbständigkeit ein hohes Maß an Abhängigkeit verbirgt. In der Umgangssprache hat sich hierfür der Begriff des „Scheinselbständigen“ eingebürgert. So sind – um ein älteres Beispiel aufzugreifen - Tankstellenpächter einerseits häufig als Kaufleute im Handelsregister eingetragen, andererseits jedoch von einer einzigen Mineralölgesellschaft abhängig, die ihnen die Benzinpreise, die Öffnungszeiten und die gesamte Aufmachung der Tankstelle vorschreibt.²⁵⁵ Nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die arbeitsorganisatorische Bewegungsfreiheit ist in diesen Fällen entscheidend eingeschränkt.²⁵⁶ Eine ähnliche Situation ergibt sich für „freie Mitarbeiter“, die bei Presse und Rundfunk, aber auch in vielen anderen Bereichen anzutreffen sind. Wann und wie sie ihre Arbeit leisten, ist zwar rechtlich allein ihnen überlassen, doch riskieren sie, durch die Nicht-Aannahme eines „Auftrags“ ggf. ihren Hauptkunden zu verlieren und dann als Selbständige nicht einmal Arbeitslosengeld beantragen zu können. Ihnen fehlt die „Exit-Option“,²⁵⁷ sie können anders als ein effektiv selbständiger Marktteilnehmer nicht auf vergleichbare andere Angebote ausweichen.

Für den „Auftraggeber“ kann der Einsatz eines Selbständigen besonders vorteilhaft sein, weil diese Personengruppe grundsätzlich aus der Sozialversicherung ausgeklammert ist und deshalb keine Beiträge anfallen, was das „Arbeitgeberbrutto“ um mehr als 40 % reduziert. Arbeitsrechtliche Schutzmechanismen wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub

²⁵⁵ Zur diesbezüglichen Vertragspraxis siehe Koeble, Die kartellrechtliche Beurteilung von Preis- und Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen – am Beispiel der Tankstellenverträge, Göppingen 1973, S. 25; M. Rehbinder, Der Tankstellenvertrag im Blickpunkt der Rechtsstatsachenforschung, Berlin 1974 S. 35 f. Inhaltlich handelt es sich um einen Franchisevertrag.

²⁵⁶ Zur Abgrenzung Arbeitsverhältnis – Franchisevertrag s. insbesondere Joerges AG 1991, 325 ff.; Matthießen ZIP 1988, 1089 ff.

²⁵⁷ Kocher KJ 2013, 145, 151

spielen keine Rolle, ebenso wenig der Kündigungsschutz: Der Einsatz solcher Personen kann flexibilisiert und völlig an die Bedürfnisse des Auftraggebers angepasst werden.

Gesetzgebung und Rechtsprechung haben diesem Phänomen Rechnung getragen und die Rechtsfigur der „arbeitnehmerähnlichen Person“ entwickelt. Bestimmte arbeitsrechtliche Normen werden auch auf sie erstreckt. Für einzelne Gruppen wie insbesondere für Heimarbeiter und Handelsvertreter bestehen Sonderregeln, die die allgemeinen Grundsätzen für „Arbeitnehmerähnliche“ ergänzen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG charakterisieren sich arbeitnehmerähnliche Personen durch drei Merkmale.²⁵⁸

(1) Sie unterliegen keiner oder einer sehr viel geringeren Weisungsbefugnis als Arbeitnehmer und sind nicht in die betriebliche Organisation integriert.²⁵⁹

Beispiel:²⁶⁰ Ein Volkshochschuldozent bestimmt selbst den Inhalt seiner Arbeit und das didaktische Vorgehen, ist aber darauf angewiesen, dass seine Veranstaltung in die Unterrichtsplanung passt und ihm ein Raum zugewiesen wird. Das reicht noch nicht für die arbeitnehmertypische Weisungsabhängigkeit.

In der Regel arbeiten sie deshalb auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrags, doch kann beispielsweise auch ein Franchisevertrag in Betracht kommen.²⁶¹

(2) Sie sind zwar nicht persönlich, wohl aber wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig. Dies ist dann der Fall, wenn das von diesem bezogene Einkommen die entscheidende Existenzgrundlage ist.

Beispiel:²⁶² Eine Zeichenlehrerin bezog eine Rente in Höhe von € 5 900,- pro Jahr von der Künstlersozialkasse und daneben ein Honorar von insgesamt € 5 400,- von zwei Volkshochschulen, deren Träger das Land war. Das Honorar hatte existenzsichernde Bedeutung, da die Rente allein nicht ausgereicht hätte.

²⁵⁸ Zusammenfassung mit Nachweisen bei KR-Rost Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn 5 ff.

²⁵⁹ S. etwa BAG NZA 1997, 399

²⁶⁰ Nach BAG 19.7.2006 - 9 AZR 61/05 – EzA § 2 BUrlG Nr. 6

²⁶¹ Zu den möglichen Vertragstypen eingehend Däubler-Reinecke § 12a TVG Rn 32 ff.

²⁶² Nach BAG 19.7.2006 - 9 AZR 61/05 – EzA § 2 BUrlG Nr. 6

Gibt es mehrere Auftraggeber, so genügt es, wenn mehr als die Hälfte des Gesamteinkommens auf einen entfällt.²⁶³ Wird kein Einkommen bezogen, sondern nur eine Verdienstmöglichkeit gewährt, liegt keine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung vor.²⁶⁴

(3) Die fragliche Person muss ihrer gesamten sozialen Stellung nach vergleichbar schutzbedürftig wie ein Arbeitnehmer sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene den Umständen nach die Arbeit im Wesentlichen in eigener Person erbringen muss.²⁶⁵ Bei einem sehr hohen Verdienst, der sich durch intensiven oder weniger intensiven Arbeitseinsatz steuern lässt, lehnt die Rechtsprechung die Arbeitnehmerähnlichkeit ab.

Beispiel:²⁶⁶ Ein Rundfunkgebührenbeauftragter konnte Anfang der neunziger Jahre bis zu 280 000,- DM im Jahr verdienen und seine Arbeit selbst steuern. Es fehlte die soziale Schutzbedürftigkeit.

Eine entsprechende Definition findet sich in Kurzform in § 12a Abs.1 Nr. 1 TVG,²⁶⁷ die als Ausdruck eines auch in andern Zusammenhängen verwendeten Begriffs angesehen wird.²⁶⁸ § 5 Abs.1 Satz 1 ArbGG und § 2 Satz 2 BUrlG stellen demgegenüber nur auf die „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ ab, doch bedeutet dies nicht, dass damit das Erfordernis der sozialen Schutzbedürftigkeit wegfallen würde.²⁶⁹ In der Literatur finden sich eingehende Zusammenstellungen, in welchen Fällen in der Rechtsprechung das Vorliegen der Eigenschaft als „arbeitnehmerähnliche Person“ bejaht wurde.²⁷⁰ Keine Rolle spielt ersichtlich, ob sich der „Auftraggeber“ bewusst ist, eine arbeitnehmerähnliche Person zu beschäftigen. In Zweifelsfällen wird dies erst in dem Zeitpunkt geklärt, zu dem der Beschäftigte Ansprüche gegen seinen Auftraggeber geltend machen will.

2. Die anwendbaren Arbeitsrechtsnormen

Gesetzgeber und Rechtsprechung erstrecken eine Reihe von arbeitsrechtlichen Bestimmungen auch auf diese Personengruppe, doch überwiegt die Bedeutung der Ausnahmen.

²⁶³ BAG NZA 2006, 223, 226

²⁶⁴ BAG NZA 2007, 699: Beleghebamme

²⁶⁵ BAG NZA 2001, 285, 286; HWK-Henssler § 12a TVG Rn 10 mwN

²⁶⁶ Nach BAG NZA 1991, 239, 241

²⁶⁷ „Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind“.

²⁶⁸ KR-Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn 6 ff.

²⁶⁹ Vertiefend zum Begriffsverständnis C. Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004

²⁷⁰ KR-Rost, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn 28; Küttner-Röllner, Personalbuch 2014, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn 6; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 114 ff.

- Nach § 2 Satz 2 BUrlG haben arbeitnehmerähnliche Personen Anspruch auf einen gesetzlichen Erholungsurlaub von 4 Wochen jährlich;
- Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG gilt dieses Gesetz grundsätzlich auch für arbeitnehmerähnliche Personen;
- Das AGG schützt in seinem § 6 Abs. 1 Nr. 3 auch die arbeitnehmerähnlichen Personen. Dies könnte Ausgangspunkt für einen Kündigungsschutz insbesondere im Falle der Schwangerschaft sein.
- § 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.
- § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG zählt 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 diesen Personenkreis 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 einigen 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.²⁷¹ Liegt ein Dienstvertrag vor, so wird auch § 616 BGB angewandt und bei bestimmten Leistungshindernissen Entgeltfortzahlung gewährt. Soweit nach § 12a TVG Tarifverträge möglich sind, steht arbeitnehmerähnlichen Personen das Streikrecht zu.²⁷²

Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Dort schrieb das BAG²⁷³ den bedeutungsvollen Satz nieder, „wegen des mit kaufmännischen Angestellten vergleichbaren Schutzbedürfnisses (müssen die §§ 74 ff. HGB) auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter Anwendung finden.“²⁷⁴ 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 abdecken würde. Für den Beschäftigten macht es keinen Unterschied, ob er als Arbeitnehmer direkt vom Kündigungsschutzgesetz erfasst ist oder ob dieses wegen seiner vergleichbaren Lage als arbeitnehmerähnliche Person entsprechend auf ihn angewandt wird. Eine solche Hoffnung erweist sich jedoch als trügerisch.

Die BAG-Entscheidung hat in Bezug auf andere Teile des Arbeitsrechts keine Nachfolger gefunden. Im Gegenteil hat das BAG (in Abweichung von der herrschenden Auffassung in der Literatur²⁷⁵) 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,²⁷⁶ doch der Weg über die Schutzwürdigkeit und die so begründete unmittelbare oder analoge Anwendung des § 612a BGB schien irgendwie nicht gangbar zu sein. Erst recht wird nicht daran gedacht, das KSchG auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken,²⁷⁷ und auch eine Integration in die

²⁷¹ Nachweise bei ErfK-Müller-Glöge, 15. Aufl. 2015, § 630 BGB Rn. 2.

²⁷² Däubler-Reinecke, § 12a TVG Rn. 76

²⁷³ DB 1997, 1979.

²⁷⁴ Grundsätzlich zustimmend Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 1118.

²⁷⁵ ErfK-Preis § 612a BGB Rn. 4; KR-Treber, 10. Aufl. 2013, § 612a BGB Rn. 3b; Ascheid/Preis/Schmidt-Linck, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 612a BGB Rn. 4; Müller-Glöge in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 612a BGB Rn. 4; Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 612a Rn. 8; Henssler/Willemsen/Kalb-Thüsing, Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 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

²⁷⁶ BAG NZA 2005, 637.

²⁷⁷ Umfassende Darstellung des Status quo bei KR-Rost, ArbNähnl. Pers., Rn. 34 ff.

Betriebsverfassung wird nicht wirklich erwogen.²⁷⁸ Auf der Verlustliste steht weiter das MuSchG,²⁷⁹ wenngleich es für Heimarbeiterinnen eine Ausnahme macht und unionsrechtlich eine Korrektur geboten wäre.²⁸⁰ Schließlich genießt ein „Arbeitnehmerähnlicher“ keinen Schutz als schwerbehinderte Person nach dem SGB IX,²⁸¹ 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.

Das Resultat ist eindeutig: Nur weniger wichtige Teile des Arbeitsrechts werden auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und der tatsächliche Schutzbedarf fallen weiter auseinander. Eine überzeugende Begründung ist nicht ersichtlich; vorhandene Ansätze werden nicht weiter entwickelt.

3. Der Sonderfall: Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende

Kann der Beschäftigte zu Hause oder an selbst gewählter Betriebsstätte seiner selbständigen Tätigkeit nachgehen und kann er dabei relativ frei über seine Zeit und die Arbeitsabläufe verfügen, so kommt die Anwendung des HAG²⁸² in Betracht. Dieses bezieht seit 1974 auch die Angestelltentätigkeiten mit ein; vorausgesetzt ist nur, dass die Tätigkeit „erwerbsmäßig“ ausgeübt wird. Auftraggeber muss nach § 2 Abs.1 HAG ein Gewerbetreibender (also z. B. nicht die öffentliche Hand oder ein gemeinnütziges Unternehmen) sein.²⁸³ Auch scheidet das HAG aus, wenn man wie viele freie Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehen nicht „in selbst gewählter Arbeitsstätte“ tätig ist.²⁸⁴ Wie Heimarbeiter werden die sog. Hausgewerbetreibenden behandelt, die in eigener Arbeitsstätte mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften Waren herstellen, bearbeiten oder verpacken. Dabei müssen sie selbst wesentlich „am Stück“ mitarbeiten, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem

²⁷⁸ DKKW-Trümmer, 14. Aufl. 2014, § 5 Rn. 122; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 5 Rn. 92 – 94; Plander, FS Däubler, 1999, S. 272 ff. (in taktvoller Auseinandersetzung mit alternativen Ansätzen des Verf.)

²⁷⁹ ErfK-Schlachter § 1 MuSchG Rn. 3; HWK-Hergenröder § 1 MuSchG Rn. 4; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 186 Rn. 8; Kittner/Zwanziger/Deinert-Bantle, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. 2013, § 109 Rn. 8.

²⁸⁰ ErfK-Schlachter § 1 MuSchG Rn. 3; HWK-Hergenröder § 1 MuSchG Rn. 4 (für richtlinienkonforme Erweiterung auf Geschäftsführerinnen einer GmbH).

²⁸¹ ErfK-Rolfs § 85 SGB IX Rn. 3 m. w. N.

²⁸² v. 14. März 1951, BGBl I 191, zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl I 2407)

²⁸³ BAG DB 1992, 1782

²⁸⁴ Vgl. Hromadka NZA 1997, 1249, 1255

auftraggebenden Gewerbetreibenden überlassen (§ 2 Abs. 2 HAG). Bei ihnen ist 1974 keine Ausdehnung auf Angestelltentätigkeiten erfolgt.²⁸⁵ Die Inhaberin eines Schreibbüros mit zwei Angestellten oder Heimarbeiterinnen fällt daher grundsätzlich nicht unter das HAG. Weitere, in § 1 Abs. 2 HAG genannte Personengruppen können aber durch Entscheidung des zuständigen Heimarbeitsausschusses gleichgestellt werden.²⁸⁶

Das HAG enthält eine Reihe von Schutzvorschriften, die zum Teil auch Vorbild für den Schutz anderer „Randgruppen“ sein könnten.²⁸⁷

- Heimarbeiter besitzen zwar wie andere arbeitnehmerähnliche Personen die Koalitionsfreiheit, sodass für sie auch Tarifverträge abgeschlossen werden könnten,²⁸⁸ doch funktioniert das Tarifsysteem faktisch nicht, weil insbesondere die Gewerkschaften keine ausreichende Verankerung besitzen. Nach § 4 HAG werden deshalb beim zuständigen Arbeitsministerium sog. Heimarbeitsausschüsse errichtet, die aus je drei Beisitzern aus Kreisen der Auftraggeber und der Beschäftigten sowie einem neutralen Vorsitzenden bestehen. Nach § 19 Abs.1 HAG können sie «Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen» mit bindender Wirkung für alle Auftraggeber und Beschäftigten ihres Zuständigkeitsbereichs festsetzen. Ihre Entscheidungen wirken daher wie ein für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag.²⁸⁹ Um die Einhaltung dieses Minimalstandards zu sichern, sind in den Räumen des Auftraggebers Entgeltverzeichnisse und Nachweise über die sonstigen Vertragsbedingungen offen auszulegen (§ 8 Abs. 1 HAG), was auch dem isoliert arbeitenden Heimarbeiter (sowie der Gewerbeaufsicht) Vergleichsmöglichkeiten gibt. Jedem Beschäftigten ist außerdem nach § 9 HAG ein Entgeltbuch auszuhändigen, in das die Ausgabe und Abnahme von Arbeit, ihre Art und ihr Umfang, das Entgelt sowie die vereinbarten Termine einzutragen sind. Außerdem hat das Landesarbeitsministerium nach § 25 HAG das Recht, die Differenz zwischen den tatsächlich ausgezahlten Beträgen und dem festgesetzten Mindestentgelt selbst gerichtlich geltend zu machen - einer der seltenen Fälle, in denen die Schwäche des einzelnen Beschäftigten bei der Geltendmachung seiner Rechte berücksichtigt wird.

²⁸⁵ Schmidt/Koberski u. a., § 2 Rn 65 ff. m. w. N.

²⁸⁶ Dazu BAG DB 1988, 1960.

²⁸⁷ Vgl. Hromadka NZA 1997, 1249, 1255

²⁸⁸ BVerfGE 34, 307, 317; BAG AP Nr. 14 zu § 2 TVG.

²⁸⁹ Nach § 19 Abs. 2 HAG muss die zuständige Arbeitsbehörde zustimmen. Die Regelung ist verfassungskonform: BVerfGE 34, 307 f.

- Das HAG enthält bescheidenste Ansätze eines Arbeitszeitschutzes. Nach § 10 ist unnötige Zeitversäumnis bei der Ausgabe oder Abnahme der Arbeit zu vermeiden, nach § 11 Abs. 1 „soll“ die Arbeitsmenge gleichmäßig auf alle Beschäftigten unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit aufgeteilt werden. Nach § 11 Abs. 2 kann der Heimarbeitsausschuss zur Beseitigung von Misständen eine Höchstmenge festsetzen, die in einem bestimmten Zeitraum ausgegeben werden darf. Vorschriften wie die Beschränkung der Nacharbeit nach § 6 ArbZG bestehen jedoch nicht – obwohl die Gefahr besonders groß ist, dass Arbeitszeitgrenzen aufgelöst werden.

- § 29 HAG stellt Kündigungsfristen auf, die § 622 BGB nachgebildet sind.²⁹⁰ Eine gesetzliche Beschränkung der Kündigungsgründe besteht nicht, doch gewährt die Rechtsprechung den aus Art. 12 Abs.1 GG folgenden Basiskündigungsschutz.²⁹¹ Während des Laufs der Kündigungsfrist muss der Heimarbeiter das bisherige Durchschnittsentgelt weiter erhalten.²⁹² Auch macht sich der Auftraggeber schadensersatzpflichtig, wenn er eine Arbeitsmenge kürzt; dabei kann sich eine Zusage auch aus einer jahrelangen Praxis ergeben.²⁹³

- In einer Reihe von Einzelgesetzen werden die Heimarbeiter ausdrücklich den Arbeitnehmern gleichgestellt. Dies gilt etwa für die Betriebsverfassung (§ 5 Abs.1 Satz 2 BetrVG), allerdings nur mit der bei Arbeitnehmern nicht vorhandenen Einschränkung, dass sie «in der Hauptsache» für den betreffenden Betrieb arbeiten.²⁹⁴ Ist diese Voraussetzung erfüllt, so muss der Betriebsrat u.a. bei der erstmaligen Ausgabe der Heimarbeit, bei der Festsetzung der Vorgabezeiten sowie bei der Kündigung beteiligt werden.²⁹⁵ Auch kann der Heimarbeiter an der Betriebsversammlung teilnehmen und Ersatz der Fahrtkosten sowie eine Vergütung für die dort verbrachte Zeit verlangen.²⁹⁶ Eine Gleichstellung ist auch vorgesehen für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 11 EFZG), für den Jugendarbeitsschutz (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 JArbSchG), für den Mutterschutz (§ 1 Nr. 2 MuSchG) und für den Urlaubsanspruch

²⁹⁰ Zu diesen s. die Erläuterungen bei Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger, Anm. zu § 622 BGB

²⁹¹ BAG NZA 1998, 1001, 1003; ebenso MünchArbR-Heenen § 238 Rn 90; APS-Linck § 29 HAG Rn 2; Schaub-Vogelsang § 163 Rn 56; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher § 29 Rn 59, 60; Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler §§ 29, 29a HAG Rn 20.

²⁹² BAG NZA 1984, 42; BAG NZA 2007, 1365. Einzelheiten in § 29 Abs.5 HAG

²⁹³ BAG NZA 1984, 42.

²⁹⁴ BAG AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG 1972 lässt genügen, dass die Arbeit gegenüber der für andere Auftraggeber erbrachten überwiegt.

²⁹⁵ BAG NZA 1984, 41; BAG DB 1996, 1525 (zur Kündigung). Näher zu den Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates, Nies AiB 1984, 78; Ulber, AiB 1985, 24.

²⁹⁶ Näher dazu Wedde, Telearbeit, Rn. 717 i. V. m. Rn. 607 ff.

(§ 12 BUrlG).²⁹⁷ Dennoch kann mit Rücksicht auf die niedrigeren Verdienste und die geringere Existenzsicherheit keineswegs von einer generellen Gleichstellung mit den Arbeitnehmern die Rede sein.

4. Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen?

Ob Crowdworker auch nur den eingeschränkten Schutz als arbeitnehmerähnliche Person beanspruchen können, erscheint alles andere als sicher.

Voraussetzung wäre zunächst, dass das von einer Plattform oder einem Unternehmen bezogene Einkommen existenzsichernde Bedeutung hat.²⁹⁸ Hat der Crowdworker Beziehungen zu mehreren Plattformen oder Unternehmen, wird ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis nur zu dem Vertragspartner begründet, von dem er mehr als die Hälfte seines Einkommens bezieht. Ob dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall geklärt werden. Die Praxis scheint nicht in diese Richtung zu gehen, da beispielsweise noch keine Fälle bekannt geworden sind, in denen ein Crowdworker einen bezahlten Erholungsurlaub von vier Wochen verlangt hätte, auf den er nach § 2 Satz 2 BUrlG als arbeitnehmerähnliche Person einen Anspruch hätte.

Die Annahme, die Tätigkeit entspreche der einer arbeitnehmerähnlichen Person, stößt weiter auf die Schwierigkeit, dass es das BAG nicht genügen lässt, wenn eine vertragliche Beziehung lediglich Verdienstmöglichkeiten eröffnet; die Schutzbedürftigkeit muss sich vielmehr aus der vereinbarten Vergütung ergeben.²⁹⁹ Dies ist am Beispiel einer Beleghebamme entschieden worden, wäre jedoch auch im vorliegenden Zusammenhang denkbar: Gewährt eine Plattform beispielsweise nur die Möglichkeit, mit unterschiedlichen Unternehmen Verträge zu schließen, so würde im Verhältnis zu ihr keine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung zur Entstehung gelangen. Kommen dabei Verträge mit zahlreichen Unternehmen zustande (was insbesondere bei Routinetätigkeiten naheliegt), ist auch im Verhältnis zu den einzelnen Unternehmen die Bedingung nicht erfüllt, dass mehr als die Hälfte des Gesamteinkommens von einem Vertragspartner bezogen wird.

²⁹⁷ Zur Ausklammerung aus der Sozialversicherung bei geringfügiger Beschäftigung siehe ErfK-Rolfs § 8 SGB IV Rn. 25 ff.

²⁹⁸ S. oben II 1

²⁹⁹ BAG v. 21.2.2007 – 5 AZB 52/06 – NZA 2007, 700

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Crowdworker nur ausnahmsweise als arbeitnehmerähnliche Person qualifiziert werden kann.³⁰⁰ Auch wenn dies der Fall ist, bleiben im Vergleich zum Arbeitnehmer erhebliche Schutzdefizite, weil etwa das KSchG und das BetrVG sowie Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz keine Anwendung finden.

5. Crowdworker als Heimarbeiter?

Auch für die Anwendung des HAG ist nach der Rechtsprechung des BAG³⁰¹ Voraussetzung, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber besteht. Dies wird man genau wie bei anderen arbeitnehmerähnlichen Personen nur dann annehmen können, wenn das Einkommen überwiegend von dem fraglichen Unternehmen bzw. der fraglichen Plattform bezogen wird, so dass von vorne herein zahlreiche Fälle ausscheiden. Nicht erforderlich ist allerdings, ähnlich wie im Arbeitsrecht, dass die Gesamtvergütung existenzsichernden Charakter besitzt.³⁰² Auch wenn die wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegt, ergeben sich weitere Probleme.

Die traditionelle Heimarbeit ist dadurch charakterisiert, dass die Initiative zur Vergabe des einzelnen Auftrags vom Unternehmer ausgeht, was Regeln wie die „gleichmäßige“ Ausgabe von Arbeit nach § 11 Abs. 1 HAG verständlich und praktikabel macht. Im hier interessierenden Bereich muss im Gegensatz dazu der Crowdworker aktiv werden und sich um jeden Auftrag bewerben; bei mehreren Bewerbern wird den nachvollziehbaren Spielregeln entsprechend immer nur einer berücksichtigt, so dass für § 11 Abs. 1 HAG insoweit kein Anwendungsbereich bestehen würde.

Nach § 2 Abs. 1 HAG ist für die Heimarbeit weiter Voraussetzung, dass die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem Unternehmer überlassen ist; auf dem Markt für Güter und Dienstleistungen ist nur dieser aktiv. Im vorliegenden Zusammenhang wird die Dienstleistung jedoch unmittelbar an die jeweiligen Nachfrager erbracht, so dass man zweifeln kann, ob sich der Crowdworker nicht in Wirklichkeit auf dem Markt für Dienstleistungen (und nicht auf dem für Arbeitsleistungen) bewegt. Eine klare Abgrenzung ist insoweit nicht ersichtlich.

³⁰⁰ Ebenso Tapper S 16

³⁰¹ Urteil v. 3. 4. 1990 – 3 AZR 258/88 – AP Nr. 11 zu § 2 HAG

³⁰² BAG AP Nr. 10 zu § 2 HAG

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass auch in der sozialwissenschaftlichen Diskussion die Crowdwork bisher nie als „neue Heimarbeit“ gesehen wurde – ganz anders als dies ursprünglich bei der Telearbeit der Fall war.³⁰³ Dass Heimarbeitsausschüsse gemäß § 19 HAG Mindestvergütungen und angemessene Arbeitsbedingungen festsetzen, ist bislang nie als Ausweg aus sozialpolitischen Missständen diskutiert worden. Dies schließt es nicht aus, dies in der Zukunft dennoch zu tun, doch kann jedenfalls für die Gegenwart nicht davon ausgegangen werden, dass Crowdworker durch das HAG einen wie auch immer gearteten Schutz erfahren. Dies legt es nahe, nach weiteren Möglichkeiten zu suchen.

III. Der zivilrechtliche Schutz des Crowdworkers

1. Überblick

Auch im Zivil- und Wirtschaftsrecht existiert in gewissem Umfang ein Schutz des Schwächeren. Instrumente sind insbesondere die AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB sowie die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze, wonach bei einer strukturellen Unterlegenheit eines Vertragspartners eine Korrektur durch den Gesetzgeber oder den Richter erfolgen muss, wenn der Vertrag für den schwächeren Teil „ungewöhnlich belastend“ wirkt.³⁰⁴ Von erheblicher Bedeutung kann schließlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sein, das in § 19 den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und in § 20 die Benachteiligung ohne sachlichen Grund („Diskriminierung“) sowie die unbillige Behinderung eines anderen Marktteilnehmers verbietet.

Spezifische Probleme ergeben sich bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen. Wer sich bei *Amazon Mechanical Turk* in Massachusetts um einen Auftrag bemüht, unterliegt US-amerikanischem Recht und wird deshalb kaum in der Lage sein, sich auf die §§ 305 ff. BGB zu berufen. Wann welche Rechtsordnung eingreift, ist zentraler Gegenstand des Kollisionsrechts. Aus Gründen der besseren Verständlichkeit soll jedoch zuerst der vergleichsweise einfacher gelagerte Fall eines rein deutschen Crowdsourcings behandelt werden, ehe dann in einem besonderen Kapitel (unten IV) zu den sehr viel wichtigeren grenzüberschreitenden Verträgen übergegangen wird.

³⁰³ Dazu Wedde, Telearbeit, Rn. 193 ff.

³⁰⁴ BVerfGE 89, 214, 232

2. AGB-Kontrolle der Verträge

a. Der Crowdworker als Verbraucher oder als Unternehmer

Die in den §§ 307–310 BGB geregelte inhaltliche Überprüfung von Standardverträgen („Inhaltskontrolle“ genannt) enthält in § 307 Abs. 1 BGB eine allgemeine Regel, wonach der Vertragspartner des „Verwenders“ – also der Plattform oder des Unternehmens – nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden darf. Eine solche Benachteiligung kann auch darin liegen, dass eine Bestimmung nicht „klar und verständlich“ ist. Weiter ist sie nach § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der (an sich abdingbaren) gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist oder wenn die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, weil wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, eingeschränkt wurden. Die §§ 308 und 309 BGB enthalten Kataloge mit bedenklichen und unzulässigen Klauseln.

Die Inhaltskontrolle ist unterschiedlich ausgestaltet, je nachdem, wer sich gegenübersteht. Ist der Verwender ein Unternehmer – was hier immer der Fall sein wird –, die andere Seite aber ein Verbraucher, so ist die Kontrolle schärfer: Nach § 310 Abs. 3 BGB muss es sich nicht um einen Standardvertrag handeln; vielmehr reicht es aus, dass er vom Unternehmer zugrunde gelegt wurde. Auch wird vermutet, dass über die Vertragsbedingungen nicht verhandelt wurde, sondern dass sie einseitig verordnet wurden. Schließlich sind die besonderen Umstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen.

Stehen sich zwei Unternehmer gegenüber, so gelten diese Sondervorschriften nicht. Außerdem finden nach § 310 Abs. 1 BGB die §§ 308 und 309 keine Anwendung; die Inhaltskontrolle kann sich ausschließlich auf § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB stützen. Der dritte Fall, dass zwei Verbraucher einen Vertrag schließen und einer von ihnen allgemeine Geschäftsbedingungen benutzt, interessiert im vorliegenden Zusammenhang höchstens am Rande.

Ist der Crowdworker ein Verbraucher mit der Folge, dass er bei der Inhaltskontrolle, aber auch in anderen Zusammenhängen einen verstärkten Schutz genießt? Die einschlägige Regelung findet sich in den §§ 13, 14 BGB. Nach § 14 Abs. 1 ist Unternehmer, wer beim Abschluss

eines Rechtsgeschäfts „in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ handelt. Wer diese Voraussetzungen nicht erfüllt, also nicht für Zwecke einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, ist nach § 13 BGB automatisch Verbraucher. Dieses ist also eine „Auffanggröße“, die sehr viel weiter ist als das, was der alltägliche Sprachgebrauch unter „Verbraucher“ versteht, der im Supermarkt einkauft oder bei Amazon ein Buch bestellt. Entscheidende Ausgangsfrage ist daher, ob der Crowdworker die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 BGB erfüllt.

Nach Rechtsprechung³⁰⁵ und Literatur³⁰⁶ muss ein selbständiges, planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Verhalten vorliegen. Dies gilt gleichermaßen für die gewerbliche wie für die sonstige berufliche Tätigkeit.³⁰⁷ Wer nur gelegentlich bestimmte Geschäfte tätigt, etwa Sammlerbriefmarken oder auch mal einen Oldtimer erwirbt oder verkauft, ist deshalb noch nicht Unternehmer. Maßstäbe ergeben sich unter anderem daraus, dass die Verwaltung des eigenen Vermögens grundsätzlich nicht unter § 14 Abs. 1 BGB fällt, es sei denn, sie würde einen erheblichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand erfordern.³⁰⁸ Ein Crowdworker, der sich nur hin und wieder um einen Auftrag bemüht, ist daher Verbraucher, nicht Unternehmer. Auf den Anteil an der Arbeits- oder Lebenszeit kommt es nicht so sehr an; vielmehr entscheidet die „Planmäßigkeit“, also das systematische Suchen nach Aufträgen.

Im vorliegenden Zusammenhang führt dies zu einem etwas überraschenden Ergebnis. Ein Arbeitnehmer, Rentner oder Arbeitsloser, der hin und wieder mal bei *twago* oder *clickworker* nachschaut, ob etwas Passendes für ihn angeboten wird, unterliegt den Schutzvorschriften des Verbraucherrechts. Wer dagegen die Ausführung von Aufträgen zu seiner Haupterwerbsquelle machen will, ist Unternehmer, weil er einem Gewerbe nachgeht.³⁰⁹ Dass er sehr viel abhängiger von seinen Auftraggebern ist, spielt dabei bedauerlicherweise keine Rolle. Auch der Kleinstunternehmer ist Unternehmer im Rechtssinne. Bei den sozialpolitisch wichtigsten Fällen, in denen der Arbeitende von dem Entgelt aus seinen Aufträgen leben muss, kommt das AGB-Recht also lediglich in der Form zur Anwendung, die zwischen Unternehmern gilt. Eine

³⁰⁵ S. etwa BGH NJW 2006, 2250 Tz 14

³⁰⁶ Münchener Kommentar zum BGB (im Folgenden: MüKo) - Micklitz, Band 1, 6. Aufl. 2012, § 14 Rn. 18; Staudinger-Habermann, Neubearbeitung 2013, § 14 Rn. 36; Jauernig-Mansel, BGB, 15. Aufl. 2014, § 14 Rn. 2; Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 14 Rn. 2

³⁰⁷ MüKo-Micklitz § 14 Rn. 31; Palandt-Ellenberger § 14 Rn. 2

³⁰⁸ BGH NJW 2002, 368; MüKo-Micklitz § 14 Rn. 19; Jauernig-Mansel § 14 Rn 2: „Bank- und Börsengeschäfte eines Ingenieurs“; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht. Kommentar, 6. Aufl. 2013, § 310 Abs. 1 Rn 9.

³⁰⁹ Generell gegen die Verbrauchereigenschaft Hötte MMR 2014, 796 mit dem wenig einsichtigen Argument, eine entgeltliche Tätigkeit sei nicht dem privaten Bereich zuzuordnen. Dann wäre auch der Arbeitnehmer entgegen der ständigen Rechtsprechung des BAG kein Verbraucher.

Milderung dieses Grundsatzes tritt nur insoweit ein, als bei der Handhabung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB auf die besonderen Umstände des Einzelfalls Rücksicht genommen werden kann.

b. Anwendungsfälle der Inhaltskontrolle

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformbetreiber enthalten einzelne Bestimmungen, die nach den Maßstäben der §§ 305 ff. BGB bedenklich oder ersichtlich nicht haltbar sind. Dies ergab eine Durchsicht der AGBs verschiedener inländischer und ausländischer Plattformen.

aa. Schriftformklauseln

Ein deutscher Anbieter sieht in seinen AGB vor, dass individuelle Absprachen zwar den Standardbedingungen vorgehen, dass sie aber der Schriftform oder mindestens der schriftlichen Bestätigung bedürfen. Die zwingende Vorschrift des § 305 b BGB weist aber allen – auch den mündlichen – Individualabreden den Vorrang vor den AGB zu, sodass das Erfordernis der Schriftform unwirksam ist.³¹⁰ Mündliche oder konkludente Abreden bleiben daher wirksam. Dies ist praktisch wichtig, wenn etwa im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss Sonderabreden zugunsten des Crowdworkers getroffen wurden, ihm beispielsweise eine bestimmte Mindestvergütung pro Monat zugesagt wurde. Allerdings müsste er in einem solchen Fall beweisen, dass eine solche Abmachung getroffen wurde. Dies kann bei Telefon- oder Vier-Augen-Gesprächen schwierig sein, da sich die für die Plattform oder das Unternehmen handelnde Person häufig nicht an Dinge erinnern wird, die für ihren Arbeitgeber ungünstig sind oder die ihr selbst Schwierigkeiten bereiten könnten. Dem trägt die Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass im gerichtlichen Verfahren der Kläger auch selbst als Partei befragt werden kann und seine Aussage keinen geringeren Stellenwert hat als die seines Gesprächspartners, der als Zeuge vernommen wird.³¹¹

bb. Änderungsvorbehalte

³¹⁰ S. Palandt-Grüneberg § 305b Rn. 5; vgl. auch Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 305b Rn. 33 ff.

³¹¹ EGMR NJW 1995, 1413; BVerfG NJW 2001, 2531; BAG NZA 2007, 885. Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung s. Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 2221.

Derselbe deutsche Anbieter sieht in seinen AGB vor, dass der Vertragsinhalt mit einer Ankündigungsfrist von sechs Wochen geändert werden kann. Ist der Crowdworker mit der Änderung nicht einverstanden, hat jede Seite das Recht, die Vertragsbeziehung zu beenden.

Diese Klausel ist zunächst am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB zu messen, wonach der Verwender von AGB Änderungsvorbehalte in Bezug auf die von ihm zugesagte Leistung nur vereinbaren darf, wenn diese für den Vertragspartner unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen zumutbar sind. Ob eine Vertragsänderung zumutbar ist, bestimmt sich nach den konkreten Umständen, insbesondere nach den Gründen, die der Verwender für sich ins Feld führen kann. Diese müssen sich aus dem Vertrag ergeben. Die Rechtsprechung verlangt, dass für den Vertragspartner „zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen“ vorhanden ist.³¹² Dies ist nicht zuletzt auch eine Konsequenz aus dem Transparenzprinzip des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unzulässig ist deshalb zum Beispiel die Klausel in einem Vertrag über eine Flugreise, wonach Flugänderungen „aus wichtigen Gründen“ erlaubt sein sollen, „soweit dies zumutbar ist“, weil weder der wichtige Grund noch die Maßstäbe für die Zumutbarkeit irgendwie konkretisiert sind.³¹³ Erst recht hat eine Klausel keinen Bestand, bei der nicht einmal diese allgemeinen Formeln verwendet werden, sondern die Vertragsänderung einfach als gegeben unterstellt wird. Daran ändert auch das Auflösungsrecht nichts, weil es ja denkbar ist, dass der Vertragspartner ein legitimes Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages hat. Ein ausländischer Anbieter geht noch weiter und erklärt alle von ihm vorgenommenen Änderungen für wirksam, sobald sie auf seiner Website erscheinen; dem Kunden wird empfohlen, die Website regelmäßig zu überprüfen.³¹⁴ Dies ist nach deutschen Maßstäben erst recht unwirksam.

Der § 308 Nr. 4 BGB ist allerdings nur im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher und in Verträgen zwischen Verbrauchern anwendbar. Geht es um den hier besonders interessierenden Fall des Verhältnisses zwischen zwei Unternehmen, kommt nur § 307 BGB zur Anwendung. In Rechtsprechung und Literatur ist man sich jedoch einig, dass der Grundgedanke des § 308 Nr. 4 auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen Beachtung verdient.³¹⁵ Dies rechtfertigt sich mit dem Gedanken der Vertragstreue, der infrage gestellt

³¹² BGH NJW 2008, 360 Tz. 21; zustimmend Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 308 Nr. 4 Rn. 33.

³¹³ OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1440; ebenso MüKo-Wurmnest § 308 Nr. 4 Rn. 8; Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 308 Nr. 4 Rn. 30

³¹⁴ „We may revise these Terms of Use at any time without prior notice by updating this page and such revisions will be effective upon posting to this page. Please check this page periodically for any changes.“

³¹⁵ OLG München NJW-RR 2009, 458; MüKo-Wurmnest § 308 Nr. 4 Rn. 13; Palandt-Grüneberg § 308 Rn. 26; leicht einschränkend Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 308 Nr. 4 Rn. 70.

wäre, würde sich der Verwender von AGB weitgehende Änderungen vorbehalten können. Dazu kommt die auch für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen unmittelbar geltende Vorschrift des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach Bestimmungen in AGB dem Transparenzerfordernis entsprechen müssen. Daran fehlt es ersichtlich, wenn keinerlei Gründe für die Änderung angegeben oder wenn diese nur in höchst pauschaler Form („wichtiger Grund“) benannt werden. Unzulässig sind beispielsweise Klauseln, wonach sich der Verwender gegenüber einem Vertragshändler, der gleichfalls selbständiger Unternehmer ist, vorbehält, dessen Handelsspanne frei abzuändern.³¹⁶ Ein pauschaler Änderungsvorbehalt in den Plattform-AGB würde auch den Fall abdecken, dass das Entgelt für den Crowdworker abgesenkt wird; schon die Möglichkeit einer solchen rechtswidrigen Handhabung macht eine derartige Klausel – von allen anderen Bedenken abgesehen – unzulässig.³¹⁷

cc. Bezahlung wie bei einem Preisausschreiben

Eine Besonderheit des Crowdworkings ist die Praxis, wonach bei der Ausschreibung nicht nach Angeboten, sondern ausschließlich nach fertigen Lösungen gefragt wird. Nur derjenige, der die beste Arbeit einreicht, erhält eine Vergütung; alle anderen gehen leer aus. Dies ist eine bislang in unserer Rechtsordnung singuläre Erscheinung, der im Arbeitsleben keine Bedeutung zukommt.

Das BGB regelt das Preisausschreiben in § 661. Es findet sich in der Realität zum Beispiel bei sportlichen Wettkämpfen, bei denen dem Sieger eine Prämie winkt.³¹⁸ Daneben geht es um wissenschaftliche und künstlerische Leistungen, mit denen man Anerkennung erreicht, die sich später auch wirtschaftlich niederschlagen wird. Bei Architektenwettbewerben werden ausschließlich die Pläne für künftige Bauwerke begutachtet und gegebenenfalls prämiert.³¹⁹ Auch die Ausschreibung öffentlicher Aufträge gehört in diesen Rahmen; bei ihnen geht es jedoch gleichfalls nur um eine Beschreibung der Leistung und nicht um deren Erbringung.

Weder bei der abhängigen Arbeit noch bei Leistungen durch Selbständige spielt eine Vergütung nur für „eingereichte Werke“ bisher eine Rolle. Dies hat seine guten Gründe.

³¹⁶ Palandt-Grüneberg § 308 Rn. 26 mwN

³¹⁷ BGH NJW 1992, 1097, 1099; BGH NJW 1994, 1798, 1799; dazu weiter Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 305c Rn 35.

³¹⁸ S. als Beispielfall BGH NJW 2011, 139 - Reitturnier

³¹⁹ Palandt-Sprau § 661 Rn 1

Bei der abhängigen Arbeit existiert der selbstverständliche und deshalb selten angesprochene Grundsatz, dass jede mit Zustimmung des Arbeitgebers erbrachte Arbeit vergütet werden muss. Dies ergibt sich aus der – allerdings nicht zwingenden –Vorschrift des § 612 BGB sowie aus den Grundsätzen über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis: Die effektiv erbrachte Arbeit muss – von Extremfällen einmal abgesehen – immer bezahlt werden, auch dann, wenn der Arbeitsvertrag nicht ordnungsgemäß zustande gekommen war.³²⁰ Damit stimmt die neuere Rechtsprechung überein, wonach Gegenleistungen des Arbeitgebers für erbrachte Arbeitsleistungen, zum Beispiel Boni für Zielerreichung, nicht unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden dürfen.³²¹ Nur bei der hier nicht näher interessierenden ehrenamtlichen Tätigkeit gelten abweichende Grundsätze, wonach auch unentgeltliche oder mit einem symbolischen Entgelt versehene Arbeiten zulässig sind.

Auch bei der selbständigen Arbeit im Rahmen eines Werkvertrags gilt derselbe Grundsatz. Da zu erstellende Werke häufig einige Zeit in Anspruch nehmen und eine erhebliche Vorleistung des Unternehmers voraussetzen, sieht § 632 a BGB Abschlagszahlungen des Auftraggebers vor. Scheitert die Ausführung eines Werkvertrags daran, dass der Kunde eine Mitwirkungshandlung unterlässt,³²² so kann der Unternehmer nach § 642 BGB eine angemessene Entschädigung verlangen und muss sich nur das anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart oder durch anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft verdient hat. Er darf also in der Vergangenheit nicht umsonst gearbeitet haben. Nach § 649 BGB hat der Besteller zwar ein jederzeit ausübbares Kündigungsrecht; macht er davon Gebrauch, so muss er aber das vereinbarte Entgelt bezahlen. Der Unternehmer muss sich genau wie im Fall des § 642 BGB lediglich ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb anrechnen lassen.

Von diesem Grundsatz in AGB abzuweichen und bei Werkverträgen das Entgelt nur demjenigen zu geben, der die „beste“ Leistung erbracht hat, versieht die Vergütung mit einer Bedingung, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung über den Werkvertrag nicht zu vereinbaren und deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Das Entgelt darf auch bei selbständiger Arbeit – zugespitzt formuliert – nicht Gegenstand einer Lotterie sein, aus der nur einer als Gewinner hervorgeht. Soweit man davon ausgehen muss, dass der einzelne Crowdworker für seinen Lebensunterhalt auf die Entgelte angewiesen ist, liegt auch Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB vor, da die Situation schlechter als die

³²⁰ Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 163 ff., 167 ff.

³²¹ BAG ZTR 2007, 505 (monatliche Leistungszulage); BAG NZA 2012, 620 Ls. 1 (Bonus für Zielerreichung)

³²² Traditionelles Beispiel: Der Kunde kommt nicht zum Schneider, um den bestellten Anzug anzuprobieren.

des traditionellen Tagelöhners ist: Dieser konnte wenigstens darauf vertrauen, für die erbrachte Tagesleistung entlohnt zu werden.³²³

Die Interessen des Crowdworkers werden noch mehr beeinträchtigt, wenn er nicht nur kein Entgelt erhält, sondern gleichwohl – gewissermaßen als „Teilnehmerbeitrag“ – seine Rechte am eingereichten Arbeitsprodukt abtreten muss. Dies bezieht sich etwa auf urheberrechtlich geschützte und auf Werke, die Designschutz genießen (was man früher „Geschmacksmuster“ nannte). Hier liegt der Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB klar zutage.³²⁴

dd. Nachbesserungsfristen

Entspricht die vom Crowdworker erbrachte Leistung nicht den Erwartungen, so wird diesem in manchen AGB eine Nachbesserungsfrist von drei Tagen eingeräumt. Nach dem gesetzlichen Modell (§ 323 Abs. 1 BGB) muss dem Schuldner (hier: dem Crowdworker) eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden, wobei „Nacherfüllung“ sowohl Beseitigung des erkannten Mangels als auch Neuerbringung der geschuldeten Leistung bedeuten kann. Bei ganz besonderer Eilbedürftigkeit können drei Tage angemessen sein,³²⁵ doch lässt sich dies nicht als allgemeine und verbindliche Regelung bestimmen. Es stellt eine unangemessene Benachteiligung des Crowdworkers im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, ihn auch dort zu einer Nachbesserung innerhalb von drei Tagen zu zwingen, wo keinerlei Eilbedürftigkeit vorliegt oder wo es um ein so komplexes Vorhaben geht, dass drei Tage auch bei Aufbietung aller Kräfte nicht ausreichen. Deckt eine AGB-Bestimmung ihrer allgemeinen Fassung wegen auch Fälle ab, in denen eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners vorliegt, so ist sie insgesamt unwirksam.³²⁶

ee. Leistungsreduzierung der Plattform

Die Betreiber von Plattformen sorgen bei der Ausgestaltung von AGB auch dafür, dass ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht zu kurz kommen und dass sie nicht etwa bei Störungen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. So bestimmt etwa ein deutscher Anbieter, dass der Nutzer keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung bestimmter Funktionalitäten habe; werden diese reduziert, ist keine Minderung des Entgelts vorgesehen.

³²³ Ähnlich Rehm, in: IG Metall Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing, S. 15. S. auch unter ff.

³²⁴ Im Ergebnis übereinstimmend Hötte MMR 2014, 795, 798

³²⁵ OLG Köln NJW-RR 1993, 949 und OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 504 halten sogar zwei Tage für möglich

³²⁶ Im Ergebnis wie hier Klebe/Neugebauer AuR 2014, 6

Außerdem behält sich der Betreiber das Recht vor, den Zugang zu einzelnen Inhalten zu sperren oder diese Inhalte zu löschen. Als Beispiel wird der Fall genannt, dass ein Projekt vollständig abgeschlossen ist oder dass die gespeicherten Inhalte gegen geltendes Recht oder gegen Rechte Dritter verstoßen. Hier sind wiederum Fälle miterfasst, bei denen der Crowdworker in unangemessener Weise benachteiligt ist – so wenn er plötzlich keinen Zugang mehr zu bestimmten Erkenntnissen aus früheren Projekten hat und außerdem nicht erkennen kann, weshalb diese „Sperre“ verhängt wurde. Auch in einem solchen Fall ist § 307 Abs. 1 BGB verletzt.

ff. Abtretung aller Rechte des Crowdworkers

Das Arbeitsergebnis steht nach herkömmlicher Auffassung bei abhängiger Arbeit grundsätzlich dem Arbeitgeber zu. Bei Werkverträgen gehört es dem Besteller. Insoweit ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Urheberrechte auf den Plattformbetreiber als Vertragspartner übergehen und dieser beispielsweise die entwickelte Software verwerten kann. Allerdings muss man sich die Frage stellen, ob nicht die Vergütung höher sein muss als bei einem anderen Crowdworker, aus dessen Arbeit sich keine Urheberrechte ableiten lassen. Hier könnte eine sachlich nicht gerechtfertigte, schematische Gleichbehandlung vorliegen, die sich genauso wie die grundlose Differenzierung nicht mit dem geltenden Recht vereinbaren lässt. Eindeutig rechtswidrig ist eine bei ausländischen Anbietern auftauchende Regelung, wonach die Abtretung von Urheber- und anderen Schutzrechten auch dann erfolgt, wenn das Arbeitsergebnis selbst nicht abgenommen wird, weil ein anderer das „Preisausschreiben“ gewann: Eine Abtretung, der nur dann ein Entgelt gegenübersteht, wenn der Leistende gegenüber allen anderen den Vorzug erhält, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Crowdworkers dar.³²⁷

gg. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Erstaunlich sind aus deutscher Sicht Klauseln, die jede Kontaktaufnahme mit einem User eines anderen Plattformbetreibers verbieten. Geht die Kontaktaufnahme von einem solchen aus, muss dies sofort dem Plattformbetreiber gemeldet werden. Dies rückt die Arbeit in die Nähe einer geheimdienstlichen Tätigkeit und greift unangemessen in die Privatsphäre des Crowdworkers ein. Im Vergleich dazu ist die verbreitete, aber gleichwohl rechtswidrige

³²⁷ Ebenso im Ergebnis Klebe/Neugebauer AuR 2014, 6. Zu Honorarklauseln bei Verlagsverträgen s. Stoffels, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Anhang, Klauseln (U) Rn. U 26.

Klausel harmlos, wonach mit Arbeitskollegen nicht über das Gehalt gesprochen werden darf.³²⁸

Im Arbeitsrecht ist man sich einig, dass eine derart umfassende Verschwiegenheitspflicht, wie sie von den Crowdworkern verlangt wird, nicht mit dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vereinbar ist.³²⁹ Für Selbständige kann nichts anderes gelten, da sie insoweit nicht weniger schutzwürdig sind. Weitere persönlichkeitsrechtliche Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit sehr weitgehenden Ermächtigungen, zahlreiche Daten zu speichern und gegebenenfalls an Dritte zu übermitteln. So heißt es etwa in den AGB eines deutschen Anbieters:

„Beim Besuch unserer Website speichern unsere Server temporär jeden Zugriff in einer Protokolldatei. Folgende Daten werden dabei ohne Ihr Zutun erfasst und bis zur automatischen Löschung von uns gespeichert: die IP-Adresse des anfragenden Rechners, das Datum und die Uhrzeit des Zugriffs, der Name und die URL der abgerufenen Datei, die Website, von der aus der Zugriff erfolgte, das Betriebssystem Ihres Rechners und der von Ihnen verwendeten Browser und andere technische Daten, der Name Ihres Internet-Access-Providers, Spracheinstellungen und geographische Herkunft.“

Ob dies alles mit den §§ 12 – 15 TMG vereinbar ist, wird man bezweifeln müssen. Die zulässig zu erhebenden Bestandsdaten nach § 14 TMG und die Nutzungsdaten nach § 15 TMG beziehen sich längst nicht auf alle die Angaben, die effektiv erfasst werden. Die Einwilligung des Betroffenen scheidet als Rechtfertigung schon deshalb aus, weil kein Hinweis auf das Widerrufsrecht nach § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG erfolgt ist. Dazu kommt, dass der Zweck der Erhebung und Speicherung von Daten durchaus eng bestimmt ist: Es geht darum, die Nutzung der Plattform zu ermöglichen, es geht um Gewährleistung der Systemstabilität, um die technische Administration der Netzinfrastruktur, um die Optimierung des Angebots sowie um interne statistische Zwecke. Muss man dafür wirklich auch das Betriebssystem des Rechners, den Browser und den Ort kennen, von wo aus der Zugriff erfolgte? Insoweit fehlt es an der Erforderlichkeit, ohne die Daten nicht erhoben und verarbeitet werden dürfen.

hh. Nicht erfasste Bereiche: Insbesondere Höhe der Gegenleistung

³²⁸ Die Rechtswidrigkeit wird bejaht von LAG Mecklenburg-Vorpommern AuR 2010, 343

³²⁹ LAG Hamm DB 1989, 783; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, Rn. 92; Maschmann/Sieg/Göpfert-Bodem, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2012, Nr. 540 Rn. 53; Preis-Rolfs, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2011, II V 20 Rn. 34. Weiter Däubler in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Anhang Rn. 157.

Die AGB-Kontrolle erstreckt sich nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, es sei denn, dieses wäre – wie zum Beispiel im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – ausdrücklich gesetzlich geregelt. Weiter ist das Bestehen eines Vertragsverhältnisses vorausgesetzt: Die Frage, ob der Plattformbetreiber oder ein Unternehmen ohne Grund einen Vertragsabschluss verweigern darf, ist in den §§ 305 ff. BGB nicht angesprochen.

c. Rechtsdurchsetzung: Individualklage und Verbandsklage

Sind Bestimmungen in AGB unwirksam, braucht sie der Vertragspartner (hier: der Crowdworker) nicht zu beachten. Werden Ansprüche ausgeschlossen, die ihm nach geltendem Recht zustehen, kann er diese gleichwohl gerichtlich geltend machen. Besteht Streit über die Gültigkeit einzelner Bestimmungen, kann eine Klärung mithilfe einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO herbeigeführt werden.

In mindestens 99 von 100 Fällen bleiben diese Feststellungen ohne praktische Wirkung. Anders als im Arbeitsrecht gibt es deshalb im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verbandsklage: Nach § 1 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) kann der Verwender unzulässiger Klauseln auf Unterlassung in der Zukunft und gegebenenfalls auf Widerruf einer entsprechenden Empfehlung in Anspruch genommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die unwirksamen Klauseln im Verhältnis zu einem Unternehmer im Sinne des § 14 BGB verwendet werden; lediglich die Unterlassungsklage nach § 2 UKlaG setzt ausschließlich die Verletzung verbraucherrechtlicher Bestimmungen voraus. Klagebefugt sind die in § 3 UKlaG genannten Stellen. Neben den Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern gehören dazu insbesondere die registrierten Verbraucherverbände, im Gesetz als „qualifizierte Einrichtungen“ bezeichnet. Dazu kommen „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, diese Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Damit sind – im weitesten Sinne verstanden – Verbände von Selbständigen gemeint.

Kann auch eine Gewerkschaft eine solche Verbandsklage erheben? In der Literatur wird darauf verwiesen, dass der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung Verbraucher ist, sodass sich die Gewerkschaft als Verbraucherverband registrieren lassen könnte und damit

klagebefugt wäre.³³⁰ Will sie diesen Weg nicht beschreiten, kann sie nur verstärkt wirtschaftlich abhängige Selbständige organisieren und so als „Selbständigenverband“ eine Klagebefugnis erreichen. Pragmatiker können auch auf den Gedanken kommen, sich an einen Verbraucherverband zu wenden, der gewerkschaftlichen Positionen nahe steht, und dort eine Klageerhebung anzuregen.

Hat eine Verbandsklage Erfolg, so kann sich nach § 11 Satz 1 UKlaG jeder Betroffene auf die Unwirksamkeit der fraglichen Bestimmung berufen. Ein der Klage stattgebendes Urteil wirkt also zugunsten aller Betroffenen. Wird die Klage abgewiesen, bleibt es gleichwohl dem Einzelnen unbenommen, die Unwirksamkeit einer bestimmten Klausel geltend zu machen. Es tritt also keine Wirkung zulasten der übrigen ein.

3. Vertragskontrolle auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Wie oben³³¹ ausgeführt, verlangt das Bundesverfassungsgericht Korrekturen, wenn zwischen den Vertragsparteien eine strukturelle Abhängigkeit besteht und der Vertrag für den schwächeren Teil inhaltlich ungewöhnlich belastend ist. Bei der Umsetzung dieses Grundsatzes ist anders als bei der AGB-Kontrolle auch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einzubeziehen. Muss deshalb von Rechts wegen eine Korrektur erfolgen, wenn sich bei der Übernahme einer Vielzahl von Aufträgen gleichwohl nur ein Stundenlohn von 2 bis 3 Euro ergibt?³³²

Man kann den Versuch unternehmen, diese Frage durch unmittelbare Subsumtion unter die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zu beantworten. Dies wird nicht sehr schwerfallen.

Für den Crowdworker besteht eine strukturelle Abhängigkeit vom Betreiber der Plattform beziehungsweise vom Unternehmen: Er hat praktisch keinerlei Verhandlungsmacht, ja er steht noch schlechter als ein Arbeitnehmer, weil er sich gegebenenfalls sogar auf die Bedingung einlassen muss, dass er nur dann ein Entgelt erhält, wenn sein Produkt als besonders gut

³³⁰ Stoffels, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 1149 unter berechtigter Berufung auf den Bericht des Rechtsausschusses zur Schuldrechtsmodernisierung (BT-Drucksache 14/7052, S. 190); anders Palandt-Bassenge § 4 UKlaG Rn. 6.

³³¹ Oben III 1 Fn. 290

³³² Zur wirtschaftlichen Stellung der Crowdworker s. die Angaben oben B I 2

ausgewählt wird. Angesichts eines Mindestlohns von 8,50 Euro für Arbeitnehmer sind 2 bis 3 Euro pro Stunde auch ein Betrag, den man als ungewöhnlich gering bezeichnen muss, zumal ja zusätzlich noch die Vorsorge für Lebensrisiken, die bei Arbeitnehmern durch die Sozialversicherung übernommen wird, Sache des Crowdworkers bleibt. Methodisch könnte man auch so verfahren, dass man § 138 BGB anwendet und dabei die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kriterien berücksichtigt, was zum selben Ergebnis führt. Dabei kann man weiter auf die Rechtsprechung des BAG verweisen, wonach die Unterschreitung des Tariflohns um mehr als ein Drittel gegen die guten Sitten verstößt³³³ – dasselbe muss nunmehr auch für den gesetzlichen Mindestlohn gelten. Einen Selbständigen zu solchen Bedingungen zu beschäftigen, lässt sich nicht mit grundlegenden Wertentscheidungen unserer Rechtsordnung vereinbaren.

An die Stelle der unwirksamen Entgeltabrede tritt nach §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB die Verpflichtung zur Zahlung einer angemessenen Vergütung.

4. Kartellrecht als Korrektiv?

Der Schutz des Schwächeren ist im Zivilrecht nicht allein ein vertragsrechtliches Problem. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist an sich nur dafür bekannt, dass es Preisabsprachen und Kartelle verbietet. Daneben enthält es jedoch in den §§ 19 ff. Vorschriften gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender und sogenannter marktstarker Unternehmen. Diese Bestimmungen verdienen im vorliegenden Zusammenhang gleichfalls ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit, geht es doch bei den Crowdworkern meist um Mikro-Unternehmer, die faire Bedingungen auf dem Markt erwarten können. Dazu einige wenige Vorüberlegungen.

a. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

§ 19 GWB verbietet missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen. Um zu beurteilen, wann eine „Marktbeherrschung“ vorliegt, muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden. § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB spricht ausdrücklich vom „sachlich und räumlich relevanten Markt“, was die Fragestellung ein wenig eingrenzt.

³³³ BAG NZA 2009, 837. Überblick über den Stand der Rechtsprechung insgesamt s. Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 48 ff.

Von sachlicher Relevanz ist dann die Rede, wenn es um Waren oder gewerbliche Leistungen geht, die nach dem Urteil der Marktgegenseite gleich oder jedenfalls gegeneinander austauschbar sind.³³⁴ Unter räumlicher Relevanz wurde früher das Bundesgebiet oder ein Teil desselben verstanden, in dem sich ein Unternehmen betätigt. Nunmehr sagt § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB ausdrücklich, dass der räumlich relevante Markt weiter reichen könne als der Geltungsbereich des GWB. Wie weit er tatsächlich geht, hängt von den jeweiligen konkreten Umständen ab. Im Bereich des Crowdfunding wird man zwischen deutschsprachigen und anderen, meist englischsprachigen, Plattformen und Unternehmen unterscheiden müssen. Sehr viele Leistungen, die in dieser neuen Arbeitsform erbracht werden, sind sprachlich vermittelt; selbst der Designer, der ein neues Firmenlogo entwickeln soll, wird sein Konzept nicht nur bildlich darstellen, sondern es auch mit Worten erklären müssen. Eine solche Unterscheidung entspricht dem sogenannten Bedarfskonzept der Marktgegenseite und findet sich in ähnlicher Form im Pressebereich: Dort wird zwischen überregionalen und regionalen Zeitungen, aber auch zwischen Straßenverkaufs- und Abonnementzeitungen unterschieden, weil für jedes dieser Segmente eine bestimmte Gruppe von Nachfragern vorhanden ist.³³⁵ Nicht anders verhält es sich bei deutschsprachigen Plattformen und Unternehmen, bei denen der relevante Markt im Zweifel auch Österreich und die Schweiz umfasst. Sie sind daher auf einem speziellen Markt tätig. Bei den englischsprachigen Anbietern ist der Markt dagegen sehr viel weiter.

Eine „Beherrschung“ liegt dann vor, wenn das Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder wenn es im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung besitzt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB). Hat ein Unternehmen einen Marktanteil von einem Drittel, wird nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB vermutet, dass es marktbeherrschend ist.

Inwieweit im deutschsprachigen wie im englischsprachigen Bereich eine Marktbeherrschung in diesem Sinne vorliegt, ist ohne nähere empirische Untersuchungen nicht zu beurteilen. Insoweit ist das Bundeskartellamt gefragt, die Verhältnisse auf dem Crowdsourcing-Markt zu untersuchen und daraus ggf. Konsequenzen zu ziehen.

³³⁴ Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 19 Rn. 5; Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 19 GWB Rn. 13

³³⁵ Nachweise bei Bechtold § 19 Rn. 17.

Unterstellt man, eine Plattform oder ein Unternehmen hätte eine marktbeherrschende Stellung, so läge ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn einer der vier Tatbestände des § 19 Abs. 4 GWB gegeben wäre. Von Bedeutung könnte dabei insbesondere die Nr. 2 sein, wonach es einen Missbrauch darstellt, wenn das Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten. Weiter dürfen nach § 20 Abs. 1 GWB marktbeherrschende Unternehmen andere nicht unbillig behindern und gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Das erstere („Behinderung“) wäre der Fall, wenn ein Geschäftsabschluss von vorneherein abgelehnt würde oder wenn einem Crowdworker ohne sachlichen Grund die weitere Benutzung der Plattform verweigert würde. Das zweite („Diskriminierung“) wäre anzunehmen, wenn Crowdworker bei gleicher Leistung unterschiedlich vergütet würden.³³⁶

b. Erstreckung auf marktstarke Unternehmen

Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB erstreckt sich das Behinderungs- und Benachteiligungsverbot auch auf sogenannte marktstarke Unternehmen. Von ihnen ist dann die Rede, wenn kleine oder mittlere Unternehmen von ihnen „als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht vorhanden sind“. Beispiel sind etwa Händler, die ein bestimmtes Produkt in ihrem Sortiment haben müssen, um gegenüber ihren Konkurrenten bestehen zu können.³³⁷ Sie vom Bezug auszuschließen, wäre eine ungerechtfertigte Behinderung, auch wenn der Lieferant keineswegs „marktbeherrschend“ ist. Eine ähnliche Situation ist bei Crowdworking dann gegeben, wenn ein Crowdworker nur bei einem bestimmten Anbieter seine spezifische Qualifikation ins Spiel bringen kann, weil allein dieser entsprechende Aufgaben in seiner Angebotspalette hat.

5. Gewerbliche Schutzrechte des Crowdworkers

³³⁶ Zur Handhabung des Differenzierungsverbots im Einzelnen s. Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 20 Rn. 84 ff.

³³⁷ Näher Bechtold § 20 Rn. 19 ff.

Denkbar ist, dass der Crowdworker ein Arbeitsergebnis hervorbringt, das Urheberrechtsschutz genießt oder das unter ein gewerbliches Schutzrecht wie Design, Gebrauchsmuster oder Patent fällt. Der Auftraggeber kann sich hier nicht auf die komfortable Rechtsstellung eines Arbeitgebers berufen, dem diese Rechte automatisch zustehen oder dem sie abgetreten werden müssen. Vielmehr muss er eine entsprechende Abtretung vereinbaren, was zu praktischen Schwierigkeiten führen kann und überdies der AGB-Kontrolle unterliegt.³³⁸

IV. Grenzüberschreitendes Crowdfunding

1. Grundsätzliche Vorüberlegungen

Hat ein Vertrag Berührungspunkte mit mehreren Staaten, muss entschieden werden, welche konkrete Rechtsordnung Anwendung findet. Dies ist heute in der sog. Rom I - Verordnung³³⁹ festgelegt, die unterschiedliche Regeln für Arbeitnehmer, für Verbraucher und für selbständig Tätige enthält. Weiter ist im Hinblick auf Streitfälle nach dem zuständigen Gericht zu fragen. Dieses bestimmt sich seit 1. 1. 2015 nach der EU-Verordnung 1215/2012.³⁴⁰

2. Das anwendbare Recht

a. Crowdworker als abhängig Beschäftigte

Plattformen sowie Unternehmen vereinbaren mit Crowdworkern in der Regel das Recht, das am Plattform- beziehungsweise am Unternehmenssitz gilt. Bei *twago* und *clickworker* gilt deutsches Recht, bei *Amazon Mechanical Turk* das Recht von Massachusetts, beim australischen *Freelancer.com* das Recht von New South Wales. Dies beruht in aller Regel auf ausdrücklichen Vereinbarungen in den AGB.

Solche Rechtswahlklauseln sind grundsätzlich zulässig. Ist ein Crowdworker (ausnahmsweise) Arbeitnehmer, ist eine solche Abmachung allerdings von beschränkter

³³⁸ Näher dazu Hötte MMR 2014, 795 ff.

³³⁹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) v. 17. Juni 2008 (ABIEU Nr. L 177/6, berichtigt ABIEU 2009 Nr. L 309/87)

³⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABIEU 2012 Nr. L 351/1

Reichweite: Die zwingenden Vorschriften des Landes, in dem sich der gewöhnliche Arbeitsort befindet, bleiben nach Art. 8 Abs. 1 Rom I – VO trotz einer solchen Festlegung anwendbar. Arbeitet ein angestellter Crowdworker in Deutschland, finden also zwingende deutsche Normen wie das KSchG und das BetrVG auch dann Anwendung, wenn z. B. das Recht eines US-Bundesstaats oder australisches Recht vereinbart sind.

Fraglich ist nur, ob diese Regel auch für arbeitnehmerähnliche Personen gilt, also für einen Personenkreis, der im hier interessierenden Bereich möglicherweise von etwas größerer Bedeutung ist. Dies wird in der Literatur weit überwiegend bejaht, weil die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmerähnlichen insoweit eine Gleichstellung mit dem Arbeitnehmer verlangt.³⁴¹

Fehlt es an einer solchen Rechtswahlabrede, gilt nach Art. 8 Abs. 2 Rom I – VO das Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts. Bei einer in Deutschland erbrachten Arbeit findet also deutsches Recht Anwendung.

b. Crowdworker als Selbständige

Nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-Verordnung sind Absprachen über das anwendbare Recht grundsätzlich zulässig, wenn auf beiden Seiten selbständig Tätige stehen. Die oben wiedergegebenen Rechtswahlklauseln kommen also voll zur Wirkung, wenn – wie in der Regel – der Crowdworker als Selbständiger tätig ist. Fehlt eine solche Abmachung, findet Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b Rom I – VO Anwendung. Da es sich um „Dienstleistungsverträge“ handelt, gilt das Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dabei wird der Begriff „Dienstleistungen“ dem unionsrechtlichen Sprachgebrauch entsprechend weit interpretiert, sodass jede Form von Tätigkeiten auch über den Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB hinaus erfasst ist.³⁴² Bei einem in Deutschland tätigen Crowdworker käme daher mangels Rechtswahl deutsches Recht zur Anwendung,³⁴³ doch dürfte dies in der Praxis die absolute Ausnahme sein, da die Plattformen und die Unternehmen in aller Regel von der Möglichkeit der Rechtswahl Gebrauch machen. Es wird also durchaus das Recht von Massachusetts oder von New South Wales anwendbar sein.

³⁴¹ Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 4 Rn. 46 mit eingehenden Nachweisen.

³⁴² Palandt-Thorn Art. 4 Rom I – VO Rn. 8 m. w. N.

³⁴³ Ebenso Hötte MMR 2014, 796

Soweit der Crowdworker als Verbraucher zu qualifizieren ist,³⁴⁴ hat die Rechtswahl ähnlich wie beim Arbeitnehmer und der arbeitnehmerähnlichen Person nur beschränkte Wirkung. Nach Art. 6 Abs. 2 Rom I – VO bleiben von einer Rechtswahl die zwingenden Vorschriften des Verbraucherschutzes unberührt. Dazu gehören beispielsweise die gesamte AGB-Kontrolle sowie die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht zum Schutz des schwächeren Vertragsteils entwickelt hat. Dabei ist allerdings daran zu erinnern, dass nur der Crowdworker Verbraucher ist, der „gelegentlich“ in dieser Form arbeitet.³⁴⁵ Sobald eine planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit vorliegt, wird er zum Unternehmer im Sinne des § 14 BGB und kann sich daher nicht mehr auf Art. 6 Abs. 2 Rom I – VO berufen.

3. Durchbrechungen des anwendbaren Rechts: Eingriffsnormen und ordre public

Ist kraft Rechtswahl ausländisches Recht anwendbar, so stellt sich die Frage, ob einzelne Vorschriften des deutschen Rechts als sogenannte Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom-I - Verordnung dennoch Anwendung finden müssen. Nach der dort gegebenen Definition muss es sich dabei um zwingende Vorschriften handeln, „deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ... auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen“. Ob dies für bestimmte Normen oder Normengruppen gilt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.³⁴⁶ Bei den hier anwendbaren Vorschriften ist zu differenzieren.

Was das GWB betrifft, so enthält es in seinem § 130 Abs. 2 eine ausdrückliche Regelung. Danach findet es auch dann Anwendung, wenn eine Maßnahme im Ausland getroffen wurde, sich aber im Inland auswirkt. Im Text der Vorschrift ist zwar nur von „Wettbewerbsbeschränkungen“ die Rede, doch ist damit der ganze erste Teil des Gesetzes gemeint, also auch die Vorschriften, die sich auf marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen beziehen.³⁴⁷ Soweit die in diesen Bestimmungen genannten Voraussetzungen vorliegen, würden sie auch Anwendung finden, wenn auf die vertraglichen Beziehungen

³⁴⁴ S. oben III 2 a

³⁴⁵ Oben III 2 a

³⁴⁶ Im Arbeitsrecht wird etwa das BetrVG dazu gerechnet, sofern der Arbeitnehmer in einem inländischen Betrieb tätig ist.

³⁴⁷ Lindemann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2011, § 130 Rn 208, 242 ff.

zwischen einem in Deutschland tätigen Crowdworker und dem Betreiber der Plattform oder dem Unternehmen ausländisches Recht anwendbar ist.

Anders als das GWB enthalten die §§ 305 ff. BGB keine ausdrückliche Bestimmung über ihren internationalen Anwendungsbereich. Sie sind Teil des deutschen Vertragsrechts und wollen die schwächere Seite schützen; es geht bei ihnen ausschließlich um einen Ausgleich zwischen Privaten. Das in Art. 9 Rom-I-Verordnung vorausgesetzte öffentliche Interesse an der Beachtung der Normen ist nicht eindeutig erkennbar: Weder die Entstehungsgeschichte noch die heutige Praxis enthalten Anhaltspunkte dafür, dass die Vorschriften ihrer Bedeutung wegen auch gegenüber einem an sich anwendbaren ausländischen Vertragsrecht durchgesetzt werden müssten. Eine abweichende Beurteilung liegt jedoch für die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Vertragskontrolle nahe, ohne dass man sich insoweit auf Gerichtsentscheidungen berufen könnte: Der dort formulierte Schutz der schwächeren Seite ist ein sozialstaatliches Strukturprinzip unserer Gesellschaft, er ist von wesentlicher Bedeutung für die soziale und wirtschaftliche Organisation unseres Gemeinwesens, was nicht zuletzt darin deutlich wird, dass er auch im Verhältnis von Unternehmen untereinander zur Anwendung kommt. Insoweit geht es nicht allein um den Schutz der unmittelbar Betroffenen.

Führt die Anwendung ausländischen Rechts zu „untragbaren“ Ergebnissen und greift auch keine Eingriffsnorm ein, so muss die fragliche ausländische Vorschrift nach Art. 21 Rom I-Verordnung außer Anwendung bleiben. Dabei handelt es sich allerdings um Extremfälle; sie herauszuarbeiten, wird Aufgabe der Gerichte sein.

4. Gerichtliche Zuständigkeit

In der Praxis ist es von großer Bedeutung, ob für einen Rechtsstreit zwischen Crowdworker und Auftraggeber deutsche Gerichte zuständig sind oder ob ggf. in einem weit entfernten Land, wo teure Anwälte den Ton angeben, geklagt werden muss. Auch hier ist wiederum danach zu unterscheiden, welchen rechtlichen Status der Crowdworker hat.

Handelt es sich bei dem Crowdworker um einen Arbeitnehmer, so kann er bei dem Gericht des Ortes klagen, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Für Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU ergibt sich dies aus Art. 21 Abs. 1 Buchstabe b i, für

Arbeitgeber in Drittstaaten aus Art. 21 Abs. 2 der EU-VO 1215/2012, der auf Art. 21 Abs. 1 Buchstabe b verweist. Diese Grundsätze sind auf arbeitnehmerähnliche Personen ebenfalls anwendbar.³⁴⁸

Ist der Crowdworker Verbraucher, stellt er sich ebenfalls gut: Nach Art. 18 Abs. 1 der EU-VO 1215/2012 kann er bei dem Gericht klagen, in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz hat (sog. Verbrauchergerichtsstand). Fehlt ihm diese Eigenschaft, wird die Situation komplizierter. Hat der Auftraggeber seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU, so kann er nach Art. 7 Nr. 1 der EU-VO 1215/2012 dort verklagt werden, wo die vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist. Bei Dienstleistungen ist dies der Ort, wo diese zu erbringen war (und nicht etwa der Ort, wo das Entgelt auf den Weg zu bringen war). Ein im Inland für einen französischen Auftraggeber tätig werdender Crowdworker kann daher in Deutschland Klage erheben.

Hat der Auftraggeber seinen Sitz in einem Drittstaat, so verweist Art. 6 Abs. 2 der EU-VO auf das nationale Recht. Auch insoweit ist der Weg zu den inländischen Gerichten eröffnet, da § 29 Abs. 1 ZPO die Klage am Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung zulässt. Dies erfasst auch einen Streit über die vom anderen Vertragspartner zu erbringende Gegenleistung.³⁴⁹

Fraglich ist, inwieweit das zuständige Gericht durch Vertrag bestimmt werden kann.

Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung ist im Verhältnis zu Arbeitnehmern nur möglich, wenn eine Streitigkeit bereits entstanden ist; für künftige Fälle kann sie nach Art. 19 Nr. 1 der EU-VO nicht geschlossen werden. Dies wird man wegen der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit auf arbeitnehmerähnliche Personen übertragen können. Dieselbe Regelung trifft Art. 23 Nr. 1 für den Verbrauchergerichtsstand.

Mit Crowdworkern, die keine arbeitnehmerähnlichen Personen und keine Verbraucher im Rechtssinne sind, können dagegen nach Art. 25 Abs. 1 der EU-VO Gerichtsstandsvereinbarungen geschlossen werden, soweit dadurch ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats für zuständig erklärt wird. Dies kann den Crowdworker erheblich benachteiligen. Allerdings steht diese Regelung unter dem Vorbehalt, dass die Vereinbarung nach dem Recht des gewählten Mitgliedstaats nicht „materiell nichtig“ sein darf. In

³⁴⁸ Ebenso für die Vorgängervorschriften der Art. 18 – 21 der VO (EG) Nr. 44/2001, ABIEG v. 16.1.2001, Nr. L 12/1, Däubler, NZA 2003, 1297, 1302 m. w. N.

³⁴⁹ Vgl. BAG NZA 2003, 339, 340

Deutschland wäre dies bei einseitig vorformulierten Vertragsklauseln nach § 307 Abs. 1 in Verbindung mit § 310 Abs. 1 BGB höchstwahrscheinlich zu bejahen. In anderen EU-Mitgliedstaaten ist die Rechtslage möglicherweise vergleichbar, da nach der Rechtsprechung des EuGH³⁵⁰ die sog. Klauselrichtlinie³⁵¹ auch auf Gerichtsstandsvereinbarungen anwendbar ist. Diese betrifft zwar nur Verbraucherverträge, doch ist jeweils zu prüfen, inwieweit – ähnlich wie nach § 310 Abs. 1 BGB – auch Formularverträge zwischen Selbständigen nach dem jeweiligen ausländischen Recht der Inhaltskontrolle unterliegen.

V. Schutzdefizite und ihre mögliche Bewältigung

1. Schutzdefizite

Die Vorschriften, die auf die Rechtsbeziehungen zwischen Plattformen und Unternehmen auf der einen und Crowdworkern auf der anderen Seite im Regelfall anwendbar sind, erreichen bei weitem nicht das Schutzniveau, das durch das Arbeitsrecht gewährt wird.

Schon in den – vermutlich eher seltenen – Fällen, in denen der Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Person tätig ist, bleiben zentrale Vorschriften des Arbeitsrechts außer Anwendung. Dies gilt insbesondere für den Bestandsschutz, den das KSchG und die Regeln über den Sonderkündigungsschutz vermitteln. Die Tatsache, dass das Rechtsverhältnis jederzeit beendet werden kann und lediglich eine Willkürschränke besteht, hat Ausstrahlungswirkung auf andere Teile des Arbeitsrechts: Rechte aus dem BUrlG oder dem BDSG geltend zu machen, ist schwierig, wenn man bei einer „Verstimmung“ auf der Gegenseite mit einem „Hinauswurf“ rechnen muss. Dies gilt sogar dann, wenn der Auftraggeber gar nicht daran denkt, sich in dieser Weise zu verhalten; schon die abstrakte Möglichkeit hat disziplinierende Wirkung.

Nicht anwendbar sind weiter das BetrVG sowie die bei vielen größeren Unternehmen eingreifenden Mitbestimmungsgesetze. Dies bedeutet, dass die arbeitnehmerähnliche Person im Alltag ohne kollektive Interessenvertretung auskommen muss. Ihr steht zwar das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zu, und § 12a TVG ermöglicht den

³⁵⁰ 27.6.2000 – C-240/98, DB 2000, 2056

³⁵¹ Richtlinie 93/13 EWG des Rates vom 5. 4. 1993 (ABIEG 1993 Nr. L 95/29) über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

Abschluss von Tarifverträgen, doch hilft dies wenig bei den typischen betrieblichen Auseinandersetzungen, weil insoweit in aller Regel eine gewerkschaftliche Infrastruktur etwa in Form von gewählten Vertrauensleuten fehlt. Auch hat die Öffnung des Tarifsystems für arbeitnehmerähnliche Personen bisher nur im Bereich der freien Mitarbeiter bei Medien praktische Bedeutung erlangt.³⁵² Für die meisten arbeitnehmerähnlichen Personen steht daher das kollektive Arbeitsrecht auf dem Papier.

Die Schutzdefizite werden noch deutlicher, wenn ausschließlich zivilrechtliche Normen anwendbar sind. Auf der einen Seite ist allerdings die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen intensiver und umfassender als im Arbeitsrecht: Es fehlt aus der Natur der Sache heraus der in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB enthaltene Vorbehalt zugunsten der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“, der typischerweise als Rechtfertigung einer abgeschwächten Inhaltskontrolle herangezogen wird. Wichtiger ist die hier gegebene Möglichkeit einer Verbandsklage, die wegen § 15 UKlaG im Arbeitsrecht ausgeschlossen ist. Die Kontrolle des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung kann in beiden Bereichen nur mit Hilfe der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Regeln erfolgen; das AGB-Recht scheidet insoweit wegen § 307 Abs. 3 BGB aus. Das Kartellrecht ist zwar anwendbar, schafft aber nur in Extremfällen des marktinkonformen Verhaltens wie z. B. der grundlosen Verweigerung von Vertragsabschlüssen durch marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen einigermaßen Abhilfe.

Auf der anderen Seite kann der (externe ?) Crowdworker keinerlei Bestandsschutz einfordern. Wie lange eine Rechtsbeziehung dauert, ist den Vereinbarungen der Beteiligten überlassen, die sich auf einmalige Austauschvorgänge („Übersetzung des Textes X“, „Eingabe von Zählerdaten aus dem Monat Dezember in das Informationssystem“) beschränken können, theoretisch aber auch auf längere Dauer berechnet sein können. Häufig wird sich der Auftraggeber nicht über die einzelne Aufgabe hinaus binden, sich aber bei guter Abwicklung eine Wiederholung oder eine Betrauung mit besseren Aufgaben vorbehalten wollen.

Der Mindestschutz, den das Zivilrecht bietet, ist überdies in Gefahr, bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen gegenstandslos zu werden. Die Vereinbarung von ausländischem Recht ist zulässig, auch wenn der Crowdworker im Inland tätig ist. Für die Plattform und das Unternehmen ist es kein Problem, eine entsprechende Klausel in den

³⁵² Däubler-Reinecke, TVG, § 12a Rn. 9.

Vertrag aufzunehmen. Lediglich dann, wenn der Crowdworker nur gelegentlich tätig wird, kann er als Verbraucher qualifiziert werden mit der Folge, dass ihm die im Inland vorhandenen Schutzvorschriften erhalten bleiben. Auch beim Nicht-Verbraucher wenden die deutschen Gerichte allerdings trotz der Wahl von ausländischem Recht die sog. Eingriffsnormen an, zu denen man das Kartellrecht und die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts über die Vertragskontrolle zählen kann. Auch dies wird freilich gegenstandslos, wenn durch Wahl eines ausländischen Gerichtsstands, der hier anders als beim Arbeitnehmer und Verbraucher möglich ist, deutsche Gerichte gar nicht mehr zur Entscheidung berufen sind. Auf diese Weise verflüchtigt sich der Schutz, den insbesondere das AGB-Recht zu gewähren vermag. Die oben³⁵³ mitgeteilten Klauseln würden sich nicht in den AGB vieler ausländischer Plattformen finden, wenn mit einer strengen Kontrolle nach deutschem Recht zu rechnen wäre.

Weiter bietet das Zivilrecht keine spezifischen Möglichkeiten, sich zu gemeinsamer Interessenwahrung zusammen zu schließen; Mitbestimmung und Tarifverträge sind nicht vorgesehen. Im Prinzip besteht nur die Möglichkeit, durch Appell an die Öffentlichkeit gegen inakzeptable Bezahlung und andere kritikwürdige Bedingungen zu protestieren. Dies kann mit Hilfe des Internet durchaus praktische Bedeutung erlangen und bis zum Boykottaufruf reichen. Auch sind Fälle bekannt geworden, in denen Server lahmgelegt wurden, um dadurch die Auftraggeber zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Allerdings handelt es sich dabei um absolute Ausnahmefälle; im Regelfall des Crowdfunding kann von einer solchen Form der „Mitbestimmung“ nicht im Entferntesten die Rede sein.

2. Möglichkeiten der Abhilfe: Einbeziehung in das Arbeitsrecht

a. Der Grundsatz

Die hier skizzierten Schutzdefizite wären beseitigt, wenn man den Crowdworker generell als Arbeitnehmer behandeln könnte: Er hätte dieselben Rechte wie andere abhängig Beschäftigte, auch im Verhältnis zu ausländischen Plattformen und Unternehmen könnte er sich auf die zwingenden Normen des deutschen Arbeitsrechts berufen, sofern die Arbeit in Deutschland erbracht wird. Die Unterstellung unter das Arbeitsrecht hätte nicht nur den Vorteil, einheitliche Schutzstandards zu schaffen. Dem Arbeitsrecht kommt vielmehr auch eine

³⁵³ III 2 b

Ordnungsfunktion in der Weise zu, dass es Konflikte kanalisiert und (im Idealfall) faire Bedingungen für ihre Austragung schafft.³⁵⁴ Die Wiederherstellung des überkommenen arbeitsrechtlichen Schutzniveaus ist elementare Voraussetzung dafür, Vorstellungen über eine humane Arbeit in der Crowd zu realisieren.³⁵⁵ Dazu kommt, dass die Sozialversicherungssysteme in der Sache am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses anknüpfen, so dass die Gefahr gebannt wäre, dass durch eine wachsende Zahl von Soloselbständigen das Beitragsaufkommen immer mehr schrumpfen und zugleich eine größer werdende Personengruppe entstehen würde, die keine Eigenvorsorge treiben könnte und deren Lebensrisiken letztlich vom Steuerzahler aufgefangen werden müssten.³⁵⁶

b. Formulierungsvorschläge

Den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts auf Crowdworker zu erstrecken, könnte am einfachsten dadurch geschehen, dass man den oben unter I 4 skizzierten alternativen Konzepten folgt. Dieser Weg wird nicht nur von den dort genannten Gerichtsentscheidungen und einer Reihe von Autoren gegangen. Auch das Europäische Parlament hat entsprechende Vorstellungen entwickelt, ihre Umsetzung aber weitgehend den Sozialpartnern überlassen.³⁵⁷ Weiter schlug der Entwurf des Landes Brandenburg für ein Arbeitsvertragsgesetz eine entsprechende Neudefinition vor.³⁵⁸ Sie war dort in § 2 enthalten und sollte lauten:

„(1) Arbeitnehmer ist, wer persönlich aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages weisungsgebunden für einen anderen Dienste leistet, ohne aufgrund freiwillig übernommenen Unternehmerrisikos selbständig am Markt aufzutreten. Auch die zu ihrer Ausbildung Beschäftigten sind Arbeitnehmer.

(2) Kann jemand nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, wird unwiderlegbar vermutet, dass er Arbeitnehmer ist. Arbeitet jemand ohne eigene Mitarbeiter oder ohne eigenes Betriebskapital für einen anderen, so wird vermutet, dass er Arbeitnehmer ist.“

³⁵⁴ Näher dazu Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 43 ff., wo von „Befriedungsfunktion“ die Rede ist.

³⁵⁵ Zu entsprechenden Überlegungen und Forschungen in den USA s. Kittur/Nickerson/Bernstein u.a., in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 180 ff., 189 ff. Gewerkschaftliche Perspektiven sind dargelegt bei Benner in: Dies. (Hrsg.), Crowdwork, S.289 ff. „Soziale Leitplanken“ verlangt Müller-Gemmeke, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 355ff.

³⁵⁶ Vgl. Schwemmler/Wedde, S. 62 mit näheren Zahlenangaben.

³⁵⁷ Wiedergegeben bei Müller-Gemmeke, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 362.

³⁵⁸ BR-Drucksache 671/96

Würde man diese Formulierungen zugrunde legen, so wäre insbesondere Abs. 2 für Crowdworker relevant. Dessen Satz 1 würde eingreifen, wenn die Aufträge von ihrer Terminierung her so beschaffen wären, dass keine zeitliche Dispositionsfreiheit mehr besteht. Sehr viel häufiger würde wohl die Regelung des Satz 2 eingreifen, wonach das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses deshalb widerleglich vermutet wird, wenn der Crowdworker keine eigenen Mitarbeiter hat; ob man den ihm gehörenden Computer als „eigenes Betriebskapital“ qualifizieren kann, soll daher dahinstehen. Allerdings bleibt bei dieser Konstruktion offen, ob der Gegenbeweis dadurch geführt werden kann, dass keine Weisungen erteilt werden, weil alles bereits im Vertrag festgelegt ist. Die Formulierung „weisungsgebunden“ dürfte allerdings darauf hinweisen, dass es nicht darauf ankommt, ob Weisungen im Einzelfall erteilt oder bereits im Vertrag vorweggenommen werden. Um solche Zweifelsfragen zu vermeiden, wird eine leicht modifizierte Formulierung vorgeschlagen, die lautet:

„(1) Arbeitnehmer sind alle Personen, die nicht als Unternehmer gegen Entgelt tätig sind. Unternehmer ist, wer seine Tätigkeit selbst bestimmt und am Markt für Güter und Dienstleistungen freiwillig ein Risiko übernimmt, das in angemessenem Verhältnis zu den Chancen steht.

(2) Kann jemand nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, wird unwiderleglich vermutet, dass er Arbeitnehmer ist.

(3) Arbeitet jemand im Wesentlichen ohne eigene Mitarbeiter oder ohne eigenes Betriebskapital für einen anderen, so wird vermutet, dass er Arbeitnehmer ist.“

Die Absätze 2 und 3 entsprechen dem Vorschlag des Landes Brandenburg, während Abs. 1 Satz 1 dem Vorschlag von Wank³⁵⁹ entsprechend aus den Arbeitnehmern eine „Auffanggröße“ macht, also alle Personen einbezieht, die Erwerbsarbeit leisten und nicht als Unternehmer tätig sind. Insoweit käme es nicht mehr darauf an, ob ein Crowdworker zeitliche Spielräume hat oder ob er ohne eigene Mitarbeiter tätig wird.³⁶⁰

Als Standort kommt die GewO in Betracht, da dort in den §§ 105 – 110 bereits allgemeine Fragen des Arbeitsvertragsrechts geregelt sind.³⁶¹ § 6 Abs. 2 GewO bestimmt, dass die §§ 105

³⁵⁹ Oben I 4

³⁶⁰ Ähnlicher Vorschlag bei Wolmerath, FS Däubler, S. 717, 727 zur „Sicherung des Arbeitsrechts in der virtuellen Arbeitswelt“

³⁶¹ Zu dem Vorschlag, dies zu einem „Allgemeinen Teil“ des Arbeitsvertragsrechts auszubauen, s. Däubler, FS Jobst-Hubertus Bauer, S. 253, 256 ff.

ff. auf „alle Arbeitnehmer“ Anwendung finden, also nicht nur auf solche, die für einen Gewerbetreibenden tätig sind. Es würde sich anbieten, die hier vorgeschlagene Bestimmung dort anzufügen.

Die Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs könnte insoweit auf Widerstand stoßen, als dadurch nicht allein Crowdworker, sondern zahlreiche andere Beschäftigtengruppen in das Arbeitsrecht einbezogen werden, die derzeit allenfalls arbeitnehmerähnliche Personen sind. Insoweit könnte es sich anbieten, die Erweiterung auf Crowdworker zu beschränken und etwa zu bestimmen:

„Arbeitnehmer ist auch, wer sich aufgrund einer allgemeinen Aufforderung im Internet bei einem Anbieter meldet und zu den im Wesentlichen von diesem festgelegten Arbeitsbedingungen für ihn tätig ist.“

Eine derartige Sonderregelung fällt keineswegs aus dem Rahmen, weil auch § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Telearbeit ausdrücklich in das Gesetz einbezieht und so auf eine bestimmte Arbeitsform Bezug nimmt. Die vorgeschlagene Formulierung stellt auf eine „allgemeine Aufforderung“ im Internet ab, um so etwaige Zweifelsfragen über den Begriff der Ausschreibung von vorne herein nicht entstehen zu lassen. Die Arbeitsbedingungen müssen nur „im Wesentlichen“ von der Plattform oder dem Unternehmen vorgegeben werden, da sonst durch Verhandlungen oder Auswahlmöglichkeiten über einen Nebenpunkt die Gleichstellung mit dem Arbeitnehmer und damit auch die Anwendung des Arbeitsrechts vermieden werden könnte.

c. Folgen im Einzelnen

Die Gleichstellung mit einem Arbeitnehmer ändert an der oben³⁶² skizzierten AGB-Kontrolle im Grundsatz nichts. In den genannten Beispielsfällen würden die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ im Sinne des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB nicht zu einem abweichenden Resultat führen. Allerdings gäbe es wegen § 15 UKlaG keine Verbandsklage wegen unzulässiger AGB. Die kartellrechtlichen Korrektive würden entfallen; der Arbeitgeber hätte weniger Probleme, Urheberrechte und andere gewerbliche Schutzrechte zu erwerben.³⁶³

³⁶² D II 2 b

³⁶³ Überblick bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 549 ff.

Auf der anderen Seite finden alle Institutionen des individuellen wie des kollektiven Arbeitsrechts Anwendung. Dies führt allerdings nicht dazu, dass sie automatisch mit Leben erfüllt würden. Schwierigkeiten ergeben sich etwa dadurch, dass die Plattform bzw. das Unternehmen an sich frei sind, Aufträge zu erteilen oder dies nicht zu tun. Wendet man dagegen arbeitsrechtliche Grundsätze an, muss der Crowdworker im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit beschäftigt, d. h. mit Arbeit versorgt werden. Unterbleibt dies, muss ihm gleichwohl das vorgesehene Entgelt bezahlt werden. Notwendig ist also eine Regelung nach Art des § 11 HAG, wonach die vorhandene Arbeit gleichmäßig und entsprechend der Leistungsfähigkeit der Interessenten unter diese verteilt werden soll. Gegenüber im Ausland ansässigen Vertragspartnern dürfte dies schwer durchsetzbar sein.

Weiter ist zweifelhaft, ob es jemals zu einer relevanten Anzahl von Gewerkschaftsmitgliedern und zu Tarifverträgen kommen wird. Insoweit könnte allerdings die weitere Entwicklung abgewartet werden. Als Auffanglösung stünde eine Regelung nach dem Vorbild der §§ 17 ff. HAG zur Verfügung; danach könnten für die in Deutschland tätigen Crowdworker Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen durch einen paritätisch besetzten Ausschuss festgelegt werden.

Soweit die Beschäftigung von Crowdworkern die betriebliche Arbeit nur ergänzt, der Arbeitgeber also ihnen gegenüber als Auftraggeber fungiert, stehen dem Betriebsrat bestimmte Informations- und Einwirkungsrechte zu, die denen bei anderen Werkverträgen entsprechen.³⁶⁴ Diese sind zwar bescheiden, aber immerhin existent; durch Tarifvertrag könnten sie erweitert werden. Auch lassen sich die Einflussmöglichkeiten eines Betriebsrats in manchen Betrieben nicht allein nach seiner Rechtsstellung bestimmen.

Die Situation ist sehr viel problematischer, wenn ein Unternehmen (fast) ausschließlich Crowdworker beschäftigt, was insbesondere bei Plattformen der Fall sein wird, die Verträge nicht nur vermitteln, sondern selbst abschließen. Hier ist in aller Regel schon das Vorliegen eines Betriebs als „Grundeinheit“ zweifelhaft, so dass die Wahl eines Betriebsrats auf Schwierigkeiten stößt. Bei deutschen Plattformen und anderen Unternehmen würde man vermutlich alle zum gleichen „Arbeitgeber“ gehörenden Beschäftigten zu einem Betrieb zusammenfassen. Dabei bleibt allerdings die Frage offen, ob im konkreten Fall nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG für bestimmte Betriebsteile wegen großer räumlicher Entfernung ein

³⁶⁴ Näher Klebe, in: Benner (Hrsg.), Crowdworking, S. 277 ff.

eigener Betriebsrat gewählt werden muss. Auch aus diesem Grund empfiehlt es sich dringend, durch Tarifvertrag von den Möglichkeiten des § 3 BetrVG Gebrauch zu machen und den „Wahlkreis“ bzw. die „Wahlkreise“ autonom zu bestimmen.³⁶⁵ Bei ausländischen Plattformen und Unternehmen wäre die Situation im Prinzip keine andere, doch hätte die Rechtsprechung zu klären, ob wegen Fehlens selbst eines untergeordneten Entscheidungszentrums in Deutschland überhaupt ein Betrieb oder Betriebsteil vorliegen kann.

Ein neues Regelungsproblem ergibt sich dadurch, dass die Kontakte anders als im sonstigen Arbeitsrecht häufig nicht auf eine dauerhafte Beziehung ausgerichtet sind.³⁶⁶ Ist eine Vielzahl von Anbietern auf dem Markt, wird es häufig nur zu „Kurzarbeitsverhältnissen“ kommen, die nur wenige Stunden oder einen Tag in Anspruch nehmen. Dies ist an sich nichts absolut Ungewöhnliches, wie u. a. auch § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV deutlich macht („längstens 50 Arbeitstage im Jahr“). Bei hoher Fluktuation verliert die Betriebsverfassung jedoch ihren Sinn, wenn beispielsweise auch solche Personen mitgezählt werden, die im Zeitpunkt des Wahlauschreibens nur für zwei Tage im Unternehmen beschäftigt sind. Ebenso problematisch ist es, wenn am Wahltag viele Kurzarbeitsbeschäftigte zur Wahlurne gehen dürfen, obwohl sie von den Entscheidungen des zu wählenden Betriebsrats gar nicht betroffen sind, weil dann ihre Beschäftigung längst ausgelaufen ist. Grundsätzlich kann eine solche Konstellation auch heute schon eintreten, doch handelt es sich um absolute Sonderfälle; im hier interessierenden Bereich könnte dies jedoch zur Regel werden. Deshalb läge es nahe, ähnlich wie bei Leiharbeitnehmern nach § 7 Satz 2 BetrVG darauf abzustellen, ob die fraglichen Personen seit mehr als drei Monaten im Betrieb beschäftigt sind oder insgesamt für einen entsprechenden Zeitraum dort eingesetzt werden sollen. Der Arbeitsumfang kann genau wie bei traditionellen Teilzeitkräften keine Rolle spielen.

3. Möglichkeiten der Abhilfe: Weiterentwicklung zu einem „sozialen Zivilrecht“?

Theoretisch wäre denkbar, die anwendbaren zivilrechtlichen Strukturen in einer Weise weiter zu entwickeln, dass auch mit ihrer Hilfe dem Schutzbedarf des Crowdworkers Rechnung getragen wäre.³⁶⁷ Dabei müssten allerdings häufig arbeitsrechtliche Regelungen einschließlich

³⁶⁵ Für eine Anwendung des § 3 BetrVG in diesem Zusammenhang auch vbw, Modernes Arbeitsrecht, S. 13

³⁶⁶ Zum parallel liegenden Fall des virtuellen Unternehmens, das sich wie eine ARGE in der Bauwirtschaft nur zur Bewältigung bestimmter Aufgaben bildet, s. Wolmerath, FS Däubler, S. 718 ff.

³⁶⁷ Für die Entwicklung von Schutzkonzepten im Rahmen zivilrechtlicher Vertragsformen Kocher KJ 2013, 145, 151

des HAG übernommen werden, da von der Sache her keine anderen Gestaltungen in Betracht kommen.

Das Recht des Werkvertrags oder des Dienstvertrags könnte im Grundsatz an die besondere Situation des Crowdworkers angepasst werden. Bezüglich der Versorgung mit Aufträgen müsste dasselbe wie im Arbeitsrecht gelten; der Crowdworker darf nicht bei der Vergabe von Aufträgen übergangen und so wirtschaftlich „ausgehungert“ werden. Eine solche Vorgabe ließe sich zusätzlich auf eine gewisse Parallele zu dem kartellrechtlichen Grundsatz stützen, wonach marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen bestimmte Abnehmer nicht vom Bezug wichtiger Produkte ausschließen dürfen.³⁶⁸

Ein Bestandsschutz lässt sich auch im Zivilrecht entwickeln, was nicht zuletzt das Wohnungsmietrecht zeigt. In § 575 Abs. 1 BGB begrenzt es z. B. die Befristung ungleich stärker als dies § 14 TzBfG im Arbeitsrecht tut. Auch ist die Kündigung wegen Eigenbedarfs auf einen sehr viel engeren Bereich beschränkt als die betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG.

Keine Ansätze bietet jedoch das Zivilrecht bei der kollektiven Interessenvertretung. Verbände selbständiger Gewerbetreibender haben keine spezifische Kampfmittel, können aber u. U. ihre Mitglieder auffordern, vorübergehend ihre Dienste nur noch eingeschränkt oder nicht mehr anzubieten, beispielsweise als niedergelassene Ärzte nur noch dringende Fälle zu behandeln. Die Einzelnen machen insoweit von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch, was streikähnliche Wirkungen entfalten kann. Auf der anderen Seite hat das Zivilrecht jedoch kein Rechtsinstitut ausgebildet, durch das die Ergebnisse von Auseinandersetzungen festgeschrieben und für alle Beteiligten verbindlich gemacht können. Faktisch geschieht dies auf informellem Wege oder in der Weise, dass eine einseitig erlassene Regelung wie eine Gebührenordnung in einer Weise geändert wird, die dem gefundenen Kompromiss entspricht. Keine unmittelbare Entsprechung hat auch die Betriebsverfassung. Vertretungsgremien findet man in Form des Heimbeirats nach § 10 Heimgesetz³⁶⁹, dem jedoch nur Mitwirkungsrechte zukommen, sowie im Fall eines „Mieterbeirats“, den eine Vermietungsgesellschaft auf freiwilliger Grundlage einrichten kann. Ein Gremium nach Art eines Betriebsrats zu schaffen, dem Mitbestimmungsrechte zustehen, wäre in der Theorie möglich, würde jedoch sehr viel mehr

³⁶⁸ S. oben III 4

³⁶⁹ Neugefasst durch Bekanntmachung vom 5.11.2001, BGBl I S. 2970, zuletzt geändert durch Art. 3 Satz 2 Gesetz vom 29.7.2009, BGBl I S. 2319

Friktionen mit anderen Teilen des Zivilrechts hervorrufen als dies bei einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Normen der Fall ist. Rechtspolitisch ist daher von dem zivilrechtlichen Weg eher abzuraten.

4. Durchsetzungsperspektiven

Ob es zu einer Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des hier Dargestellten oder zu einer Einbeziehung der Crowdworker in das Arbeitsrecht kommt, lässt sich nicht sicher voraussagen. Möglich ist nur, Faktoren und Konstellationen herauszuarbeiten, angesichts derer höhere oder geringere Realisierungschancen bestehen. Gesetzgebung ist ein komplexer Prozess, dessen konkrete Verläufe auch von subjektiven Eigenschaften und Präferenzen einzelner Entscheidungsträger abhängen, die sich im Regelfall einer genauen Erfassung durch den Beobachter entziehen.

a) Der Bedarf nach klaren Fakten

Die Chancen einer rationalen Entscheidung erhöhen sich, wenn exakte Kenntnisse über den zu regelnden Bereich vorliegen. Dies einmal deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber verlangt, sich bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sachkundig zu machen, um eine adäquate Entscheidung treffen zu können. Da dies beispielsweise bei der Festlegung des Hartz IV – Regelsatzes nicht geschehen war, wurden die (damaligen) Vorschriften des SGB II für verfassungswidrig erklärt.³⁷⁰ Zum andern ist eine objektive und umfassende Aufklärung des Sachverhalts aber auch deshalb von großem Nutzen, weil auf diese Weise reale, aber auch vermeintliche Schutzdefizite herausgearbeitet werden können. Dies erleichtert entscheidend die Argumentation für oder gegen eine bestimmte Regelung. Es empfiehlt sich deshalb, die Realität des Crowdfunding weiter im Blick zu behalten und die soziale Situation der in diesem Rahmen Arbeitenden möglichst umfassend aufzuklären. So ist etwa nicht bekannt, wie viele Crowdworker diese Tätigkeit als Haupterwerbsquelle nutzen und wie viele sie nur als Nebenerwerb oder „Hobby“ begreifen. Für die Beurteilung des realen Regelungsbedürfnisses ist dies von entscheidender Bedeutung.

b) Akteure, die Veränderungen fordern

³⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 –, BVerfGE 125, 175-260 = NJW 2010, 505

Eine gesetzliche Regelung oder eine innovative Rechtsprechung, die etwa den Arbeitnehmerbegriff ausweitet, ist aller Voraussicht nach nicht allein das Werk wohlwollender, sozial engagierter Menschen. Vielmehr gibt es eine ganze Reihe von Akteuren, die eine solche Entscheidung vorbereiten, gewissermaßen die notwendige Atmosphäre schaffen und bestehende Interessen bewusst machen. Daneben ist auch an Akteure zu denken, die einem solchen Prozess ablehnend gegenüber stehen und ihren Einfluss in diesem Sinne zur Geltung bringen.

Geht es um arbeitsrechtliche Veränderungen, treten typischerweise als „Fordernde“ die Gewerkschaften auf. Bisweilen artikulieren sich auch Betriebsräte (etwa in Form von Unterschriftensammlungen), was im politischen Bereich höhere Wirkung entfalten kann, weil sie Wähler aller Parteien vertreten, während die Gewerkschaften in dem Ruf stehen, hauptsächlich einer Partei politisch verbunden zu sein.

Artikulieren sich Gewerkschaften und Betriebsräte, so kann dies von den öffentlichen Medien aufgegriffen werden. Dies setzt voraus, dass die „Fordernden“ über präzise Informationen zur sozialen Realität verfügen, insbesondere konkrete Fälle benennen können, die Interesse erwecken und der Verallgemeinerung zugänglich sind. In den vergangenen Jahren hat es einige Fälle dieser Art gegeben. Zu erinnern ist etwa an das öffentliche Interesse am „Fall Emmely“, also an der Problematik, dass Arbeitnehmer mit 25-jähriger Betriebszugehörigkeiten ihren Arbeitsplatz verlieren können, weil sie sich einen geringwertigen Gegenstand oder Geld von 1 bis 2 Euro angeeignet haben.³⁷¹ Ähnlich große Aufmerksamkeit erfuhr die Praxis der Firma Schlecker, Beschäftigten zu kündigen und sie anschließend zu geringeren Vergütungen als Arbeitnehmer der konzerneigenen Verleihfirma „Meniar“³⁷² mit einer vergleichbaren Tätigkeit oder gar am alten Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Die öffentliche Empörung über dieses „Drehtürmodell“ (erst raus, dann zu schlechteren Bedingungen wieder rein) hat dazu geführt, dass im Rahmen einer Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein solches Vorgehen wirtschaftlich uninteressant gemacht wurde: Wer innerhalb eines halben Jahres als Leiharbeiter in einen Betrieb des Konzerns zurückkehrt, für den er bisher gearbeitet hat, darf nicht nach den Leiharbeitstarifen bezahlt werden; vielmehr hat er nach § 9 Nr. 2 letzter Satz AÜG einen Anspruch auf gleiche Bezahlung und gleiche wesentliche Arbeitsbedingungen wie die

³⁷¹ Dazu grundlegend BAG Urteil v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1239 - Emmely

³⁷² Abkürzung für „Menschen in Arbeit“

Stammkräfte im Einsatzbetrieb („Equal Pay und Equal Treatment“). Auch der Erlass des Mindestlohngesetzes war nicht zuletzt Ergebnis einer langjährigen öffentlichen Diskussion. Auf der anderen Seite kann es auch „Missstände“ geben, die zu keinerlei sichtbaren politische Reaktionen führen. So wurden etwa ca. 30 Beschäftigte einer Frankfurter Maredo-Gaststätte heimlich durch Videokameras und Privatdetektive überwacht, weil sie dem Betriebsüblichen entsprechend übrig gebliebene Speisen verzehrten; ein neues Management hatte dies ausdrücklich verboten. Nachdem genügend Material gesammelt war, wurden bei „Schichtwechsel“ nachmittags um 4 Uhr die Ausgänge von einem privaten Sicherheitsdienst besetzt; den Beschäftigten wurde das gesammelte Beweismaterial vorgestellt. Anschließend wurden sie vor die Alternative gestellt, entweder einen Aufhebungsvertrag zu schließen oder sich fristlos kündigen zu lassen. Erst nachdem sich alle für die eine oder die andere Alternative entschieden hatten, wurden die Eingänge wieder frei gegeben.³⁷³ Diese Vorgänge führten trotz engagierter Proteste der zuständigen Gewerkschaft nicht etwa dazu, dass heimliche Videoaufnahmen verboten wurden; die Schwelle einer überregionalen Aufmerksamkeit („da muss etwas geschehen“) war offensichtlich nicht erreicht.

c) Akteure, die die öffentliche Meinung beeinflussen

Ob der Gesetzgeber aufgrund von Forderungen tätig wird, die öffentliche Unterstützung finden, hängt einmal davon ab, ob sich in der Öffentlichkeit eine einheitliche Meinung herausgebildet hat oder ob es differenzierte Positionen gibt. Dabei spielt es im sozialpolitischen Bereich eine große Rolle, ob sich als ungerecht empfundene Benachteiligungen im Inland abspielen oder ob nur im Ausland arbeitende Menschen betroffen sind. Zwar gibt es in der Öffentlichkeit bisweilen auch ein „altruistisches“ Engagement zugunsten von Menschen in Entwicklungs- und Schwellenländern, doch bleibt es bislang im wesentlichen den Unternehmen überlassen, ob sie sich durch „Verhaltenskodizes“ oder Vereinbarungen mit internationalen Gewerkschaftsorganisationen zur Einhaltung von Mindeststandards verpflichten wollen, deren Verbindlichkeit überdies zweifelhaft ist. Ernsthafte Bemühungen um gesetzliche Regelungen kommen nur in Betracht, wenn die von einem „Missstand“ oder einer „Ungerechtigkeit“ Betroffenen im Inland ansässig sind, so dass sich zahlreiche Menschen vorstellen können, in eine vergleichbare Lage zu kommen.

³⁷³ Kurze Schilderung bei AiB-plus 3/2013 S. 24

Zur „Öffentlichkeit“, die für die Durchsetzungschancen von Forderungen erhebliche Bedeutung besitzt, gehört auch die Fachöffentlichkeit. Ökonomen und Sozialwissenschaftler sind insbesondere bei der Aufklärung des Sachverhalts gefragt; Juristen, die insbesondere in Ministerien über eine relativ starke Stellung verfügen, untersuchen die „Machbarkeit“ und die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Dabei können sie sowohl als „Bremsen“ wie auch als „Beschleuniger“ in Erscheinung treten. Welchen Einfluss diese Fachöffentlichkeiten im Einzelnen haben, mag auch von subjektiven Zufälligkeiten wie den Vorkenntnissen der politischen Entscheidungsträger abhängen. Genaue Informationen dazu sind nicht ersichtlich.

In die Öffentlichkeit gehen ggf. Stellungnahmen aus der Zivilgesellschaft ein. Wird ein Problem als „erhebliches“ wahrgenommen, schalten sich je nach Gegenstand bestimmte Verbände, aber auch Kirchen ein, deren Stellungnahmen ein mehr oder weniger großes Gewicht zukommt.

d) Die Interessenlage der Unternehmen

Bei arbeitsrechtlichen Forderungen besteht die Besonderheit, dass ihre Realisierung häufig Kosten für die Unternehmen verursacht. Auch kann es Fälle geben, in denen für die Personalabteilungen zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, was derzeit im Zusammenhang mit dem Mindestlohngesetz diskutiert wird. Die „Kostenempfindlichkeit“ von Unternehmen ist verständlicherweise von deren wirtschaftlicher Situation abhängig, die sehr unterschiedlich ist. Die Unternehmerverbände werden sich dabei häufig die Belange ihrer wirtschaftlich schwächsten Mitglieder zueigen machen, weil dies auch die besser gestellten entlastet, also zu einem Konsens unter allen Mitgliedern führt und so die Legitimation des Verbandes sichert. Angesichts des internationalen Wettbewerbs wird jede Kostenbelastung engagiert abgelehnt. Die an gesetzgeberischen Entscheidungen beteiligten politischen Parteien betrachten eine starke Stellung deutscher Unternehmen auf dem internationalen Markt gewissermaßen als unverrückbares Datum, zu dem man sich nicht in Widerspruch setzen will. Von daher haben Forderungen, die mit Kostenbelastungen verbunden sind, von vorne herein im politischen Raum einen sehr schweren Stand.

Mittel- bis langfristig denkende Unternehmen und ihre Verbände sehen selbstredend nicht nur eine aktuelle Kostenbelastung. Die Bezahlung der Beschäftigten und die Entwicklung einer guten Arbeitsatmosphäre sind entscheidende Voraussetzungen für die Beibehaltung oder

Steigerung der Arbeitsproduktivität, die zu einem beträchtlichen Teil von der Motivation der Beschäftigten, insbesondere ihrer Identifizierung mit ihren Aufgaben abhängt. Unzufriedenheit im Betrieb, die sich in erheblicher Fluktuation und hohem Krankenstand, im Extremfall auch in einer bewussten Arbeitszurückhaltung oder in Streiks niederschlagen kann, sind Signale dafür, dass die Bezahlung und/oder die Umgangsformen einer Verbesserung bedürfen. Relevant ist dies insbesondere dort, wo Menschen mit Spezialkenntnissen benötigt werden, die nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten ersetzt werden können. Bei anderen Tätigkeiten kann eine Reaktion auf Unzufriedenheit auch darin bestehen, die Beschäftigten auszutauschen oder einzelne Funktionen bewusst ins Ausland, in eine Niedriglohnumgebung zu verlagern, wo sich vermutlich die Unzufriedenheit gar nicht oder ungleich weniger artikulieren wird.

Keine Rolle spielt bisher in Deutschland die Überlegung, die Unzufriedenheit könne so weit gehen, dass das Wirtschaftssystem selbst in Frage gestellt werde. Dies würde sehr viel weitergehende Konzessionen nahelegen. Initiativen wie die Occupy-Bewegung werden nicht von betrieblichen Interessenvertretern, sondern von anderen Kräften getragen, so dass sie nicht in den Inhalt einer möglichen Reformagenda zum Arbeitsrecht eingehen. In anderen europäischen Ländern mag dies nicht so sein,³⁷⁴ für Deutschland bestehen insoweit jedenfalls keine Zweifel. Auch eine langfristige Gefahr, wie sie vermutlich in den fünfziger und sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts für den Fall eines wirtschaftlichen Erfolgs des konkurrierenden Wirtschaftssystems im Osten gesehen wurde, ist derzeit ohne Bedeutung. Es bleibt also letztlich dabei, dass die Arbeitgeberseite nur solchen Reformen zustimmen wird, von denen auf lange Sicht eine Verbesserung ihrer eigenen Position, insbesondere eine Erhöhung der Produktivität erwartet werden kann. Auch hierbei können subjektive Faktoren eine erhebliche Rolle spielen, da die langfristige Perspektive keineswegs Gemeingut ist – man findet sie am ehesten bei einzelnen Verbänden. Der sog. Wittenberg-Prozess in der chemischen Industrie mag hierfür als Beispiel stehen,³⁷⁵ doch wird berichtet, dass die Umsetzung der in der einschlägigen Sozialpartnervereinbarung niedergelegten Grundsätze in vielen Unternehmen „im Sande verläuft“. Auf der Ebene einzelner Unternehmen ist langfristiges sozialpolitisches Denken seltener anzutreffen. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass der Gesetzgeber intervenieren musste, um die Vergütungen von Bankvorständen

³⁷⁴ Zu den Protestbewegungen s. etwa Castells, *Networks of Outrage and Hope. Social Movements in the Internet Age*, Cambridge 2012.

³⁷⁵ Dazu IGBCE/BAVC (Hrsg.), *Verantwortliches Handeln in der Sozialen Marktwirtschaft – Der Wittenberg-Prozess der Chemie-Sozialpartner* – Heidelberg 2009

und anderen Bankmitarbeitern an den mittelfristigen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu koppeln.³⁷⁶

e) Reformchancen bei Crowdfunding

Welche Chancen ergeben sich unter diesen Umständen für Crowdworker, ihre Situation in dem oben skizzierten Sinne zu verbessern? Im Vergleich zu allgemeinen arbeitsrechtlichen Forderungen ergeben sich ein paar Besonderheiten.

Ein beträchtlicher Teil der Crowdworker arbeitet voraussichtlich in Ländern mit einem Lohnniveau, das weit unter dem deutschen liegt. Schon die räumliche Entfernung, aber auch die unterschiedliche Nationalität führen dazu, dass im Grundsatz keine Initiativen zugunsten dieser Beschäftigtengruppe zu erwarten sind. Dies ist allenfalls dann anders, wenn in einem Betrieb eine konkrete Verlagerung von Arbeitsplätzen droht. Dies ist aber kein Spezifikum des Crowdfunding; vielmehr gibt es Beispiele hierfür in großer Zahl aus den letzten zwanzig Jahren, ohne dass dies zu mehr als betrieblichen Gegenaktionen geführt hätte. So betraf etwa die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, dass auch ein Sozialplantarifvertrag erstreikbar sei, der erheblich höhere Leistungen als die in einem Sozialplan üblichen vorsieht, eine drohende Verlagerung ins Ausland.³⁷⁷ Eine Verbesserung der im Ausland praktizierten Lohn- und Arbeitsbedingungen war praktisch nie Gegenstand rechtspolitischer Forderungen. Hierfür fehlten nicht nur die bewusstseinsmäßigen Voraussetzungen; vielmehr wäre auch die juristische Machbarkeit problematisch gewesen.

Erfolgreiche Initiativen lassen sich unter diesen Umständen am ehesten zugunsten von Crowdworkern vorstellen, die ihrer Tätigkeit im Inland nachgehen. Dabei wird man aber nicht erwarten können, dass sie ähnlich wie Arbeitnehmer in einem traditionellen, durch räumliche Nähe charakterisierten Betrieb in großer Zahl einer Gewerkschaft beitreten. Vielmehr spricht sehr viel mehr dafür, dass im Internet ein kritisches Forum entsteht, in das einzelne Betroffene ihre Erfahrungen einbringen können. Vorbild könnte „Turkopticon“ sein, das sich in den USA gebildet hat und wo die bei Amazon Mechanical Turk tätigen Crowdworker sich über die Erfahrungen mit einzelnen Auftraggebern austauschen und ggf. davon abraten, mit einzelnen von ihnen Verträge zu schließen.³⁷⁸ Insoweit ist der Weg in die Öffentlichkeit möglicherweise

³⁷⁶ Dazu Däubler, Sonderarbeitsrecht für Finanzdienstleister, AuR 2012, 380 ff.

³⁷⁷ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 - NZA 2007, 987. Weitere Fälle bei DKKW-Däubler § 111 Rn. 15 ff.

³⁷⁸ Dazu Irani/Silberman, Turkopticon, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? S. 131 ff.

sehr viel kürzer als bei anderen Problemen des Arbeitslebens, die erst vermittelt durch Interessenvertretungen, insbesondere durch Gewerkschaften, eine größere Öffentlichkeit erreichen. Dass sich die Gewerkschaften der bekannt werdenden Probleme dann annehmen, kann allerdings als relativ sicher vorausgesetzt werden.

Ein wesentlicher Faktor für ein über die unmittelbar Betroffenen hinausgehendes Engagement wird sein, inwieweit andere Beschäftigte die Gefahr sehen, dass sie in den Strudel der Entwicklung gerissen und durch einen Crowdworker ersetzt werden oder selbst in dieser Rolle tätig werden müssen. Die objektive Gefahr, dass Crowdfunding zu einer sehr weit verbreiteten Arbeitsform wird, ist nicht von der Hand zu weisen.³⁷⁹ Entsprechende Möglichkeiten auch auf betrieblicher Ebene rechtzeitig zu identifizieren, ist eine wichtige Aufgabe von Betriebsräten und Gewerkschaften.

Unterstellt, Crowdfunding wird im Laufe der Jahre zu einer verbreiteten Arbeitsform, so wird auf Beschäftigtenseite die Forderung viel Unterstützung finden, auch insoweit arbeitsrechtliche Grundsätze anzuwenden. In der Öffentlichkeit kann dies gleichfalls der Fall sein, was aber insbesondere davon abhängt, ob „Missstände“ einer Überausbeutung auftreten, die großes öffentliches Interesse finden. Für die Unternehmen kann die Frage eine große Rolle spielen, dass das Arbeitsrecht planbare Arbeitsbeziehungen ermöglicht, die nicht durch Resistenz, Streiks oder ein Übermaß an Fluktuation gekennzeichnet sind. Das Beharren auf den zivilrechtlichen Grundsätzen für Werkverträge kann zwar kurzfristig Kosten sparen, doch besteht die Gefahr, dass sich mittelfristig keine verlässlichen Zusammenarbeitsformen insbesondere mit Fachkräften ergeben. Inwieweit diese Perspektive von den Entscheidungsträgern geteilt wird, lässt sich nicht prognostizieren. Der Hinweis auf diese Gefahren sollte aber nicht unterbleiben.

³⁷⁹ S. dazu die Angaben oben B I 2 b

E. Arbeit und Privatleben – die jederzeitige Erreichbarkeit

I. Die Ausgangssituation

Wie oben unter Abschnitt B II im Einzelnen geschildert, verschwimmt die Trennung zwischen Arbeitsplatz und Wohnung sowie zwischen Arbeit und Freizeit immer mehr. Für den einzelnen Arbeitnehmer schlägt sich dies häufig in einer Verlängerung der Arbeitszeit sowie insbesondere in jederzeitiger Erreichbarkeit nieder. Bei digitaler Arbeit bedeutet „Erreichbarkeit“, dass man nicht nur durch einen Anruf in anderen Aktivitäten ggf. gestört wird, sondern dass man nicht selten sofort mit der Arbeit beginnen muss. Dies kann im Einzelfall ausdrücklich angeordnet oder „nahegelegt“ werden. Denkbar ist aber auch, dass der Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb sogleich mit der Arbeit beginnt, weil er z. B. sonst am folgenden Tag zu viel Arbeit auf sich zukommen sieht oder weil er sich mit der Arbeit inhaltlich so stark identifiziert, dass er sie sofort angehen möchte.³⁸⁰

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, inwieweit das ArbZG einer Inanspruchnahme des Arbeitnehmers Grenzen setzt. Da vom Einzelnen schwerlich erwartet werden kann, dass er – von Extremfällen abgesehen – zu einem Auftrag einfach „nein“ sagt, obwohl er dies rechtlich könnte, sollen die Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats mit in die Betrachtung einbezogen werden. Gibt es hier Defizite, die durch eine gesetzliche Regelung behoben werden könnten?

II. Die Dauer der Arbeitszeit und ihre Begrenzung durch das ArbZG

Das geltende Recht bietet durchaus Möglichkeiten, sich einer übermäßigen Inanspruchnahme entgegen zu stellen.

Was zunächst die Vertrauensarbeitszeit betrifft, so hat das BAG den Grundsatz aufgestellt, der Arbeitgeber müsse seinen Betrieb so organisieren, dass der Betriebsrat jederzeit die

³⁸⁰ Schwemmler/Wedde (S. 73) sprechen von der „generation apple“ und betonen zu Recht, traditionell Arbeitende müssten vor Druck und Ausgrenzung geschützt werden.

Einhaltung der Tarifverträge und des ArbZG kontrollieren könne.³⁸¹ Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG muss er jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags dokumentieren. Dies gilt auch für mobile und digitale Arbeit, wobei sich der Arbeitgeber insoweit weithin auf die Angaben des Arbeitnehmers verlassen muss. Eine fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeit wird ihm dann nicht vorgeworfen werden können, wenn er die Angaben des Arbeitnehmers auf Plausibilität überprüft hat.³⁸² Daneben ist er ohne Rücksicht auf arbeitsvertragliche Abmachungen zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer gehalten, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers zu erfassen: Nur dann kann der Betriebsrat kontrollieren, ob die tariflichen Arbeitszeitgrenzen eingehalten sind, die 48-Stunden-Woche des ArbZG nicht überschritten und die Ruhezeit von 11 Stunden nach § 5 ArbZG eingehalten wurde.³⁸³

Treten im Betrieb Verstöße gegen das ArbZG zutage, so kann der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die zuständige Behörde einschalten. Ob er ihr in diesem Rahmen auch personenbezogene Daten übermitteln darf, ist nicht abschließend geklärt. Das BAG nimmt dies nur dann an, wenn der Betriebsrat oder die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten hat und schutzwürdige Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht entgegenstehen.³⁸⁴ Andere verweisen darauf, diese datenschutzrechtlichen Bedenken seien europarechtlich überholt, da der EuGH eine Datenübermittlung gebilligt habe, die die Aufsichtsbehörde in die Lage versetze, die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften zu kontrollieren.³⁸⁵ Legt man letzteres zugrunde, so könnte die Behörde für eine konsequente Einhaltung jedenfalls des ArbZG sorgen. Die Einhaltung der Tarifverträge kann sie dagegen nicht kontrollieren.

Mittelbar kann auch die Rechtsprechung des BAG zur Bezahlung von Überstunden einen Beitrag dazu leisten, dass die Arbeitszeit nicht ins Uferlose wächst und dass der Einzelne auch in Zukunft weiß, was im Einzelnen auf ihn zu kommt. Eine arbeitsvertragliche Klausel, wonach alle Überstunden durch das vereinbarte Bruttogehalt abgegolten seien, bezieht sich nicht auf solche Zeiten, die über das nach ArbZG Zulässige hinausgehen.³⁸⁶ Insoweit muss der Arbeitgeber eine zusätzliche Vergütung bezahlen, da das ArbZG nur eine Überforderung

³⁸¹ BAG NZA 2003, 1348

³⁸² Für Abschaffung des Ordnungswidrigkeitstatbestands bei fehlender Dokumentation dagegen vbw, *Moderne Arbeitswelt*, S. 10

³⁸³ BAG NZA 2003, 1348

³⁸⁴ BAG AuR 2003, 265

³⁸⁵ EuGH NZA 2013, 723; ebenso DKKW-Buschmann § 89 Rn. 25.

³⁸⁶ BAG NZA 2006, 149

vermeiden, nicht aber den Vergütungsanspruch ausschließen will,³⁸⁷ die Rechtsfolgen sind vom Verbotszweck her zu bestimmen. Auch die Pauschalierung als solche („erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten“) lässt sich nach einer späteren Entscheidung nicht mehr aufrecht erhalten, wenn die Zahl der voraussichtlich abzuleistenden Zusatzstunden unklar bleibt; insoweit fehlt es an der durch § 307 Abs.1 Satz 2 BGB geforderten Transparenz.³⁸⁸ An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn „die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“ An der Vergütungserwartung des Arbeitnehmers fehlt es allerdings (und dieser geht im Ergebnis leer aus), wenn es sich um einen überdurchschnittlich bezahlten angestellten Rechtsanwalt handelt, der mit der Möglichkeit seiner Übernahme als Partner rechnet.³⁸⁹ Auch die Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung soll im Regelfall die Vergütungserwartung entfallen lassen³⁹⁰ - eine sehr weitgehende Auffassung, die im Grunde alle Führungskräfte aus der speziellen Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausnimmt und die die Unwirksamkeit der Pauschalierungsabrede wirtschaftlich uninteressant werden lässt. Auch wenn man dies notgedrungen akzeptiert, bleiben zahlreiche Fälle, in denen eine Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit für den Arbeitgeber mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden ist. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber auffordern, seine Verpflichtungen effektiv einzuhalten; weitergehende Möglichkeiten stehen ihm aber nach geltendem Recht nicht zur Verfügung.

Sehr viel unklarer ist die rechtliche Situation in Bezug auf die Frage, wie die jederzeitige Erreichbarkeit arbeitszeitrechtlich zu qualifizieren ist. Nach traditioneller Auffassung liegt Bereitschaftsdienst (und damit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG) dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder in seiner Nähe aufhalten muss, um bei Bedarf sofort mit der Arbeit zu beginnen.³⁹¹ Von Rufbereitschaft (die nicht zur Arbeitszeit zählt) ist dagegen dann die Rede, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort im Prinzip frei wählen kann, jedoch erreichbar sein muss, um nach einer entsprechenden (meist telefonischen) Mitteilung binnen angemessener Zeit mit der Arbeit beginnen zu können.³⁹² Würde der Arbeitgeber den Zeitraum bis zum Arbeitsbeginn sehr knapp bemessen, beispielsweise eine Präsenz innerhalb von 20 Minuten verlangen, so wäre die freie Wahl des Aufenthaltsorts weitgehend entwertet,

³⁸⁷ BAG NZA 2006, 149 OS 2

³⁸⁸ BAG NZA 2011, 575

³⁸⁹ BAG NZA 2011, 1335

³⁹⁰ BAG NZA 2012, 861.

³⁹¹ Buschmann/Ulber, ArbZG, 8. Aufl. 2015, § 2 Rn. 17

³⁹² Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2 Rn. 53

so dass nach der Rechtsprechung Bereitschaftsdienst und keine Rufbereitschaft mehr vorliegt.³⁹³ Umgekehrt stellt ein Zeitraum von 45 Minuten das Vorliegen von Rufbereitschaft nicht in Frage.³⁹⁴ Wird lediglich „erwartet“, dass der Arbeitnehmer erreichbar ist und bei Bedarf einen Arbeitsauftrag erledigt, so ist dies nicht anders als eine ausdrückliche Abmachung zu behandeln, wenn derartigen „Erwartungen“ im Betrieb üblicherweise Rechnung getragen wird.³⁹⁵

Probleme ergeben sich dann, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort zwar völlig frei wählen kann, gleichzeitig jedoch erreichbar *und* in der Lage sein muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen – was eine realistische Annahme darstellt, wenn es sich um eine Tätigkeit im Internet handelt. Eine allgemein akzeptierte Lösung ist nicht in Sicht, weil die traditionelle Unterscheidung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft an einem festen Arbeitsort anknüpft, der hier nicht mehr gegeben ist. Soweit keine ausdrückliche tarifliche Regelung vorliegt, muss man nach dem Zweck der Unterscheidung fragen: Wer damit rechnen muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen, ist stärker beansprucht als jemand, der erst nach einer Stunde tätig werden muss. Dies spricht dafür, im ersten Falle Bereitschaftsdienst, im zweiten Rufbereitschaft anzunehmen. Entscheidet man sich in einer konkreten Konstellation für die erste Alternative (was in der Praxis schwierig sein wird, da telefonisch übermittelte Wünsche häufig keine so exakten Zeitvorgaben enthalten werden), so führt dies zu einer enormen Verlängerung der Arbeitszeit. Im Durchschnitt könnten – eine 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt – nur acht Stunden pro Woche als Bereitschaftsdienst verplant werden, es sei denn, man würde von den tariflichen Verlängerungsmöglichkeiten nach § 7 ArbZG Gebrauch machen. Vermutlich wird die Rechtsprechung Rufbereitschaft annehmen, um die Betriebe nicht in ernsthafte Schwierigkeiten zu bringen, und eine Ausnahme nur dann machen, wenn im konkreten Fall ausdrücklich auf einen sofortigen Arbeitsbeginn Wert gelegt wurde. Ist dies der Fall, kann der Betriebsrat auf Einhaltung des ArbZG dringen. Das BAG hat zum früheren § 15 Abs. 6b BAT entschieden, dass Rufbereitschaft vorliege, wenn jemand ein „Funktelefon“ in der Freizeit mitführen und nach einem Anruf über dieses Gerät Anordnungen treffen müsse.³⁹⁶ Das Gericht hat dabei aber überhaupt nicht geprüft, ob Bereitschaftsdienst vorliegen könne, obwohl ja ein Anruf sofortige Aktivitäten auslösen sollte (und ausgelöst hat). Insoweit ist die Frage nicht definitiv entschieden.

³⁹³ BAG ZTR 2002, 432 = NZA 2002, 871

³⁹⁴ BAG ZTR 2005, 27

³⁹⁵ Dies gegen Bissels/Domke/Wisskirchen DB 2010, 2052, die weder Bereitschaftsdienst noch Rufbereitschaft annehmen.

³⁹⁶ BAG DB 2001, 102

Eine „neue“ Frage ergibt sich dadurch, dass ein dienstlicher Anruf wie die sofortige Antwort auf eine dienstliche E-Mail „Arbeit“ darstellt, die automatisch die 11-Stunden-Ruhezeit des § 5 ArbZG auslöst. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung soll dies allerdings nicht gelten, wenn es sich um eine „geringfügige“ Unterbrechung der Freizeit³⁹⁷ oder wenn es sich um eine „nicht nennenswerte Arbeitsleistung“³⁹⁸ handelt. Eine gesetzliche Grundlage hierfür gibt es nicht.³⁹⁹ Das Gesetz bietet auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass nur solche Arbeitseinsätze ausgeschlossen sind, die die Erholung fühlbar beeinträchtigen⁴⁰⁰ - ganz abgesehen davon, dass dies schwierige Abgrenzungsprobleme aufwerfen würde.⁴⁰¹ Insoweit wäre der Gesetzgeber aufgefordert, eine Ausnahme vorzusehen, die gleichzeitig die Grenzen der Geringfügigkeit bestimmen müsste.

III. Die Lage der Arbeitszeit und ihre Begrenzung durch das ArbZG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kann der Betriebsrat über Beginn und Ende der Arbeitszeit und damit über deren Lage mitbestimmen. Das Gesetz verwendet hier einen weiteren Begriff der „Arbeitszeit“, der auch die Rufbereitschaft umfasst.⁴⁰² Rechtlich wäre also der Betriebsrat in der Lage, die Herausnahme bestimmter Zeiträume aus der Rufbereitschaft zu verlangen oder diese von vorne herein auf bestimmte Teile der Woche zu beschränken. Dasselbe gilt erst recht für den Bereitschaftsdienst. Im Falle des Dissenses mit dem Arbeitgeber entscheidet die Einigungsstelle.

In vielen Betrieben gibt es eine Betriebsvereinbarung über Arbeitszeit, wonach innerhalb eines bestimmten „Gleitzeitrahmens“, etwa von 7 Uhr bis 20 Uhr, gearbeitet wird. Was geschieht in einem solchen Fall, wenn der Arbeitgeber um 21 Uhr einen Arbeitnehmer zu Hause anruft und ihn um die Vorbereitung der morgigen Sitzung bittet, was ca. zwei Stunden in Anspruch nimmt? Da diese Lage der Arbeitszeit nicht durch die Betriebsvereinbarung

³⁹⁷ Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn 14; ähnlich Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054

³⁹⁸ Anzinger/Koberski § 5 Rn. 13

³⁹⁹ Buschmann PersR 2011, 249; Buschmann/Ulber § 5 Rn. 8; Falder NZA 2010, 1152; Hahn/Pfeiffer/Schubert-Jerchel § 5 Rn 15; Kohte/Faber/Feldhoff-Reim § 5 ArbZG Rn. 12; ErfK-Wank § 5 ArbZG Rn. 4; Zmarzlik BB 1993, 2009, 2011

⁴⁰⁰ So Baeck/Deutsch § 5 Rn. 14

⁴⁰¹ Richtig Kohte/Faber/Feldhoff-Reim § 5 ArbZG Rn. 12

⁴⁰² BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; DKKW-Klebe § 87 Rn 103; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn 127; Richardi-Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 303

gedeckt ist, ist insoweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht verbraucht; ohne seine Zustimmung darf außerhalb des Gleitzeitrahmens nicht gearbeitet werden. Geschieht es dennoch, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die dem Arbeitgeber verboten wird, eine solche Arbeit entgegen zu nehmen.⁴⁰³ Dies folgt auch aus der Pflicht zur Durchführung der Betriebsvereinbarung.⁴⁰⁴ Eine Ausnahme wurde nur dann gemacht, wenn der Betriebsrat zugestimmt oder die Einigungsstelle seine Zustimmung ersetzt hatte oder wenn ein Notfall vorlag. Die Entscheidung verdient Aufmerksamkeit, weil sich die Arbeiten ausschließlich über Mobiltelefone abgespielt hatten.

Große Aufmerksamkeit hat die bei VW seit August 2011 praktizierte Regelung gefunden, wonach zwischen 18:15 Uhr Abends und 7 Uhr in der Frühe und am Wochenende der Zugriff auf den dienstlichen Server gesperrt ist und die dienstlichen Blackberries und Smartphones nur noch zum Telefonieren benutzt werden können. Damit sind für insgesamt ca. 4000 Tarifbeschäftigte zu den fraglichen Zeiten E-Mails und Arbeiten im Internet ausgeschlossen.⁴⁰⁵ Als Beitrag zur Work-Life-Balance ist die Regelung bei VW mittlerweile weithin akzeptiert, obwohl Kritik nahe liegt: Es kann Zeiträume geben, in denen so viel Arbeit anfällt, dass der Einzelne beim besten Willen nicht um Viertel nach Sechs den „Griffel fallen lassen“ kann. Ist er dazu gezwungen, erhöht dies nur den Arbeitsdruck am folgenden Tag.⁴⁰⁶ Bei anderen Firmen wurde deshalb der Weg gegangen, die Zeiträume der Nicht-Erreichbarkeit den Absprachen in den Teams zu überlassen und die Vorgesetzten zu verpflichten, dabei die Beteiligten vor Überforderung zu schützen.⁴⁰⁷

IV. Neueinstellungen als erzwingbarer Ausweg?

Die Berufung auf das ArbZG und die Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG mögen im Einzelfall höchst hilfreich sein; ein Allheilmittel sind sie nicht. Wie bereits dargestellt, ist die Fähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers, sich gegen Zumutungen zur Wehr zu setzen, aus nachvollziehbaren Gründen relativ wenig ausgeprägt. Obwohl der abendliche Anruf keine absolut singuläre Erscheinung sein dürfte, ist der genannte Beschluss des ArbG Berlin der einzige, der sich mit diesem Phänomen auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass er in der

⁴⁰³ ArbG Berlin Beschluss v. 22. 3. 2012 – 54 BV 7072/11 – juris. Dazu eingehend Baunack AiB 2012, 500 ff.

⁴⁰⁴ Darauf stützte sich das ArbG Berlin sogar in erster Linie. Dazu Baunack AiB 2012, 500

⁴⁰⁵ Schilderung bei Giese AiB 9/2014 S. 64

⁴⁰⁶ Ähnlich Vogl/Nies, Mobile Arbeit, S. 160; s. weiter Boewe/Schulten Mitbestimmung Heft 4/2014 unter Bezugnahme auf Nies.

⁴⁰⁷ Giese AiB 9/2014 S. 65. Eher dem VW-Modell zuneigend Schwemmler/Wedde, S. 94

Fachliteratur nicht einmal im Wortlaut veröffentlicht wurde.⁴⁰⁸ Dies legt den Schluss nahe, dass im Normalfall eben nichts geschieht, wenn am Betriebsrat vorbei in den Abendstunden gearbeitet wird: Auch ist bislang kein Fall bekannt geworden, dass ein Arbeitnehmer sich auf § 5 ArbZG berufen und am folgenden Tag erst um 10 Uhr 30 an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre. „Die Arbeit muss gemacht werden“, wäre die Antwort, die man bei einer entsprechenden Frage in einem Betriebsräteseminar erhalten würde.

Lässt sich der Arbeitsdruck, der für diese „Extras“ verantwortlich ist, dadurch reduzieren, dass der Arbeitgeber zu Neueinstellungen veranlasst wird? Müsste nicht in vielen Fällen das allzu knapp kalkulierte Personal aufgestockt werden? Rechtliche Möglichkeiten dazu sind vorhanden, auch wenn von ihnen kaum Gebrauch gemacht wird. Im Folgenden sollen zwei Entscheidungen vorgestellt werden, deren Bekanntheitsgrad ähnlich wie im Fall des ArbG Berlin relativ gering geblieben ist.

Im Falle des ArbG Stuttgart⁴⁰⁹ ging es um einen Maschinenbaubetrieb mit ca. 900 Beschäftigten. Dort war eine Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeitkonten geschlossen worden. Bewegten sich die Zeitguthaben in einem definierten Rahmen und schied in einer Gruppe ein Mitarbeiter aus, so konnte der Betriebsrat verlangen, dass an seiner Stelle eine andere Person eingestellt wurde. Erreichte das durchschnittliche Arbeitszeitkonto einer (im Anhang näher beschriebenen) Gruppe mehr als 270 Plus-Stunden oder stieg es im Laufe eines Jahres um mehr als 150 Stunden an, so konnte der Betriebsrat Neueinstellungen verlangen, deren Umfang durch eine Formel festgelegt war. Die Betriebsvereinbarung war im Wege von Verhandlungen (ohne Einigungsstelle) zustande gekommen; ihre Gültigkeit war unbestritten. Die gerichtliche Auseinandersetzung bezog sich nur auf die Frage, ob der Betriebsrat verlangen konnte, dass die Stelle eines ausgeschiedenen unbefristet Beschäftigten wieder auf der Basis einer unbefristeten Beschäftigung besetzt werden musste. Dies lehnte das Gericht ab; die Betriebsvereinbarung lasse auch die Einstellung eines befristet Beschäftigten oder eines Leiharbeitnehmers zu. Wichtiger als diese Folgefrage ist allerdings der zugrunde liegende Gedanke, durch Erhaltung oder Aufstockung des Personals die Arbeitsmenge im Griff zu behalten, also dafür zu sorgen, dass der Einzelne nicht mit zu viel Arbeit überhäuft wird. Insoweit besteht im Ziel Übereinstimmung mit den sog. quantitativen Besetzungsregeln, die es seit Anfang des 20. Jahrhunderts in der Druckindustrie gibt.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Eine Fundstelle in einer Zeitschrift war nicht zu ermitteln; der Aufsatz von Baunack (AiB 2012, 500 ff.) ist bislang die einzige Stellungnahme in der Literatur.

⁴⁰⁹ Beschluss v. 13. 1. 2009 – 3 BV 131/08 (soweit ersichtlich unveröffentlicht)

⁴¹⁰ Vgl. Hensche/Heuschmid in: Däubler (Hrsg.), TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 846 ff.

Ein zweiter Fall war vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden und betraf das Eingreifen der Gewerbeaufsicht.⁴¹¹ Ein Presseunternehmen hatte seine Redakteure in der BUNTE-Redaktion weit über die täglichen acht Stunden hinaus beschäftigt. Die zuständige Gewerbeaufsicht erließ daraufhin einen Bescheid, der den Unternehmer zur Einhaltung des Acht-Stunden-Tags verpflichtete und ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld androhte. Dieser wandte sich dagegen und berief sich auf die Pressefreiheit; er finde keine ausreichende Anzahl von Personen, die seine redaktionelle Linie verfolgen würden. Das Verwaltungsgericht wie der Verwaltungsgerichtshof wiesen diesen Einwand zurück; das Arbeitszeitrecht kenne keine Ausnahme für Pressebetriebe. Wenn er seinen Betrieb im bisherigen Umfang fortführen wolle, müsse er eben sein Personal aufstocken. Dies war zwar nicht Gegenstand des Bescheids, der sich nur auf die Einhaltung der Arbeitszeit bezog, doch ergab sich dies als unmittelbare Konsequenz.⁴¹²

V. Eine mögliche gesetzliche Regelung

Die hier wiedergegebenen Gerichtsentscheidungen unternehmen den in den konkreten Fällen durchaus erfolgreichen Versuch, der Arbeitszeit und der Inanspruchnahme außerhalb der Arbeitszeit Grenzen zu ziehen, können allerdings nur punktuelle Lösungen schaffen. Auch sind viele entscheidende Fragen lediglich in den unteren Instanzen angesprochen worden. Dies legt es nahe, nicht auf die Herausbildung richterrechtlicher Normen zu warten, da dies noch zehn bis fünfzehn Jahre in Anspruch nehmen könnte. Angesichts der sehr schnell voranschreitenden Digitalisierung ist es vielmehr Sache des Gesetzgebers, einer übermäßigen Inanspruchnahme der Beschäftigten entgegenzuwirken.⁴¹³ Dies betrifft insbesondere auch die Menge und Komplexität der Arbeit, die dem einzelnen Beschäftigten zugewiesen wird. Außerdem bedarf seine Autonomie des Schutzes, die sich hier insbesondere in der Arbeitszeitsouveränität manifestiert.⁴¹⁴ Die folgenden Regelungen kommen aus Sicht des Verfassers in Betracht.

1. Ergänzungen des Arbeitszeitgesetzes

⁴¹¹ Bayer. VGH Urteil v. 28. 10. 1993 – 22 B 90.3225, GewA 1994, 192 = VGHE BY 46, 130 und Juris

⁴¹² Zu anderen Sanktionen bei Verstößen gegen das ArbZG s. HK-ArbR-Ernst § 17 ArbZG Rn 5 ff. und HK-ArbR-Growe § 3 ArbZG Rn 18 ff.

⁴¹³ Betriebsvereinbarungen sind kein Ausweg, da sie nach einer neueren empirischen Untersuchung die aktuellen und die für die unmittelbare Zukunft absehbaren Probleme kaum aufgreifen: Vogl/Nies S. 164 ff.; ihnen folgend Boewe/Schulten Die Mitbestimmung 4/2014

⁴¹⁴ Dazu Kocher/Welti WSI-Mitt. 2010, 299

(1) Ausscheiden sollte von vorne herein eine Lösung, die das alte „Fabrikator-Prinzip“ in das digitale Zeitalter überträgt, also jede Verpflichtung zur Arbeit ausschließt oder die Arbeit gar verbietet, wenn der Arbeitnehmer einmal das Fabrik- oder das Bürogebäude verlassen hat. Dies wäre nicht nur eine sehr rigide und wirtschaftlich schädliche Lösung, sondern würde für viele wie ein gewaltsamer Eingriff in die private Lebensgestaltung wirken, gegen den sie sich spontan zur Wehr setzen würden.

(2) Das Arbeitszeitgesetz lässt eine flexible Gestaltung der Arbeitszeit zu und enthält eine Reihe von grundsätzlich sinnvollen Schranken. Einige Fragen sind nicht geregelt, weil sie bei seinem Erlass noch keine wesentliche Rolle gespielt haben. Insoweit besteht Anpassungsbedarf.

(3) Die Digitalisierung bringt es mit sich, dass auch zu atypischen, vertraglich nicht ausdrücklich vorgesehenen Zeiten gearbeitet wird. Den abendlichen Anruf mit anschließender zwanzigminütiger Aktivität wird man nicht generell verbieten können, ebenso wenig eine freiwillige „Abendschicht“ eines besonders motivierten Arbeitnehmers. Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass niemand ungewollt in Anspruch genommen wird und dass niemand unter Druck gerät, weil er nicht zu den „Mehrleistern“ gehört.⁴¹⁵ Verschiedene Änderungen des geltenden Rechts sollten erwogen werden.

(4) Es sollte eine Bagatellgrenze in dem Sinne geben, dass bei einmaliger sehr kurzfristiger Inanspruchnahme zwar Arbeitszeit vorliegt, dass diese aber nicht die Ruhezeit von elf Stunden nach § 5 ArbZG unterbricht. Die Grenze könnte bei zehn Minuten liegen.⁴¹⁶

(5) Durch technische Vorkehrungen sollte sicher gestellt sein, dass jede digitale Arbeit erfasst und dem Zeitkonto des Arbeitnehmers gutgeschrieben wird.⁴¹⁷ Die dabei anfallenden Daten dürfen ausschließlich zu diesem Zweck verwendet werden. Eine solche Erfassung kann jedenfalls insoweit sichergestellt werden, als mit Geräten des Arbeitgebers oder mit solchen des Arbeitnehmers gearbeitet wird, die für dienstliche Zwecke benutzt werden dürfen.⁴¹⁸

⁴¹⁵ Seebacher AiB 11/2014 S. 19

⁴¹⁶ Ähnlich vbw, Moderne Arbeitswelt, S. 10, wonach „kurze Unterbrechungen“ der Ruhezeit unschädlich sein sollen.

⁴¹⁷ Ähnlich Schwemmler/Wedde, S. 94 f.

⁴¹⁸ Eine entsprechende Regelung in einer Betriebsvereinbarung schlägt Seebacher (AiB 11/2014 S. 20) vor.

(6) Kann der Arbeitnehmer außerhalb seiner vereinbarten oder von ihm im Rahmen der Gleitzeit bestimmten Arbeitszeit in Anspruch genommen werden, so liegt Bereitschaftsdienst vor, wenn erwartet wird, dass der Arbeitnehmer sofort oder spätestens nach dreißig Minuten mit der Arbeit beginnt. Kann er sich mehr Zeit lassen, ist Rufbereitschaft anzunehmen. Diese muss angemessen vergütet werden.

(7) Jeder Arbeitnehmer hat ein Recht auf Nichterreichbarkeit.⁴¹⁹ Erfasst ist damit neben dem Urlaub die Zeit zwischen 20 Uhr Abends und 7 Uhr Morgens, sofern der Arbeitnehmer nicht zur Nacharbeit, und sei es als möglicher Ersatz für eine ausfallende Person, verpflichtet ist. Rufbereitschaft darf höchstens zwanzig Stunden in der Woche betragen. Nichterreichbarkeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht mit Mitteln der Telekommunikation kontaktiert werden darf, es sei denn, es liege ein Notfall nach § 14 Abs. 1 ArbZG vor.

(8) Kommt es zu technischen Störungen und kann deshalb nicht gearbeitet werden, so muss der Arbeitgeber gleichwohl die fraglichen Stunden als „geleistet“ betrachten und das Entgelt bezahlen, sofern der Arbeitnehmer gerade während dieser Zeit arbeiten wollte.⁴²⁰ Dies folgt daraus, dass er das sog. Betriebsrisiko trägt. Beschränkt man die (beliebige) Flexibilität der Arbeitszeit, so wird auch die Gefahr geringer, dass der Arbeitnehmer der Wahrheit zuwider gerade die ausgefallenen Stunden als „geplante Arbeitszeit“ deklariert. Kommt es öfters zu solchen Situationen, stellt sich die Frage eines missbräuchlichen Verhaltens, das den Entgeltanspruch entfallen lässt.

2. Ergänzungen des Betriebsverfassungsgesetzes

Der reibungslose Übergang zum digitalen Arbeiten wird durch eine intensive Beteiligung des Betriebsrats bzw. des Personalrats erleichtert. Dies stimmt mit dem Votum des Achten Zwischenberichts der Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“⁴²¹ überein, die sich nachhaltig zum Gedanken der Mitbestimmung bekennt⁴²² und die sich dafür ausspricht, ggf. den Betriebsbegriff neu zu fassen, um auf diese Weise einen Verlust von Mitbestimmungsrechten zu vermeiden.⁴²³

⁴¹⁹ Dafür auch die Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ BT-Drucksache 17/12505 sowie Schwemmler/Wedde, S. 87, 95; Boewe/Schulten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014. S. weiter Kastner, Mitbestimmung Heft 12/2013: „Entnetze dich“. Kritisch dazu vbw, Moderne Arbeitswelt, S. 11

⁴²⁰ Dafür auch Schwemmler/Wedde, S. 89

⁴²¹ BT-Drucksache 17/12505

⁴²² A. a. O. S. 16

⁴²³ A. a. O., S. 18

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht primär darum, dass die Existenz von Betrieben in Frage stünde oder dass die Betriebszugehörigkeit zweifelhaft wäre, weil es bei dieser nicht auf die räumliche Nähe, sondern auf die funktionale Eingliederung in die Organisation des Arbeitgebers ankommt.⁴²⁴ Angesichts der beschriebenen Probleme kommen jedoch zwei andere Veränderungen des geltenden Rechts in Betracht.

(1) Dem Betriebsrat sollte im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems eingeräumt werden. Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass grundsätzlich die gesamte Arbeitszeit erfasst wird und „inoffizielle“ Überstunden entfallen. Bei Betriebsvereinbarungen, die auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG abgeschlossen werden, sind wie bisher datenschutzrechtliche Normen zu beachten.⁴²⁵

(2) Nach seinem Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmer verpflichtet, im Rahmen seines individuellen Leistungsvermögens tätig zu werden. Der objektive Maßstab des § 243 Abs. 1 BGB („Leistung mittlerer Art und Güte“) spielt grundsätzlich keine Rolle.⁴²⁶ Wer nach diesem Grundsatz zu einer überdurchschnittlichen Leistung verpflichtet ist, hat diese zu erbringen. Wer dagegen lediglich zu einer unter dem Durchschnitt liegenden Leistung in der Lage ist, begeht keine Pflichtverletzung, wenn er nur in diesem Rahmen tätig wird.⁴²⁷ Die Pflicht zur Arbeitsleistung muss – so die Formulierung der Rechtsprechung – „unter angemessenen Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit“ erfolgen;⁴²⁸ eine Gefährdung der Gesundheit muss nicht in Kauf genommen werden, sie ist nicht geschuldet.⁴²⁹

Bei abstrakter Betrachtung würden an sich schon diese Grundsätze genügen, um unzumutbare Belastungssituationen zu vermeiden, also insbesondere überlange Arbeitszeiten oder eine totale Überlagerung des Privatlebens durch die Arbeit, weil eine ständige Bereitschaft zur umgehenden Arbeitsaufnahme geschuldet ist. In der Praxis reicht aber diese arbeitsvertragliche Absicherung nicht aus, weil sich der einzelne Arbeitnehmer darauf in aller Regel nicht berufen wird, will er doch nicht als „weniger engagiert“ oder gar als Minderleister erscheinen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, den Betriebsrat als kollektive Instanz

⁴²⁴ DKKW-Trümmer § 1 Rn. 47 ff. m. w. N.

⁴²⁵ Schwemmler/Wedde, S. 90; Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 787 ff.

⁴²⁶ BAG 11.12.2003, NZA 2004, 784; BAG 17.1.2008 DB 2008, 1274

⁴²⁷ ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 644.

⁴²⁸ BAG 11.12.2003 - 2 AZR 667/02 – NZA 2004, 784, 786

⁴²⁹ ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 643, allgemeine Meinung

einzuschalten, die einer Überforderung entgegenwirken kann, die sich nachteilig auf die Gesundheit des Arbeitnehmers auswirken könnte.

Eine Überforderung hat ihre Ursache darin, dass dem Arbeitnehmer Aufgaben zugewiesen werden, die für ihn zu schwierig sind oder die sich ihres Umfangs wegen nicht in der vorgesehenen Arbeitszeit bewältigen lassen. Hier muss die Beteiligung des Betriebsrats einsetzen, für die zwei rechtliche Ausgestaltungen in Betracht kommen.

Zum einen könnte man als § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorsehen, das sich auf die Zuweisung eines bestimmten Aufgabenbereichs durch den Arbeitgeber erstreckt. Das Abstellen auf den „Aufgabenbereich“ statt auf die jeweilige „Aufgabe“ verhindert, dass jede Einzelanordnung des Arbeitgebers der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Es soll allein um den grundsätzlichen Zuschnitt der Arbeit gehen. Dieses Mitbestimmungsrecht würde eingreifen, wenn einem Neueingestellten ein bestimmter Arbeitsbereich zugewiesen wird oder wenn ein bereits Beschäftigter zusätzliche oder neue Aufgaben erhält. Wie groß die Belastung durch ein bestimmtes Tätigkeitsspektrum sein wird, lässt sich nicht in allen Fällen eindeutig prognostizieren. Von daher hat ein Mitbestimmungsrecht gegenüber anderen Beteiligungsformen den Vorzug, dass es auch ein Initiativrecht umfasst. Wendet sich beispielsweise ein Arbeitnehmer an den Betriebsrat und schildert eingehend seine ihn überfordernde Arbeitssituation, so kann der Betriebsrat von sich aus aktiv werden und über die Reduzierung der Aufgaben mit dem Arbeitgeber verhandeln.

Zum zweiten gäbe es auch die weniger weit gehende Möglichkeit, dem Betriebsrat in Anlehnung an § 99 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Zuweisung eines Arbeitsbereichs zu gewähren. Dieses würde sich über das geltende Recht hinaus nicht nur auf den Fall einer Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG erstrecken, sondern auch die erstmalige Zuweisung eines Arbeitsbereichs sowie die Zuweisung zusätzlicher Aufgaben erfassen, die keinen so großen Umfang annimmt, dass § 95 Abs. 3 BetrVG eingreifen würde. Die Zustimmung könnte nicht aus beliebigen Gründen, sondern nur mit dem Argument verweigert werden, dass die vorgesehenen Aufgaben eine unzumutbare Belastung für den betroffenen Arbeitnehmer darstellen würden. Kommt darüber keine Einigung zustande, müsste wie in den Fällen des § 99 BetrVG das Arbeitsgericht entscheiden; dem Arbeitgeber bliebe die Möglichkeit, eine vorläufige Maßnahme nach § 100 BetrVG zu treffen, bei deren Durchführung sich häufig ergeben würde, ob die Einschätzung des Arbeitgebers oder die des

Betriebsrats zutreffend war. Eine solche Regelung wäre der Übersichtlichkeit wegen nicht in den bereits recht unübersichtlichen § 99 BetrVG zu integrieren, sondern in einer besonderen Bestimmung niederzulegen. Diese könnte etwa lauten:

„§ 101a: Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Zuweisung eines Arbeitsbereichs

(1) Wird einem Arbeitnehmer ein bestimmter Arbeitsbereich zugewiesen oder ein ihm bisher zustehender erweitert, so ist § 99 Abs. 1 entsprechend anwendbar.

(2) Der Betriebsrat kann seine Zustimmung verweigern, wenn der zugewiesene Arbeitsbereich voraussichtlich so große Belastungen für den Arbeitnehmer mit sich bringt, dass seine Gesundheit gefährdet sein könnte.

(3) § 99 Abs. 3 und 4 sowie die §§ 100 und 101 finden entsprechende Anwendung.

(4) Die Mitbestimmung nach § 99 bleibt unberührt.“

Die systematische Stellung nach § 101 rechtfertigt sich damit, dass auf die §§ 99 bis 101 verwiesen wird. Diese sollen in ihrem eigenen Anwendungsbereich aber nicht geschmälert werden, was Abs. 4 ausdrücklich klar stellt.

Da es nur um die Überforderungsabwehr geht, ist lediglich die Erweiterung eines Arbeitsbereichs, nicht aber dessen Einschränkung erfasst. Die Gesundheitsgefährdung kann sich insbesondere auch aus der Gestaltung der Arbeitszeit ergeben. Die Möglichkeit einer vorläufigen Maßnahme nach § 100 ist sinnvoll, damit Erfahrungen mit dem Belastungsumfang gesammelt werden können.

3. Ergänzung des Bundesurlaubsgesetzes

Während des Urlaubs ist der Arbeitnehmer von jeder Form der Arbeitspflicht freigestellt; er kann auch nicht zur Rufbereitschaft eingeteilt werden. Wird er vom Arbeitgeber per E-Mail oder telefonisch kontaktiert und führt dies zu Aktivitäten, die die Geringfügigkeitsgrenze von zehn Minuten übersteigen, so wird der fragliche Tag nicht auf den Urlaub angerechnet.⁴³⁰ Da § 9 BUrIG für den Fall der Erkrankung während des Urlaubs bereits eine entsprechende Regelung enthält, liegt es nahe, in § 9 einen Absatz 2 anzufügen, der lauten könnte:

⁴³⁰ Ebenso Schwemmler/Wedde, S. 96 (aber ohne Berücksichtigung der Geringfügigkeitsgrenze)

„Wird der Arbeitnehmer während des Urlaubs vom Arbeitgeber mit Aufgaben betraut, deren Erledigung länger als zehn Minuten dauert, so wird der fragliche Tag nicht auf den Jahresurlaub angerechnet.“

4. Recht auf digitale Arbeit im BGB?

In der Literatur wird die Forderung erhoben, dem Einzelnen solle in Anlehnung an § 8 TzBfG ein Recht auf digitale Arbeit eingeräumt werden, die nur aus betrieblichen Gründen abgelehnt werden kann. Gleichzeitig soll wie in § 9 TzBfG ein „Rückkehrrecht“ zu nicht-digitaler Arbeit bestehen, wenn es dafür nachvollziehbare Gründe und einen freien Arbeitsplatz gibt.⁴³¹ Dieser Vorschlag bedarf insoweit noch der Diskussion, als die Grenze zwischen digitaler und nicht-digitaler Arbeit in vielen Betrieben durchaus fließend ist: Wer nur gelegentlich ins Internet geht, um dort eine Frage zu klären, im übrigen aber nur sein Diktiergerät benutzt, wird vermutlich noch den „alten Arbeitsformen“ zugerechnet, doch kann sich dies sehr schnell ändern, wenn er seine Texte selbst mit dem PC schreibt. Hinzu kommt, dass ein freier Arbeitsplatz in dem gewünschten Segment Voraussetzung ist; die praktischen Anwendungsfälle werden daher sehr viel seltener als bei einer gewollten Verkürzung der individuellen Arbeitszeit sein.

5. Durchsetzungsperspektiven

Die allgemeinen Rahmenbedingungen für arbeitsrechtliche Veränderungen gelten auch hier,⁴³² insoweit soll von Wiederholungen abgesehen werden. Im Kern geht es bei den hier vorgeschlagenen Veränderungen um einen weitreichenden „Tausch“: Die Arbeitnehmerseite gibt einzelne Bestimmungen des ArbZG, insbesondere die völlige „Abschottung“ in der Freizeit auf. Auf der anderen Seite akzeptiert die Arbeitgeberseite eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitsintensität, was bisher in dieser Form nicht zur Debatte stand.

Anders als beim Crowdfunding⁴³³ handelt es sich um ein Problem, das die Öffentlichkeit bereits in weitem Umfang beschäftigt. Die universelle Erreichbarkeit und ein damit ggf. verbundener gesundheitsschädlicher Arbeitsstress werden von vielen als aktuelle

⁴³¹ Schwemmler/Wedde, S. 99

⁴³² Zu ihnen oben D V 4

⁴³³ Dazu oben D V 4

Erschwerung im Arbeitsleben gesehen. Die Öffentlichkeit ist alarmiert – und Maßnahmen wie die Abschaltung der Server nach Feierabend und am Wochenende bei VW haben einen hohen Bekanntheitsgrad erlangt. Dass viele Bestimmungen des ArbZG bei einer wachsenden Zahl von Beschäftigten leerlaufen, wird als zu lösendes Problem wahrgenommen.

Trotz dieser im Grunde positiven Voraussetzungen überwiegen derzeit die Schwierigkeiten. Gewerkschaften wie Arbeitgeberverbände sind wenig geneigt, eigene Positionen aufzugeben, ohne zu wissen, ob die „Gegenleistung“ wirklich das hält, was sie verspricht. Dies wurde insbesondere an der Diskussion über ein Arbeitsvertragsgesetz deutlich, wo keine Seite die Bereitschaft zeigte, auch nur das Risiko einer für sie nachteiligen Änderung der Rechtsprechung einzugehen.⁴³⁴ Für die Arbeitgeberseite kommt hinzu, dass die Mitbestimmung über den einem einzelnen Arbeitnehmer zugewiesenen Arbeitsbereich ihre Kompetenzen in einem Bereich beschneidet, wo sie bisher völlig unbestritten waren. Dies macht ein Ja-Wort besonders schwierig.

Positive Beispiele könnten gerade in diesem Bereich Befürchtungen zerstreuen, durch die Veränderung in unzumutbarem Maße eigene Einflussmöglichkeiten einzuschränken. Dabei wird es in Zukunft nicht allein darum gehen können, durch Betriebsvereinbarungen oder sie ausführende Einigungen innerhalb von Arbeitsgruppen die Erreichbarkeit auszuschließen. Vielmehr wäre die Regelung der Arbeitsmenge einzubeziehen, wie dies mittelbar auch in den oben IV wiedergegebenen Gerichtsentscheidungen der Fall war. Die Tatsache, dass im Arbeitsrecht auf betrieblicher und tariflicher Ebene eine dezentrale Rechtssetzung möglich ist, eröffnet die Chance, in weitem Umfang Erfahrungen zu sammeln und so eine gesetzliche Regelung vorzubereiten, mit der sich alle Beteiligten identifizieren können.

⁴³⁴ Vgl. Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt ohne Erfolgsaussicht? Frankfurt/Main 2009. Der Verf. kann sich insoweit auch auf eigene Beobachtungen als Berater des DGB stützen.

F. Probleme des Gesundheitsschutzes

I. Die neue Arbeitsstättenverordnung

Die oben⁴³⁵ dargestellten Gefährdungen der Gesundheit, die von digitaler und mobiler Arbeit ausgehen können, haben inzwischen den Verordnungsgeber beschäftigt. Die neue Arbeitsstättenverordnung⁴³⁶ enthält nunmehr auch eingehende Regelungen über die Bildschirmarbeit, was sich unschwer damit rechtfertigen lässt, dass ein Gerät mit Bildschirm heute zur Standardausrüstung fast aller Arbeitsplätze gehört.⁴³⁷ Einbezogen sind nach § 1 Abs. 3 ArbStättVO nunmehr auch Telearbeitsplätze,⁴³⁸ doch werden mit Rücksicht auf den privaten Charakter der jeweiligen Umgebung nur bestimmte Vorschriften – etwa die über die Gefährdungsbeurteilung – für anwendbar erklärt.⁴³⁹ Mobile Arbeitsplätze sind im Grundsatz weiter ausgenommen, doch enthält Anhang 6.4 der neu gefassten ArbStättVO spezifische „Anforderungen an tragbare Bildschirmgeräte für die ortsveränderliche Verwendung an Arbeitsplätzen“.⁴⁴⁰ Außerdem fallen sie nicht unter den Begriff der „Arbeitsstätte“, da § 2 Abs. 1 der VO voraussetzt, dass sich diese auf dem Gelände eines Betriebs oder auf einer Baustelle befindet. Insoweit bleibt es bei den allgemeinen Regeln des Arbeitsschutzgesetzes.

Angesichts dieser Entwicklung empfiehlt es sich nicht, weitere Veränderungen der Arbeitsstätten-Verordnung vorzuschlagen. Insoweit müssen zunächst die Erfahrungen mit dem neuen Recht abgewartet werden.

II. Gefährdungsbeurteilung

Nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber durch eine sog. Gefährdungsbeurteilung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Das Gesetz zählt in § 5 Abs. 3 ArbSchG beispielhaft die zu ermittelnden Gefahren auf, zu denen seit 2013 auch »psychische Belastungen bei der Arbeit« (Nr. 6) gehören. § 3 der neu gefassten Arbeitsstättenverordnung enthält etwas konkretere Vorgaben, indem er bestimmt:

⁴³⁵ B III

⁴³⁶ BGBl 2015 (bei Abschluss des Manuskripts noch nicht im BGBl erschienen)

⁴³⁷ Cakir CuA 1/2015 S. 24 f.

⁴³⁸ Kiper, CuA 2/2015 S. 24

⁴³⁹ Kiper CuA 2/2015 S. 24

⁴⁴⁰ Herausnahme in § 1 Abs. 4 Nr. 2 ArbeitsstättenVO n. F.; der Anhang 6.4 ist abgedruckt bei Kiper CuA 2/2015 S. 27

„§ 3 Gefährdungsbeurteilung

(1) Bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 des Arbeitsschutzgesetzes hat der Arbeitgeber zunächst festzustellen, ob die Beschäftigten Gefährdungen beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten ausgesetzt sind oder ausgesetzt sein können. Ist dies der Fall, hat er alle möglichen Gefährdungen der Sicherheit und der Gesundheit der Beschäftigten zu beurteilen und dabei die Auswirkungen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsabläufe in der Arbeitsstätte zu berücksichtigen. Bei der Gefährdungsbeurteilung hat er die physischen und psychischen Belastungen sowie bei Bildschirmarbeitsplätzen insbesondere die Belastungen der Augen oder die Gefährdung des Sehvermögens der Beschäftigten zu berücksichtigen. Entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten gemäß den Anforderungen der Vorschriften dieser Verordnung einschließlich ihres Anhangs nach dem Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene festzulegen. Sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse sind zu berücksichtigen.“

In der Literatur ist die Rede davon, man könne durch die Gefährdungsbeurteilung checken, was die wichtigsten Krankmacher sind: „zu wenig Handlungsspielraum, fehlender Sinn bei der Arbeit, fehlende Transparenz, mangelnde Wertschätzung“.⁴⁴¹ Auch die Softwareergonomie ist einzubeziehen.⁴⁴² Zu den Auswirkungen der „Arbeitsorganisation“ und der „Arbeitsabläufe“ gehören auch Stress und andere psychische Drucksituationen, die sich negativ auf die Gesundheit auswirken können. Damit ist erneut klargestellt, dass sie in die Gefährdungsbeurteilung einzubeziehen sind. Dies gilt auch für mobile und zu Hause erbrachte Arbeit.⁴⁴³ Die dabei auftretenden Gefahren mögen zwar für den Arbeitgeber nicht immer beeinflussbar sein, doch sind sie gleichwohl relevant, weil der Beschäftigte entweder die entsprechenden Situationen vermeiden oder der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen ergreifen kann.⁴⁴⁴

Dem Betriebsrat kommt nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei allen Fragen des betrieblichen Arbeitsschutzes zu, soweit die einschlägigen Vorschriften Spielräume offen lassen. Diese „Ausfüllungskompetenz“ ist gerade auch bei der Gefährdungsbeurteilung von Bedeutung, da die Regelungen in § 5 ArbSchG und in § 3 ArbeitsstättenVO keine Vorgaben enthalten (können), wie im konkreten Betrieb zu verfahren ist. Die Mitbestimmung erstreckt sich insbesondere darauf, welche

⁴⁴¹ Kastner Mitbestimmung Heft 12/2013 (abrufbar unter www.boeckler.de)

⁴⁴² Martin CuA 3/2014 S. 4 ff.

⁴⁴³ Für ihre Einbeziehung auch Schwemmler/Wedde, S. 92.

⁴⁴⁴ Anders vbw, Moderne Arbeitswelt, S. 9, wonach die Gefährdungsbeurteilung auf die vom Arbeitgeber beherrschten Gefahren zu begrenzen sei.

konkreten Gefahren zu analysieren sind und welche Person oder Institution für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung ausgesucht wird.⁴⁴⁵ Dass bereits eine bestimmte Gesundheitsgefahr besteht (und bewiesen werden kann!), ist nicht erforderlich.⁴⁴⁶ Der Betriebsrat kann jederzeit von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und eine Gefährdungsbeurteilung verlangen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Umstände geändert haben, die einer in der Vergangenheit durchgeführten Gefährdungsbeurteilung zugrunde lagen: Eine veränderte Arbeitsorganisation oder veränderte Arbeitsabläufe rechtfertigen eine erneute Untersuchung, es sei denn, es würde sich nur um eine geringfügige Modifikation handeln. Dass seit 2013 auch die psychischen Belastungen einzubeziehen sind, rechtfertigt für sich allein eine neue Untersuchung, sofern entsprechende Belastungen nicht von vorne herein fernliegend sind.⁴⁴⁷

Auch der einzelne Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung. Allerdings kann er nicht verlangen, dass diese nach bestimmten von ihm gewünschten Kriterien erfolgt: Insoweit haben allein die Betriebsparteien zu entscheiden.⁴⁴⁸ Kommen sie nicht zu einem Konsens, muss die Einigungsstelle festlegen, wer eine Untersuchung über welche Fragen vornimmt.⁴⁴⁹

Die Gefährdungsbeurteilung kann zu dem Ergebnis kommen, dass insbesondere Gesundheitsgefahren, die auf Arbeitsüberlastung beruhen, nur dadurch gemildert oder beseitigt werden können, dass Personal aufgestockt wird. Häufiger wird es um Änderungen der Arbeitsabläufe oder der Arbeitsorganisation gehen, sofern vermeidbare Gefährdungen festgestellt werden.

Welchen genauen juristischen Stellenwert die getroffenen Feststellungen haben, scheint noch nicht ausreichend geklärt zu sein. Soweit Empfehlungen ausgesprochen werden, die Spielräume lassen, kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eine konkrete Regelung verlangen, die das benannte Problem beseitigt und Abhilfe schafft. Kommt darüber keine Einigung mit der Arbeitgeberseite zustande, muss erneut eine Einigungsstelle tätig werden.

⁴⁴⁵ BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 13 ; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 20; BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – AP BGB § 618 Nr. 29. Aus der Literatur s. etwa DKKW-Klebe, § 87 Rn 230; Fitting, § 87 Rn. 299; Raab, in: GK-BetrVG, § 87 Rn. 609 mwN.

⁴⁴⁶ BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 20 .

⁴⁴⁷ Über eine positiv zu beurteilende Betriebsvereinbarung zur Gefährdungsbeurteilung bei SAP berichtet Kronig CuA 11/2014 S. 13 ff.

⁴⁴⁸ BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – AP BGB § 618 Nr. 29 .

⁴⁴⁹ Zur Ermittlung psychischer Belastungen s. Hampe/Gutjahr, DB 2012, 1208; zur Ermittlung von Burnout-Ursachen s. Sasse, BB 2013, 1717.

Kommt die Untersuchung zu weitergehenden Schlüssen und macht deshalb konkrete Vorgaben, müssen diese umgesetzt werden: Die Generalklauseln des Arbeitsschutzgesetzes werden dadurch ausgefüllt und konkretisiert. Dies gibt allen Belegschaftsangehörigen einschließlich der Betriebsratsmitglieder einen Anspruch, der sich zumindest auf § 618 BGB stützen lässt. Als Gremium kann der Betriebsrat eine Umsetzung dann verlangen, wenn dem Verfahren eine Einigung mit dem Arbeitgeber zugrunde lag, die sich z. B. auf die zu untersuchenden Fragen und die auszuwählende Person bezog. Dem Betriebsrat steht insoweit ein Durchführungsanspruch zu, der sich nicht auf das Verfahren als solches beschränkt, sondern dem Sinn der Regelung nach auch das Ergebnis mit einbezieht. Erst recht gilt dies, wenn die Betriebsvereinbarung bzw. der Einigungsstellenspruch ausdrücklich zu einem Verhalten »entsprechend der Gefährdungsbeurteilung« verpflichtet. Auch auf dieser letzten Etappe konsequent zu bleiben und ggf. etwas Verärgerung in Kauf zu nehmen, ist eine wichtige Betriebsratsaufgabe in der Praxis.

Teilt man die hier vertretene Auffassung nicht, sollte der Gesetzgeber aktiv werden, um die Gefährdungsbeurteilung nicht zu einer bloßen Pflichtübung ohne praktische Konsequenzen werden zu lassen. Dabei würden sich zwei Regelungen empfehlen.

Zum einen sollte man vorschreiben, dass eine Gefährdungsbeurteilung Empfehlungen enthält, auf welche Weise erkannte, aber vermeidbare Gesundheitsrisiken beseitigt werden sollen. Werden derartige Risiken nicht festgestellt, besteht hierfür selbstredend kein Anlass.

Zum zweiten sollte dem Betriebsrat das Recht eingeräumt werden, die Umsetzung konkreter Empfehlungen mit Hilfe eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens zu erzwingen. Soweit die Empfehlungen – wie vermutlich häufig – Spielräume lassen, sollte ihm das Recht eingeräumt werden, eine Einigungsstelle anzurufen, die die notwendigen Konkretisierungen beschließt.

III. Unfallversicherung und Arbeitgeberhaftung

Die Unfallversicherung ist ihrer Struktur nach dem industriellen Zeitalter verbunden und schützt nur ausnahmsweise gegen Gesundheitsschäden, die durch langsame Einwirkung, insbesondere durch wenig gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen entstehen.⁴⁵⁰ Dies hat zur Folge, dass in der Rechtsprechung auch Fälle auftreten, in denen der Arbeitgeber unmittelbar auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, weil die Unfallversicherung nicht eingreift. In Fällen dieser Art ist es für den Arbeitnehmer oft schwierig, die Kausalität zwischen belastenden Arbeitsbedingungen und Krankheit zu beweisen. Dasselbe Problem

⁴⁵⁰ Einzelheiten oben A IV.

stellt sich dann, wenn der Arbeitnehmer Aufwendungsersatz wegen Aufopferung eines höchstpersönlichen Rechtsguts verlangt, was im Grundsatz möglich,⁴⁵¹ aber eben aus praktischen Gründen sehr schwierig ist. In diesen Fällen sollte es genügen, wenn der Betroffene Anhaltspunkte dafür beweisen kann, dass seine Erkrankung ihre Ursache in den Arbeitsbedingungen hatte; insoweit könnte die Beweislastregelung des § 22 AGG entsprechende Anwendung finden.⁴⁵²

IV. Durchsetzungsperspektiven

Angesichts der anstehenden Verabschiedung der neuen Arbeitsstätten-VO, die den Inhalt der Bildschirmarbeits-VO in sich aufnehmen soll, ist auf die Entwicklung eigener gesetzgeberischer Vorschläge verzichtet worden. Die unter II dargelegte Gefährdungsbeurteilung kann schon nach geltendem Recht stärker als bisher in Anspruch genommen werden. Weiter kann bereits jetzt dafür gesorgt werden, dass die sich dabei ergebenden Empfehlungen nicht folgenlos bleiben, sondern in die Realität umgesetzt werden. Hier sind insbesondere die Betriebsräte und ihre Berater gefragt. Sobald von den Möglichkeiten des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mehr Gebrauch gemacht wird, würde voraussichtlich auch die Arbeitgeberseite stärker als bisher auf eine Einigung dringen, da erzwungene Maßnahmen einschließlich einer vom Gericht eingesetzten Einigungsstelle mit nicht ganz unerheblichen Kosten verbunden sind.

⁴⁵¹ Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 443, 902 ff.

⁴⁵² Ebenso Schwemmler/Wedde, S. 93

G. Reform des Überwachungsschutzes

I. Der bisherige Reformprozess

1. Datenschutz im Allgemeinen

Seit der Volkszählungsentscheidung vom 15. Dezember 1983⁴⁵³ wird mit guten Gründen eine Reform des Datenschutzrechts verlangt. Diskussionsgegenstand ist dabei nicht allein das BDSG als Querschnittsgesetz; vielmehr geht es um die zahlreichen bereichsspezifischen Regelungen, die vom Ausländerzentralregister über die Sicherheitsüberprüfung bis hin zum Sozialdatenschutz und zum Arbeitnehmerdatenschutz reichen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch fast durchweg auf das als absolut notwendig Empfundene beschränkt. Die Weiterentwicklung des BDSG 1977 über das BDSG 1990 hin zum BDSG 2001 und zur Reform 2009 hielt sich in engen Grenzen. Insbesondere wurde stillschweigend immer das Modell der geschlossenen Einheit zugrunde gelegt, die Daten erfasst und verarbeitet; die weltweite Vernetzung und die damit verbundenen Regelungsprobleme⁴⁵⁴ blieben ausgeklammert.⁴⁵⁵ Erst recht gilt dies für aktuelle Entwicklungen, die unter dem Stichwort des „Internets der Sachen“ diskutiert werden.⁴⁵⁶ Dies ist umso erstaunlicher, als bereits 2001 ein Gutachten zu Modernisierung des Datenschutzrechts vorgelegt wurde⁴⁵⁷ und die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder im Jahre 2010 unter dem Titel „Ein modernes Datenschutzrecht für das 21. Jahrhundert“ „Eckpunkte“ beschlossen und der Öffentlichkeit übergeben hatte, die sich sehr wohl den aktuellen Herausforderungen stellten.⁴⁵⁸

Die EG-Datenschutzrichtlinie von 1995 orientierte sich gleichfalls am traditionellen Modell der geschlossenen Einheit.⁴⁵⁹ Zudem wurde sie auch innerhalb ihres Anwendungsbereichs in Deutschland nicht als Impulsgeber, sondern eher als lästiger Zwang wahrgenommen. Dass die Bundesrepublik die großzügig bemessene

⁴⁵³ BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., BVerfGE 65, 1ff. = NJW 1984, 419

⁴⁵⁴ Dazu oben B IV 2

⁴⁵⁵ Schaar, FS Bull, S. 1057 ff.; Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, S. 331 ff.

⁴⁵⁶ Dazu Roßnagel, a. a. O., S. 331, 336 ff.

⁴⁵⁷ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001

⁴⁵⁸ Abrufbar unter

https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Allgemein/79DSKEckpunktetpapierBroschuere.pdf?__blob=publicationFile

⁴⁵⁹ Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 331

Umsetzungsfrist von drei Jahren um mehr als zweieinhalb Jahre überzog, vermag dies hinreichend zu illustrieren. Eine gewisse Ausnahme stellen lediglich die gesetzlichen Regelungen im Bereich der Telekommunikation dar. Auf die Gründe wird zurückzukommen sein.

2. Beschäftigtendatenschutz

Besonders krass ist die Divergenz zwischen der Forderung nach modernen, problemadäquaten Lösungen und der Situation des Arbeitnehmerdatenschutzes. Unterschiedliche Bundesregierungen haben gesetzliche Regelungen versprochen.⁴⁶⁰ Erst im Jahre 2010 wurde ein Entwurf präsentiert, der zu einer Intensivierung der Diskussion führte.⁴⁶¹ Im Frühjahr 2013 stellte sich jedoch weniger Enttäuschung als verbreitete Erleichterung ein, als die Koalition deutlich machte, das Vorhaben nicht weiter verfolgen zu wollen: Für Arbeitnehmer hätte sich eine Verschlechterung der Situation ergeben, aber auch die Arbeitgeberseite hätte Schwierigkeiten gehabt, sich mit einzelnen Bestimmungen wie dem totalen Verbot der heimlichen Videoüberwachung zu arrangieren. Derzeit ist die Diskussion um eine Neukonzipierung des Arbeitnehmerdatenschutzes wenig intensiv, da erst abgewartet wird, ob es in der EU zur Verabschiedung einer Datenschutz-Verordnung kommen wird, die den Spielraum der Mitgliedstaaten auch in diesem Bereich zwar nicht ausschließen, aber doch erheblich einengen würde. Die 87. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hat am 27. März 2014 die Bundesregierung aufgefordert, ein Beschäftigtendatenschutzgesetz auf den Weg zu bringen, das für die Arbeitgeber Rechtssicherheit und für die Beschäftigten einen wirksamen Grundrechtsschutz bewirkt,⁴⁶² doch scheint auch dieser Initiative kein Erfolg beschieden zu sein.

In der jüngeren deutschen Rechtsentwicklung sind keine Beispiele erkennbar, in denen eine bis in viele Einzelfragen hinein ausdifferenzierte Regelung durch einen Akt des Gesetzgebers von Grund auf umgestaltet und auf eine neue Basis gestellt worden wäre. Ob es um ein Umweltgesetzbuch, ein Arbeitsvertragsgesetz oder eben den Datenschutz geht – zu mehr als Einzelregelungen oder systemimmanenten Weiterentwicklungen ist es nie

⁴⁶⁰ Überblick über die schon vor 2001 proklamierten Absichten bei Simitis, AuR 2001, 430.

⁴⁶¹ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, BT-Drucksache 17/4230

⁴⁶² „Beschäftigtendatenschutzgesetz jetzt!“, abrufbar unter <http://www.datenschutz.de/dsb-konferenz/>

gekommen. Auch die Schuldrechtsmodernisierung war als solche nur möglich, weil verschiedene EG-Richtlinien umzusetzen waren und ihre isolierte Ausführung noch mehr Friktionen in das eh schon alles andere als wertungsmäßig konsistente System hineingebracht hätte.⁴⁶³ Eine gewisse Ausnahme stellte (und stellt) das Telekommunikationsrecht dar. Es reagierte auf eine im Grunde „ungeregelte“ neue Situation, die nach der Auflösung des staatlichen Monopols entstanden war; der Gesetzgeber befand sich also in einer grundsätzlich anderen Position. Inhaltlich kam die Überlegung hinzu, nur durch konsequenten Datenschutz könnten Unternehmen im Bereich des E-Commerce auf Dauer erfolgreich sein. Von einer solchen Ausgangssituation her war es dann möglich, Neues zu schaffen und schon 1997 in § 3 Abs. 4 TDDSG den Systemdatenschutz zu verankern, in § 3 Abs. 3 TDDSG ein Koppelungsverbot bei der Einwilligung vorzusehen und in § 4 Abs. 4 TDDSG Nutzungsprofile nur bei der Verwendung von Pseudonymen zuzulassen.

Die Datenskandale in zahlreichen bekannten Unternehmen, die seit Frühjahr 2008 ans Licht kamen,⁴⁶⁴ führten zu zahlreichen öffentlichen Forderungen nach einem besseren Beschäftigtendatenschutz. Die Oppositionsparteien brachten verschiedene Gesetzesinitiativen ein,⁴⁶⁵ die jedoch an den bestehenden Mehrheitsverhältnissen scheiterten. Kurz vor der zweiten und dritten Lesung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung »zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften«⁴⁶⁶ legten die Fraktionen von CDU/CSU und SPD einen gemeinsamen Änderungsantrag vor, der eine Reihe von kleineren Veränderungen zugunsten von mehr Beschäftigtendatenschutz brachte.⁴⁶⁷ Bei allen übrigen Fragen müssen weiter die Gerichte in die Bresche springen und richterrechtliche Sätze für die in der Praxis auftauchenden Probleme entwickeln. Dies gilt bis auf weiteres auch für die Datenerfassung durch in- und ausländische Staaten und deren Geheimdienste,⁴⁶⁸ die sich mittelbar auch auf abhängig Arbeitende auswirkt.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Dazu Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2286ff.; Canaris, DB 2001, 1815ff.

⁴⁶⁴ S. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 2a ff.

⁴⁶⁵ Vgl. etwa Antrag der FDP-Fraktion: Schutz von Arbeitnehmerdaten durch transparente und praxisgerechte Regelungen gesetzlich absichern (BT-Drucksache 16/12670); Antrag der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN: Persönlichkeitsrechte abhängig Beschäftigter sichern – Datenschutz am Arbeitsplatz stärken (BT-Drucksache 16/9311); Antrag der Fraktion DIE LINKE: Datenschutz für Beschäftigte stärken (BT-Drucksache 16/11376)

⁴⁶⁶ BT-Drucksache 16/12011

⁴⁶⁷ BT-Drucksache 16/13657

⁴⁶⁸ Dazu insbesondere Schaar, Überwachung total.

⁴⁶⁹ Zur Abgleichung von Arbeitnehmerdaten mit den Antiterrorlisten s. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 934 ff.

II. Denkbare Weiterentwicklungen

Die aktuelle Situation ist dadurch charakterisiert, dass im Arbeitsleben neben „geschlossenen Einheiten“ der ersten Phase des Datenschutzes immer mehr Erscheinungen der zweiten und dritten Phase zur Geltung kommen: Ein immer größerer Teil der Arbeit wird ins Internet verlagert und ist damit zahllosen (und nicht mehr überschaubaren) legalen und illegalen Zugriffen ausgesetzt. Beide Situationen müssen bei Regelungsvorschlägen bedacht werden, da auch in Zukunft noch Unternehmen existieren, die die bei ihnen anfallenden Arbeitnehmerdaten voll nach außen hin abschirmen.⁴⁷⁰ Insoweit empfiehlt sich eine Zweiteilung.

1. Besserer Datenschutz innerhalb des Unternehmens

a. Übersichtlichkeit der rechtlichen Regelungen

Das BDSG zeichnet sich durch höchst komplizierte Formulierungen aus, die auch für den nicht auf Datenschutz spezialisierten Juristen schwer verständlich sind. Der normale Normadressat, der juristisch nicht vorgebildet ist, wird nur in seltenen Glücksfällen in der Lage sein, das vom Gesetz Gewollte zu erkennen und in die Praxis umzusetzen.⁴⁷¹ Dies ist ein höchst unbefriedigender Zustand. Ihn zu ändern, setzt voraus, sich über die Ursachen Klarheit zu verschaffen. Diese liegen lediglich zum Teil in der Entstehungsgeschichte der Normen, bei der nur Kompromisse möglich waren, was eindeutige Formulierungen typischerweise erschwert. Mindestens genauso bedeutsam ist die Tatsache, dass Regelungen, die für eine extrem große Zahl von Fällen gelten müssen, notwendigerweise abstrakt gehalten sein und „blutleer“ erscheinende Begriffe verwenden müssen. Den Umständen nach ist es unvermeidbar, Figuren wie „berechtigtes Interesse“ oder „schützwürdige Belange“ zu verwenden, da nur sie in der Lage sind, eine den jeweiligen Beteiligten gerecht werdende Lösung zu ermöglichen. Ohne eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung und die Aufsichtsbehörden kommt der Gesetzgeber angesichts der Unterschiedlichkeit der in Betracht kommenden Konstellationen nicht aus. Dieses

⁴⁷⁰ Vgl. Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 332.

⁴⁷¹ Ähnlich die Einschätzung der Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein modernes Datenschutzrecht, S. 4, 34

Phänomen kennt man auch aus anderen Rechtsgebieten wie dem Arbeits- und dem Gesellschaftsrecht, doch besteht im Arbeitnehmerdatenschutz eine Besonderheit: Die Zahl der Gerichtsentscheidungen ist erheblich geringer als in anderen Teilen der Rechtsordnung, die Erfahrungsberichte und Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden haben noch nicht die Autorität, die üblicherweise einer Gerichtsentscheidung beigemessen wird. Das schafft in der Praxis häufig eine Orientierungsunsicherheit, die für alle Beteiligten unerfreuliche Nebenwirkungen hat.⁴⁷² Diese Situation würde sich bei weitem noch verschlimmern, wenn ein großer Teil des Beschäftigtendatenschutzes auf die europäische Ebene gehoben würde, da dann bei weitem weniger „case law“ vorhanden wäre und zudem der EuGH als letztentscheidende (Interpretations-)Instanz wenig aussagekräftige Formulierungen bevorzugt.

Eine graduelle Verbesserung könnte dadurch eintreten, dass allzu komprimierte Formulierungen im BDSG „entwirrt“ und auf verschiedene Paragraphen verteilt werden. So ist es etwa nicht einzusehen, dass ein und dieselbe Bestimmung sowohl das Erheben als auch das Verarbeiten und das Nutzen personenbezogener Daten regelt und dass sich dort auch noch Regelungen über die Zweckentfremdung und über die Behandlung sensibler Daten finden (§ 28 BDSG). Durch Entzerrung könnte die Zugänglichkeit der Vorschriften für den interessierten Bürger deutlich verbessert werden.

b. Informationelle Gewaltenteilung

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für „Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung „erforderlich“ ist. Damit ist eine sehr weite Zwecksetzung angesprochen, die alle jene Daten erfassen kann, die sich in Personalinformationssystemen befinden wie auch solche, die im Rahmen der Arbeitsleistung anfallen; auch die Verknüpfung dieser Daten und die Erarbeitung neuer Aussagen über den Betroffenen können „erforderlich“ sein.

⁴⁷² Für eine Reihe von gesetzlichen Klarstellungen deshalb Franzen RDV 2014, 200, 202, die jedoch die Grundsatzfragen unberührt lassen.

In der Realität der Betriebe gibt es häufig spezifische Zwecke, die mit einer bestimmten Erhebung und Verarbeitung von Beschäftigendaten verfolgt werden. Es wird etwa die Zugangsberechtigung zu einem bestimmten Bereich erfasst – können die dabei anfallenden Daten dann auch für eine Pünktlichkeitskontrolle verwendet werden, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein kann? Wird das Kantinenessen über eine Karte abgerechnet, kann sich der Personalleiter dann bei einer möglichen Entsendung des Beschäftigten in ein Land mit „robuster“ Küche die Essgewohnheiten des Betroffenen ausdrucken lassen?

Schon nach geltendem Recht lässt sich unschwer dadurch eine Lösung finden, dass man auf § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG zurückgreift. Diese Bestimmung verlangt, dass bereits vor der Erhebung von Daten ein Zweck „konkret festzulegen“ ist. Aus der systematischen Stellung der Vorschrift, die nach den allgemein zulässigen Zwecksetzungen in § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG verortet ist, will sie ersichtlich für eine Zwecksetzung auf zwei Ebenen sorgen: Neben dem pauschalen Zweck (z. B. der Durchführung eines Vertrags) ist immer auch ein konkreter Zweck (Pünktlichkeitskontrolle) zu bestimmen. Dies lässt sich ergänzend mit dem Erforderlichkeitsprinzip rechtfertigen: Je enger der Zweck einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, umso geringer ist der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht.

Der nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG bestimmte Zweck kann nur verlassen werden, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Zweckentfremdung erfüllt sind. Diese ist derzeit in § 28 Abs. 2 BDSG geregelt,⁴⁷³ sollte jedoch auf eng bestimmte Ausnahmefälle beschränkt werden.⁴⁷⁴ Für bestimmte Daten wie z. B. die bei der Datensicherung anfallenden ist jede Zweckänderung ausgeschlossen.⁴⁷⁵

Die Festlegung auf einen bestimmten konkreten Zweck führt zu informationeller Gewaltenteilung.⁴⁷⁶ Diese ist jedoch nur dann effektiv, wenn die Personen nicht identisch sind, die sich in unterschiedlichen Zusammenhängen mit bestimmten Arbeitnehmerdaten befassen. Für den staatlichen Bereich hat das Bundesverfassungsgericht daraus die Konsequenz gezogen, dass die Kommunalstatistik (die Daten aus der Volkszählung erhält)

⁴⁷³ Zu ihrer praktischen Handhabung s. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 418 ff.; Taeger/Gabel-Taeger § 28 Rn. 113 ff.; Simitis-Simitis § 28 Rn. 167 ff.; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert-Wedde § 28 Rn. 65 ff.

⁴⁷⁴ Ebenso Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein Modernes Datenschutzrecht, S. 11

⁴⁷⁵ § 31 BDSG. Weitere Beispiele bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 424 ff.

⁴⁷⁶ Ebenso Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein modernes Datenschutzrecht, S. 10.

von anderen Aufgabenbereichen der Gemeinde und der Gemeindeverbände getrennt werden muss.⁴⁷⁷ In Unternehmen kann nichts anderes gelten, sobald eine dafür erforderliche Größe erreicht ist.

Diese bereits aus dem geltenden Recht abzuleitende Situation sollte ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden, da sie in der Praxis nur teilweise Beachtung findet. Man könnte etwa im Anschluss an § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG formulieren:

„Entsprechend § 28 Abs. 1 Satz 2 muss eine konkrete Zweckbestimmung erfolgen, bevor personenbezogene Daten eines Beschäftigten erhoben oder verarbeitet werden. Eine Verarbeitung oder Nutzung zu anderen Zwecken ist nur zulässig, wenn berechtigte Interessen des Arbeitgebers deutlich gegenüber schutzwürdigen Belangen des Arbeitnehmers überwiegen. Die Zwecksetzung nach Satz 1 darf in keinem Fall verlassen werden.“

c. Datentransparenz

Nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist dem Beschäftigten nur die „erstmalige“ Speicherung seiner Daten mitzuteilen. Selbst dieser Grundsatz kennt nach § 33 Abs. 2 BDSG zahlreiche Ausnahmen – so wenn beispielsweise die Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen wie einem sozialen Netzwerk entnommen wurden. Dies bedeutet, dass für den einzelnen Beschäftigten in der betrieblichen Praxis keineswegs Datentransparenz besteht: Er kann nicht beurteilen, ob und in welcher Weise beispielsweise jeder Internetkontakt von seinem PC aus oder die Gründe seiner Fehlzeiten aufgezeichnet werden. Weiter gibt es keine exakten zeitlichen Grenzen, wie lange auf ihn bezogene Daten gespeichert werden dürfen.

Die Informationspflicht des Arbeitgebers sollte erweitert werden. Dies könnte in der Weise geschehen, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte dem einzelnen Arbeitnehmer aus seinem Verfahrensverzeichnis alle die Dateien benennt, in denen Daten über den Arbeitnehmer gespeichert sind. Weiter sind nach Ablauf von zwei Jahren auf

⁴⁷⁷ BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1, 69, bestätigt durch BVerfG 18.12.1987 – 1 BvR 962/87, NJW 1988, 961: „Aus der Einheit der Gemeindeverwaltung folgt keine informationelle Einheit; der Grundsatz der informationellen Gewaltenteilung gilt auch innerhalb der Gemeindeverwaltung.“

Verlangen des Arbeitnehmers alle auf ihn bezogenen Daten zu löschen, es sei denn, der Arbeitgeber habe ein überwiegendes Interesse an der weiteren Speicherung. Dies kann insbesondere bei Abmahnungen Bedeutung gewinnen.⁴⁷⁸ Der Betriebsrat kann unter denselben Voraussetzungen Löschung verlangen, muss einen entsprechenden Wunsch jedoch dem Betroffenen vier Wochen vorher zur Kenntnis geben. Er kann einem entsprechenden Verlangen des Betriebsrats widersprechen und dieses damit gegenstandslos machen.

2. Arbeitnehmerdaten im Internet

Die wichtigsten Gefahren, die mit der Arbeit im Internet verbunden sind, wurden bereits oben⁴⁷⁹ dargestellt. Ihnen zu begegnen, reicht nicht ein einziges Mittel; vielmehr ist ein „Instrumentenmix“ unabdingbar.⁴⁸⁰ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen hier einige der in Betracht kommenden Mittel skizziert werden.

a. Datenvermeidung und Datensparsamkeit – Datenschutz durch Technik

Der in § 3a BDSG niedergelegte Grundsatz der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit hat bislang nur wenig praktische Bedeutung erlangt,⁴⁸¹ obwohl er gerade in Bezug auf Daten, die ins Internet gelangen oder dort generiert werden, besonders hilfreich sein könnte: Wo keine oder nur wenige Daten erzeugt werden, spielt auch ihre „Unbeherrschbarkeit“ nur noch eine untergeordnete Rolle. Bislang fehlt zu Unrecht ein ausreichender Anreiz für Unternehmen, sich um eine entsprechende Ausgestaltung der Technik zu kümmern. Dies könnte einmal – positiv – durch Gewährung eines Gütesiegels, zum andern – negativ – durch Verhängung von Bußgeldern erfolgen. Letzteres käme in Betracht, wenn naheliegende technische Gestaltungen, deren Machbarkeit außer Zweifel steht, nicht realisiert werden. In diesen Kontext gehört auch ein weit gefasstes Gebot der Anonymisierung, wodurch beispielsweise eine unbeobachtete Inanspruchnahme elektronischer Dienste sichergestellt werden kann.⁴⁸² Nutzerprofile mag man erstellen, sie dürfen aber nicht mehr personenbeziehbar sein. Soweit in Deutschland eingesetzte

⁴⁷⁸ Zum derzeitigen Rechtszustand s. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert-Däubler § 33 Rn. 23b

⁴⁷⁹ B IV 2

⁴⁸⁰ Weichert, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 345, 348

⁴⁸¹ Schaar, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 366 ff.

⁴⁸² Dafür auch Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein modernes Datenschutzrecht, S. 24

technische Geräte diesen Anforderungen gerecht werden, muss es die Betroffenen nicht interessieren, dass man andernorts nach abweichenden Grundsätzen verfährt.

b. Transparenz durch Technik

Noch nicht ausreichend diskutiert ist die auch Arbeitnehmer betreffende Frage, inwieweit die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten sichtbar gemacht werden kann. Geht es beispielsweise um das Einnähen von RFID-Chips in Kleidungsstücke, um die Verbrauchergewohnheiten und die Abnutzung zu erkunden, so sollte gleichzeitig dafür gesorgt werden, dass das Vorhandensein eines derartigen Chips von Smartphones angezeigt wird.⁴⁸³ Soweit ein Nutzerprofil notwendig ist, damit ein Produkt seine Funktion erfüllt,⁴⁸⁴ sollte der Nutzer darüber entscheiden können, ob sein Profil beim Anbieter oder bei ihm selbst im Endgerät gespeichert wird. Auch die Benutzung von Google Glass kann kenntlich gemacht werden.⁴⁸⁵

c. Recht auf Vergessenwerden

Im Internet besteht keine Kontrolle darüber, wer eine verfügbare Information kopiert und gespeichert hat. Dies gilt insbesondere für soziale Netzwerke. Der Betroffene kann aber ein vitales Interesse daran haben, dass ihm „Jugendsünden“ oder wirtschaftliche Fehlschläge nicht noch nach Jahrzehnten entgegen gehalten werden. Der EuGH hat in seiner Google-Entscheidung die Suchmaschinenbetreiber verpflichtet, ein Ereignis (konkret: Die Zwangsversteigerung eines Grundstücks), das zwölf Jahre zurück lag und für die heutige wirtschaftliche Situation der fraglichen Person irrelevant geworden war, seinen Nutzern nicht mehr anzuzeigen.⁴⁸⁶ Dies ist zu begrüßen, stellt aber nur einen ersten Schritt dar. Um Daten effektiv aus dem Internet zu verbannen, wird in der Literatur vorgeschlagen, sie von Anfang an zu verschlüsseln und im Zeitpunkt der gewollten Löschung den Schlüssel zu vernichten.⁴⁸⁷ Dies mag bei konzerninternen Daten sinnvoll sein, die nur dort gespeichert und genutzt werden. Stellt man die Daten dagegen ins Internet, würde durch die Verschlüsselung die

⁴⁸³ Beispiel bei Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 336

⁴⁸⁴ Beispiel bei Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), S. 337: Adaptive Navigationssysteme, die sich automatisch auf die Gewohnheiten und den Informationsbedarf des Nutzers einstellen.

⁴⁸⁵ Solmecke/Kocatepe ZD 2014, 22 ff.

⁴⁸⁶ EuGH 13.5.2014 – C-131/12, CuA 6/2014 S. 30.

⁴⁸⁷ Greveler/Wegener DuD 2010, 467. Zur „Zukunftstechnologie Verschlüsselung“ s. insbes. Schaar, Überwachung total, S. 244 ff.

allgemeine Zugänglichkeit (an der einem ja gelegen ist) erheblich leiden. Weitergehend wird ein „digitaler Radiergummi“ diskutiert, der bei Erreichen eines bestimmten Verfallsdatums die Datei automatisch vernichtet.⁴⁸⁸ Auch hier kommt der Technik eine ganz wesentliche Bedeutung zu.

d. Schutz des Persönlichkeitsrechts im Internet

Arbeitnehmerdaten geraten immer häufiger ins Internet.⁴⁸⁹ Dies kann zur Folge haben, dass der Betroffene Angriffen ausgesetzt ist, etwa in einem Bewertungsportal herabgewürdigt wird, oder dass sein Verhalten in sozialen Netzwerken Anlass für Verunglimpfungen ist. Soweit seine Internetpräsenz beruflichen Charakter hat, stellt sich das spezifisch arbeitsrechtliche Problem, ob ihn der Arbeitgeber bei der Abwehr solcher Angriffe unterstützen, ihm beispielsweise einen Rechtsanwalt bezahlen muss. Soweit der Arbeitnehmer sich selbst wehrt und ihm dadurch Aufwendungen entstehen, muss sie der Arbeitgeber entsprechend § 670 BGB ersetzen. Dies legt es nahe, dem Arbeitgeber von vorne herein eine Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB aufzuerlegen, dem durch die Arbeit in Schwierigkeiten gekommenen Arbeitnehmer einen Anwalt seiner Wahl zur Verfügung zu stellen.⁴⁹⁰ Die Rechtsprechung hatte über eine solche Unterstützungspflicht bisher nur in eher atypischen Fällen zu entscheiden. Verlangen etwa Belegschaftsangehörige oder Geschäftspartner die Kündigung eines Beschäftigten, muss sich der Arbeitgeber „vor den Arbeitnehmer stellen“, also insbesondere den Versuch unternehmen, die Druck Ausübenden von ihrer Forderung abzubringen.⁴⁹¹ Weiter hat das BAG den Arbeitgeber für verpflichtet angesehen, einem angestellten Lkw-Fahrer eine Kautionsersatzleistung zu ersetzen, die er im Ausland im Rahmen eines Strafverfahrens hinterlegt hatte und die verfallen war, weil er sich nicht den unzumutbaren Bedingungen des dortigen Strafvollzugs aussetzen wollte.⁴⁹² Eine klarstellende gesetzliche Regelung wäre durchaus wünschenswert.

3. Datenschutz als Wettbewerbsfaktor

Je mehr sich geschäftliche wie private Kommunikation elektronischer Mittel bedient, umso stärker scheint das Bedürfnis der Einzelnen zu werden, zumindest bestimmte Teile des Informationsaustausches vertraulich zu behandeln. Wer als Verbraucher nicht sicher sein kann, ob der Verkäufer die Kreditkartennummer auch wirklich diskret behandelt, wird sich

⁴⁸⁸ Dazu Federrath u. a. DuD 2011, 403 ff.; Kalabis/Selzer DuD 2012, 670 ff. Zur Gestaltung der Hardware Gerling/Gerling DuD 2013, 445

⁴⁸⁹ S. oben B IV 2

⁴⁹⁰ Näher Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 897

⁴⁹¹ BAG AP Nr. 3 zu § 626 BGB Druckkündigung

⁴⁹² BAG 11.8. 1988 – 8 AZR 721/85 – AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = NZA 1989, 54

voraussichtlich dem E-Commerce verweigern und so eine einfache Form des Selbst Datenschutzes realisieren.⁴⁹³ Mangelhafter Datenschutz erweist sich so als Standortnachteil. Datenschützer und Unternehmen sehen sich als Verbündete.

Im BDSG 2001 hat dieser Gedanke einen gewissen Niederschlag gefunden, wenn auch in höchst vorsichtiger Weise. In Anlehnung an das Umwelt-Audit sieht § 9a Satz 1 BDSG ein Datenschutz-Audit vor: Danach können Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und datenverarbeitende Stellen ihr Datenschutzkonzept sowie ihre technischen Einrichtungen durch unabhängige und zertifizierte Gutachter prüfen und bewerten lassen sowie das Ergebnis der Prüfung veröffentlichen. Ein datenschutzrechtliches Gütesiegel soll die Kommunikation und damit auch den geschäftlichen Erfolg erleichtern nach dem Motto: Mit zertifizierten Partnern verhandelt sich's besser.⁴⁹⁴ Auch wird die Auftragsdatenverarbeitung entscheidend erleichtert, wenn der Auftragnehmer von unabhängigen Stellen als seriös und verlässlich eingestuft wurde.⁴⁹⁵

Dieser Grundsatzentscheidung folgt jedoch in § 9a Satz 2 BDSG eine entscheidende Einschränkung: Die näheren Anforderungen an die Prüfung und Bewertung, das Verfahren sowie (insbesondere) die Auswahl und Zulassung der Gutachter müssen durch besonderes Gesetz geregelt werden. Einen entsprechenden Entwurf hatte die Bundesregierung im Parlament eingebracht,⁴⁹⁶ ließ ihn jedoch 2009 aufgrund zahlreicher nicht unberechtigter Einwände wieder fallen.⁴⁹⁷ Seither wird dieses Konzept jedenfalls auf Bundesebene nicht mehr weiterverfolgt. Stattdessen wurde eine „Stiftung Datenschutz“ gegründet, die sich (auch) um das Datenschutzaudit kümmern soll, doch ist Näheres derzeit noch nicht entschieden.⁴⁹⁸ Die europäische Entwicklung ist unsicher.⁴⁹⁹

In Schleswig-Holstein (und in Bremen) existiert allerdings seit vielen Jahren eine Datenschutz-Audit-Regelung,⁵⁰⁰ die Modellcharakter gewinnen könnte. Sie hat dazu

⁴⁹³ Auf den zunehmenden Personalisierungsgrad in der Kundenbetreuung verweist zu Recht Büllesbach, RDV 2002, 55; vgl. weiter Weichert, DuD 2001, 265.

⁴⁹⁴ Dazu etwa Bäumlner, RDV 2001, 167ff. und DuD 2002, 325ff.; Gerhold/Heil, DuD 2001, 378; Kloepfer, § 8 Rn. 91; Wedde/Schröder, AiB 2001, 284

⁴⁹⁵ Mester DuD 2014, 198. Dazu näher und unter Einbeziehung der erst zu klärenden Vorfragen Bittner RDV 2014, 315 ff.

⁴⁹⁶ BT-Drucksache 16/12011. Übersicht über die Regelungsinhalte bei Schultze-Melling in: Taeger/Gabel § 9a Rn. 11 ff.

⁴⁹⁷ BT-Drucksache 16/13657

⁴⁹⁸ Mester DuD 2014, 198; Schultze-Melling in: Taeger/Gabel, § 9a En. 10

⁴⁹⁹ Zu den dabei verfolgten Ansätzen s. Hornung/Hartl ZD 2014, 219 ff.

⁵⁰⁰ § 43 Abs. 2 LDSG

geführt, dass am 18. Januar 2002 der Landrat des Kreises Ostholstein erstmalig in Deutschland ein »Datenschutz-Audit-Zertifikat« erhalten hat, das vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein verliehen wurde.⁵⁰¹ Auf diesem Wege fortzufahren und so ein wenig mehr Transparenz auf dem Markt zu schaffen, erscheint nicht nur im Verbraucherinteresse sinnvoll.⁵⁰² Auch die Anbieter und die Allgemeinheit müssten sich mit solchen Überlegungen anfreunden können.⁵⁰³

Auch auf einer anderen Ebene kann das Wettbewerbsrecht einen gewissen Beitrag zur Verbesserung des Datenschutzes leisten. Angebote, die auf einer Verletzung von Datenschutzrecht beruhen, verstoßen gegen § 3 UWG und müssen deshalb über kurz oder lang wieder vom (offiziellen) Markt verschwinden.⁵⁰⁴ Auch das OLG Frankfurt/M.⁵⁰⁵ vertrat den Standpunkt, ein Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht mache ein Informationsangebot sittenwidrig, so dass es vom Markt verdrängt werden könne. Niemand wird erwarten, dass die Klagen von Konkurrenten oder Verbraucherverbänden nach § 8 Abs. 3 UWG zu einem zentralen Mittel der konsequenteren Umsetzung des Datenschutzrechts werden; dennoch sollte auch dieser Weg nicht von vorne herein ungenutzt bleiben.

III. Durchsetzungsperspektiven

Reformen tun sich schwer im Datenschutzrecht. Der Regierungsentwurf einer Ergänzung des BDSG um spezifische Regeln des Beschäftigtendatenschutzes ist in der 2013 zu Ende gegangenen Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet worden. Weshalb ein weitergehender Entwurf zum Datenschutzrecht insgesamt⁵⁰⁶ nicht umgesetzt werden konnte, hat einer der Initiatoren auf der Grundlage seiner eigenen Erfahrungen herausgearbeitet.⁵⁰⁷ Beim Datenschutz handelt es sich um eine „Querschnittsmaterie“, die sehr viele Lebensbereiche und darauf bezogene Teil der Rechtsordnung erfasst. Von daher ist ein Konsens schwerer als in anderen Bereichen zu erreichen.

⁵⁰¹ Mitgeteilt in DuD 2002, 132.

⁵⁰² S. Weichert, DuD 2001, 284: Datenschutz als Verbraucherschutz

⁵⁰³ Zur (wenig überzeugenden) Alternative eines Rating s. Kladroba, DuD 2002, 335ff.

⁵⁰⁴ S. OLG Köln 10.11.2000 – 6 U 105/00, RDV 2001, 103 für den (damals) rechtswidrigen Vertrieb »umgekehrter« Telefonbücher.

⁵⁰⁵ 13.12.2000 – 13 U 204/98 – RDV 2001, 131

⁵⁰⁶ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, o. O. und o. J. (2002)

⁵⁰⁷ Roßnagel, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, S. 333 ff.

Soweit es wie hier ausschließlich um Beschäftigtendatenschutz geht, bestehen im Prinzip keine anderen Bedingungen als bei sonstigen Änderungen im Arbeitsrecht.⁵⁰⁸ Im Prinzip könnte man sogar günstigere Voraussetzungen annehmen, weil auch solche Personen, die in der Unternehmenshierarchie hoch angesiedelt sind, ein eigenes Interesse daran haben, dass z. B. die in ihrer Personalakte befindlichen Daten diskret behandelt werden. Dazu kommt, dass Datenschutz nicht notwendig immer Kosten verursacht und dass die Öffentlichkeit – insbesondere seit den Datenskandalen der Jahre 2008 und 2009⁵⁰⁹ - sehr sensibel auf Datenschutzverstöße reagiert; im Einzelfall könnte darunter der geschäftliche Erfolg erheblich leiden. Weiter gibt es in Form der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie der Aufsichtsbehörden nach § 38 BDSG spezielle Instanzen, die sich für den Datenschutz und seine praktische Umsetzung einsetzen. Auch die betrieblichen Datenschutzbeauftragten lassen sich hier einordnen.

Dennoch stoßen Initiativen zugunsten eines besseren Datenschutzes für die Beschäftigten auf erhebliche Vorbehalte, weil es Teilen der Arbeitgeberseite und der staatlichen Verwaltung nicht nur darum geht, möglichst Kosten zu sparen. Vielmehr wird befürchtet, dass Kontrollmöglichkeiten übermäßig beschränkt werden und sich deshalb illegales oder jedenfalls „compliancewidriges“ Verhalten im Betrieb breit machen könnte. Die Realisierungschancen für Vorschläge wie die oben skizzierten werden sich deshalb erst dann verbessern, wenn sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das Frei-Sein von dauernder Überwachung eine gute Voraussetzung für produktives Arbeiten darstellt. Auch dies gilt freilich nur, wenn der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten entsprechend große Spielräume lässt. Ob dies der Fall sein wird, kann derzeit nur Objekt von Spekulationen sein.

⁵⁰⁸ Zu ihnen oben D V 4.

⁵⁰⁹ Übersicht bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 2a – 2g

Literaturverzeichnis

Anzinger, Rudolf und Koberski, Wolfgang, Kommentar ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2014

Apt, Wenke; Peter, Martin; v. Stokar, Thomas; Pärli, Kurt; Bovenschulte, Marc, Der Wandel der Arbeitswelt in der Schweiz. Gesellschaftliche, strukturelle und technologische Entwicklungen, Working paper of the Institute for Innovation and Technology, Nr. 20 (2014)

Ascheid, Rainer; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht. Kommentar, 4. Aufl., München 2012

Auernhammer, Herbert (Begr.), BDSG. Kommentar, 4. Aufl., Köln 2014

Baeck, Ulrich; Deutsch, Markus (unter Mitarbeit von Kramer, Nadine Barbara), Arbeitszeitgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2014

Bäumler, Hartmut, Datenschutzrechtliche Grenzen der Videoüberwachung, RDV 2001, 67 – 71

Ders., Marktwirtschaftlicher Datenschutz, DuD 2002, 325, 329

Bauer, Jobst-Hubertus und Diller, Martin, Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 6. Aufl., München 2012

Baunack, Sebastian, Einsatz mobiler Arbeitsmittel außerhalb der Arbeitszeit, AiB 2012, 500 – 504

Bechtold, Rainer, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1 – 96,130, 131). Kommentar, 7. Aufl., München 2013

Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014

Dies., Amazonisierung oder Humanisierung der Arbeit durch Crowdsourcing? Gewerkschaftliche Perspektiven in einer digitalen Arbeitswelt, in: Dieselbe (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 289 – 300

Dies. Amazonisierung der Arbeit durch Crowdsourcing? Gewerkschaftliche Perspektiven in der digitalen Arbeitswelt, CuA 4/2014 S. 17 – 20

Bissels, Alexander; Domke, Carsten; Wisskirchen, Gerlind, BlackBerry & Co.: Was ist heute Arbeitszeit? DB 2010, 2052 – 2055

Bittner, Timo, Das Datenschutzaudit bei Auftragsdatenverarbeitern. Ein Überblick über Anforderungen und bisherige Entwicklungen, RDV 2014, 315 – 319

Böhm, Michaela, Digitale Tagelöhner, AiB 11/2014, S. 39 – 42

Dies., Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, CuA 10/2014 S. 15 – 16

Boemke, Burkhard, Das Telearbeitsverhältnis. Vertragstypus und Vertragsgestaltung, BB 2000, 147 – 154

Boewe, Jörn und Schulten, Johannes, Recht auf Abschalten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014, abrufbar unter www.boeckler.de

Büllesbach, Alfred, Überblick über Europäische Datenschutzregelungen bezüglich des Datenaustauschs mit Ländern außerhalb der Europäischen Union, RDV 2002, 55 – 60

Buschmann, Rudolf, Beschäftigte online. Die ständige Erreichbarkeit und ihre Folgen, PersR 2011, 247 – 250

Buschmann, Rudi und Ulber, Jürgen, Arbeitszeitgesetz. Basiskommentar, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2015

Cakir, Ahmet E., Aufräumen im Arbeitsschutz. Integration der Bildschirmarbeitsverordnung, CuA 1/2015 S. 24 – 26

Canaris, Claus-Wilhelm, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815 - 1821

Cherry, Miriam A., Mindestlohn für Crowdarbeit? Regelungen zum gesetzlichen Mindestlohn im digitalen Zeitalter, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 231 - 240

Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. Reinbek 2006

Ders., Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009

Ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (Zitierweise: Däubler-Bearbeiter, TVG)

Ders., Internet und Arbeitsrecht. Social Media, E-Mail-Kontrolle und BYOD - Bring your own device, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2013

Ders., Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2015

Ders., Die Flexibilität des Arbeitsrechts, in: FS Dieterich, München 1999, S. 63 – 81

Ders., Die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte, NZA 2003, 1297 - 1302

Ders., Arbeitsrecht und Informationstechnologien. Vom Umgang eines traditionellen Rechtsgebiets mit neuen Herausforderungen, CR 2005 S. 767 – 772

Ders., Domestic workers – the forgotten group? In: Schömann (ed.), Mélanges à la Mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute, Bruxelles 2011, S. 37 - 48

Ders., Für wen gilt das Arbeitsrecht? In: Henssler, Martin u. a. (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt, Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 82 – 93

Ders., Crowdfunding – Arbeitsform der Zukunft? Editorial Heft 7/2014 NZA S. III

Ders., Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? Eine Bestandsaufnahme, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, S. 243 – 274

Däubler, Wolfgang; Bonin, Birger; Deinert, Olaf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 4. Aufl., München 2014

Däubler, Wolfgang; Hjort, Jens-Peter; Schubert, Michael; Wolmerath, Martin (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (Zitierweise: HK-ArbR-Bearbeiter)

Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas; Wedde, Peter (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014 (Zitierweise: DKKW-Bearbeiter)

Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Lörcher, Klaus, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Dokumente, 2. Aufl., Köln 1994

Däubler, Wolfgang; Klebe, Thomas; Wedde, Peter; Weichert, Thilo, Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2014

Däubler-Gmelin, Herta, Die Entscheidung für die so genannte große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281 - 2289

Deinert, Olaf, Internationales Arbeitsrecht, Deutsches und europäisches Arbeitskollisionsrecht, Tübingen 2013

Denck, Johannes, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Gurtanschnallpflicht, RdA 1980, 246 - 252

Ders., Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht bei Nichtanlegen des Sicherheitsgurts, BB 1982, 682 – 684

Deppe, Hans-Ulrich, Industriearbeit und Medizin, Frankfurt/Main 1973

Diller, Martin und Schuster, Friderike, Rechtsfragen der elektronischen Personalakte, DB 2008 S. 928 – 932

Diringer, Arnd, Der Chefarzt als leitender Angestellter, NZA 2003, S. 890 – 896

Dulle, Klaus, Rechtsfragen der Telearbeit, Aachen 1989

Ehmann, Horst, Datenverarbeitung und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 2 – 11

Engelhardt, Norbert, „Kleine“ Tele(heim)arbeit, CF 3/2004, S. 18 – 20

Etzel, Gerhard; Bader, Peter u. a. , Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., Köln 2013 (Zitierweise: KR-Bearbeiter)

Falder, Roland, Immer erreichbar – Arbeitszeit- und Urlaubsrecht in Zeiten des technologischen Wandels, NZA 2010, 1150 – 1157

Federrath, Hannes u. a., Grenzen des „digitalen Radiergummis“, DuD 2011, 403 – 407

Fenski, Martin, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse. Heim- und Telearbeit, 2. Aufl., Neuwied 2000

Fitting, Karl (Begr.), Handkommentar zum BetrVG, 27. Aufl., München 2014

Forgó, Nikolaus; Helfrich, Marcus; Schneider, Jochen (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch, München 2014

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, herausgegeben von Helmuth v. Hahn u. a., Köln
Loseblatt

Franzen, Martin, Beschäftigtendatenschutz: Was wäre besser als der Status quo? RDV 2014,
200 – 202

Gaul, Björn, Leistungsdruck, psychische Belastung & Stress – Arbeitsrechtliche
Handlungserfordernisse – DB 2013, 60 – 65

Geis, Ivo, Die neuen Überwachungstechniken im Kontext eines digitalen
Personalaktensystems, RDV 2008, S. 64 – 66

Gerauer, Alfred, Keine Vergütungsfortzahlung bei Verletzungsfolgen beim Bungee-Springen,
NZA 1994, 496 – 497

Gerhold, Diethelm und Heil, Helmut, Das neue Bundesdatenschutzgesetz 2001, DuD 2001,
377 – 382

Gerling, Sebastian und Gerling, Rainer W., Wie realistisch ist ein „Recht auf
Vergessenwerden“? DuD 2013, 445 – 446

Gerloff, Jürgen; Meyer-Degenhardt, Klaus; Steinmüller, Wilhelm, Personaldatenverarbeitung
und Handlungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer, DuR 1984, 243 – 265

Giese, Gudrun, Abschalten gegen Dauerstress, AiB 9/2014 S. 64 – 66

Gola, Peter, Die Digitalisierung der Personalakte und der Datenschutz, RDV 2008, S. 135 –
142

Gola, Peter und Schomerus, Rudolf, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl.,
München 2012

Gola, Peter und Wronka, Georg, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Rechtsfragen und Handlungshilfen, 6. Aufl., Frechen 2013

Greveler, Ulrich und Wegener, Christoph, Ein Ansatz zur Umsetzung von Löschvorschriften mittels Verschlüsselung, DuD 2010, 467 – 471

Griese, Thomas, Zur Notwendigkeit und Effektivität eines verbesserten datenrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht, Berlin 1987

Gutjahr, Lidija und Hampe, Ingrid-Beate, Gefährdungsbeurteilung von psychischen Belastungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, DB 2012, 1208 – 1210

Hahn, Frank; Pfeiffer, Gerhard; Schubert, Jens (Hrsg.), Arbeitszeitrecht. Handkommentar, Baden-Baden 2014

Heinlein, Ingrid, Kein Mindestlohn und unbegrenzte Arbeitszeit für häusliche Pflegerinnen? AuR 2013, 469 - 475

Henssler, Martin; Willemsen, Heinz Josef; Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012 (Zitierweise: HWK-Bearbeiter)

Hepple, Bob, The Making of Labour Law in Europe, 1986

Hötte, Daniel Antonius, Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR 2014, 795 – 798

Hornung, Gerrit und Hartl, Korbinian, Datenschutz durch Marktanziege – auch in Europa? Stand der Diskussion zu Datenschutzzertifizierungen und Datenschutzaudit, ZD 2014, 219 – 225

Hromadka, Wolfgang, Arbeitnehmerähnliche Personen. Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, 1249 – 1256

IG Metall – Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing. Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit – am Beispiel IBM, Frankfurt/Main 2013

Irani, Lilly C.; Silberman, M. Six, Turkoicon. Ein Tool, um Arbeiter auf Mechanical Turk sichtbar zu machen, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 131 - 166

Joerges, Christian, Status und Kontrakt im Franchise-Recht, AG 1991, 325 - 351

Kalabis, Lukas und Selzer, Annika, Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung, DuD 2012, 670 - 675

Karg, Moritz, Verfahren E-Personalakte. Roter Faden für den Datenschutz, CuA 12/2013 S. 21 – 25

Kastner, Michael, „Entnetze dich!“, Die Mitbestimmung Heft 12/2013 (abrufbar unter www.boeckler.de)

Kehrmann, Karl und Pelikan, Wolfgang, Lohnfortzahlungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Köln 1973

Kiesche, Eberhard und Wilke, Matthias, Neue Überwachungsformen in Call-Centern. Zur Zulässigkeit von Stimmanalyse und „Keyword Spotting“, CuA 4/2012 S. 5 – 12

Kilian, Wolfgang (unter Mitarbeit von Thomas Heissner und Brigitte Maschmann-Schulz), Personalinformationssysteme in deutschen Großunternehmen, Berlin-Heidelberg-New York 1982

Kiper, Manuel, Verbesserungen für Bildschirmarbeiter. Neue gesetzliche Regelungen für die Arbeit an Computern, CuA 2/2015 S. 23 - 28

Kirchner, Stefan, Gutachten: Mobile und digitale Arbeit in Deutschland – ein branchenübergreifender Überblick, Hamburg 2014

Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2014

Kittner, Michael; Zwanziger, Bertram; Deinert, Olaf (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2013

Kittur, Anniket; Nickerson, Jeffrey V.; Bernstein, Michael S. u. a., Die Zukunft der Crowdarbeit, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 173 - 229

Kladroba, Andreas, Datenschutzrating statt Datenschutz Audit: Eine Alternative? DuD 2002, 335 – 337

Klebe, Thomas, Workers of the crowd unite? Betriebsratsrechte bei Crowdsourcing, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 277 – 284

Klebe Thomas und Neugebauer, Julia, Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite? AuR 2014, 4 - 7

Klebe, Thomas und Roth, Siegfried, Personalinformationssysteme, herausgegeben von der IG Metall, Köln 1986

Dies., Betriebsrat und Personaldatenverarbeitung AiB 1985, 131 – 136

Dies., Personalinformationssysteme – gewerkschaftliche Regelungsziele und betriebliche Praxis, CR 1987 S. 693 – 696

Kloepfer, Michael, Informationsrecht, München 2002

Klotz, Ulrich, Arbeit 2.0 – wie das Internet unsere Arbeitswelt verändert, CuA 6/2012 S. 18 – 23

Klug, Christoph, Die Vorabkontrolle – Eine neue Aufgabe für betriebliche und behördliche Datenschutzbeauftragte, RDV 2001 S. 12- 20

Kocher, Eva, Hausangestellte im deutschen Arbeitsrecht. Ratifikation der ILO-Konvention 189, NZA 2013, 929 – 934

Dies., Die Grenzen des Arbeitsrechts. Der rechtliche Schutz in der Erwerbsarbeit außerhalb von Arbeitsverhältnissen, KJ 2013, 145 – 157

Dies. und Welti, Felix, Autonomie und soziale Sicherheit – Anforderungen an arbeits- und sozialrechtliche Regulierung, WSI-Mitt. 2010, 299 – 305

Koepfen, Hajo, Datenschutztipp aus der Praxis, CuA 1/2014 S. 30 – 32

Kohte, Wolfhard; Faber, Ulrich; Feldhoff, Kerstin (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Kommentar, Baden-Baden 2014

Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein modernes Datenschutzrecht für das 21. Jahrhundert, Eckpunkte, 2010, abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Allgemein/79DSEckpunktepapierBroschuere.pdf?_blob=publicationFile

Konrad-Klein, Jochen, Personalentwicklung mit SAP HCM. Neue Pforten zur Mitbestimmung, CuA 6/2014 S. 9 – 12

Kort, Michael, Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, 1318 – 1326

Kramer, Dieter, Freizeit und Reproduktion der Arbeitskraft, Köln 1975

Kronig, Ralf, Gefährdungsbeurteilung in der IT-Branche. SAP-Betriebsvereinbarung gegen psychische Erkrankungen, CuA Heft 11 /2014 S. 13 – 16

Kühling, Jürgen und Biendl, Michael, Datenschutzrecht – Basis und Bremse des Cloud Computing. Rechtliche Hemmnisse und Lösungsvorschläge für eine breitere Etablierung von Cloud-Diensten, CR 2014, 150 – 156

Küttner, Wolfdieter (Hrsg.), Personalbuch 2014, München 2014 (Zitierweise: Küttner-Bearbeiter)

Leimeister, Marco, Einfluss auf das Gestalten von Crowdsourcing nehmen, Interview, CuA 10/2014, 17 – 20

Leimeister, Marco und Zogaj, Shkodran, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing. Eine Literaturstudie. Arbeitspapier Nr. 287 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2013

Leimeister, Marco; Zogaj, Shkodran; Blohm, Ivo, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 9 - 41

Linder, Marc, Dependent and Independent Contractors in recent U.S. Labour Law: An ambiguous Dichotomy rooted in simulated statutory purposelessness, Comparative Labor Law & Policy Journal vol. 21 (1999) p. 187 – 230

Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl-Matthias; Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009

Lyon-Caen, Gérard, La crise du droit du travail, in: Gamillscheg, Franz u. a., In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1980, S. 517 – 524

Mankowski, Peter, Die ausgebliebene Revolutionierung des Internationalen Privatrecht. Begegnungen des Internationalen Privat- und Prozessrechts mit IT, CR 2005, S. 758 – 762

Martin, Peter, Software ergonomisch gestalten. Benutzungsfreundliche Bildschirmarbeit, CuA 3/2014 S. 4 – 10

Maschmann, Frank; Sieg, Rainer; Göpfert, Burkard (Hrsg.), Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht,, Arbeits- und Anstellungsverträge, München 2012

Matthießen, Volker, Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes, ZIP 1988, 1089 - 1096

Maus, Wilhelm und Schmidt, Klaus, Kommentar zum Heimarbeitsgesetz, 3. Aufl., München 1976; 4. Aufl. unter Schmidt

Mayer, Udo, Mitarbeiter im Außendienst, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2011

Mengel, Anja, Compliance und Arbeitsrecht. Implementierung – Durchsetzung – Organisation, München 2009

Mester, Britta A, Datenschutzaudit, DuD 2014, 198

Mückenberger, Ulrich, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses. Hat das Arbeitsrecht noch Zukunft? ZSR 1985, 457 – 475

Müller-Gemmeke, Beate, Wir brauchen soziale Leitplanken in der neuen Arbeitswelt. Was der Wandel von Arbeitsformen für unsere Gesellschaft bedeutet, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 355 – 364

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015 (Zitierweise: ErfK-Verfasser)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 240, Band 4, §§ 611-704, 6. Aufl., München 2012 (Redakteur: Martin Henssler)

Nassibi, Ghazaleh, Schutz vor Lohndumping in Deutschland: eine Untersuchung des Arbeitsrechts, Arbeitsstrafrechts und Arbeitsvölkerrechts, Baden-Baden 2012

Nießen, Irene, Fünf Fragen an Nicolas Dittberner, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 93 – 96

Dies., Fünf Fragen an Claudia Pelzer und Ivo Blohm, Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 67 – 72

Offe, Claus; Hinrichs, Karl; Wiesenthal, Helmut (Hrsg.), Arbeitszeitpolitik. Formen und Folgen einer Neuverteilung der Arbeitszeit, 2. Auf., Frankfurt/Main – New York 1983

Palandt, Otto (Begr.), Kommentar zum BGB, 73. Aufl., München 2014 (Zitierweise; Palandt-Bearbeiter)

Peltzer, Heinz-Günther, Aufbau, Einsatz und Möglichkeiten eines Personalinformationssystems, DB 1983, 2139 – 2142

Peters, Falk, Personalinformationssysteme – Informationelle Selbstbestimmung oder kollektiver Arbeitnehmerdatenschutz? DSWR 1985 S. 186 – 191

Ders., Betrieblicher Datenschutz und Bundesdatenschutzgesetz, GMH 1977, S. 482 - 489

Plander, Harro, Erstreckung der Betriebsverfassung auf Arbeitnehmerähnliche durch analoge Anwendung der „Heimarbeitsklauseln“ des § 6 BetrVG? In: FS Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 272 – 285

Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzbestimmungen von TKG und TMG, Köln 2013

Preis, Ulrich (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und –gestaltung, 4. Aufl., Köln 2011 (Zitierweise: Preis-Bearbeiter)

Rehbinder, Manfred, Der Tankstellenvertrag im Blickpunkt der Rechtstatsachenforschung, Berlin 1974

Rehm, Herbert, Fünf Fragen an Monika Schäfer, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 61 - 65

Reinecke, Gerhard, Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung? ZIP 1998, 581 - 588

Richardi, Reinhard (Hrsg.), Kommentar zu BetrVG, 14. Aufl., München 2014 (Zitierweise: Richardi-Bearbeiter)

Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried; Wißmann, Helmut; Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2 Bände, 3. Aufl., München 2009 (Zitierweise: MünchArbR-Bearbeiter)

Richter, Ingo, Die Digitalisierung des Alltags, in: Mehde u. a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans-Peter Bull, Berlin 2012, S. 1041 – 1055

Roßnagel, Alexander, Modernisierung des Datenschutzrechts, in: Schmidt, Jan-Hinrik und Weichert, Thilo (Hrsg.), Datenschutz. Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen, Bonn 2012, S.331 – 344

Roßnagel, Alexander; Pfitzmann, Andreas; Garstka, Hansjürgen, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, o. O. und o. J. (2002)

Ruchhöft, Mattias, Unified Communications. Effizienz auf allen Kanälen? CuA 10/2014 S. 24 – 27

Sasse, Stefan, Burn-out als arbeitsrechtliches Problem – Rechtliche Fragen von Stress und psychischen Belastungen im Arbeitsverhältnis – BB 2013, 1717 – 1720

Schaar, Peter, Überwachung total. Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen, Berlin 2014

Ders., Der Funktionswandel des Datenschutzes, in: Mehde u. a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans-Peter Bull, Berlin 2012, S. 1057 – 1070

Ders., Systemdatenschutz – Datenschutz durch Technik oder warum wir eine Datenschutztechnologie brauchen, in: Schmidt, Jan-Hinrik und Weichert, Thilo (Hrsg.), Datenschutz. Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen, Bonn 2012, S. 363 – 371

Scharf, Günter, Geschichte der Arbeitszeitverkürzung, Frankfurt/Main 1987

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, bearbeitet von Koch, Ulrich; Linck, Rüdiger; Treber, Jürgen; Vogelsang, Hinrich, 15. Aufl., München 2013 (Zitierweise: Schaub-Bearbeiter)

Scheiwe, Kirsten und Schwach, Verena, Das Arbeitszeitrecht für Hausangestellte nach Ratifizierung der ILO-Konvention 189, NZA 2013, 1116 – 1120

Schlachter, Monika, Rechtsfragen virtueller Unternehmensorganisation: Telearbeit, in: Noack, Ulrich und Spindler, Gerald (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, München 2001, S. 199 – 231

Schliemann, Harald (Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl., München 2002

Ders., Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte Selbständigkeit? RdA 1997, 322 – 326

Schmidt, Klaus; Koberski, Wolfgang u. a., Kommentar zum Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl., München 1998

Schmidt, Tanja und Voss, Dorothea, Arbeitsmarkt- und geschlechtsdifferenzielle Einflussfaktoren für die Ausübung einer geringfügigen Nebenbeschäftigung, Industrielle Beziehungen, Heft 1/2014 S. 36 – 57

Schneider, Jörn A., Arbeitsrechtliche Vorhaben der Bundestagsparteien – Überblick über die Wahlprogramme, DB 2013, 1551 – 1555

Schneider, Michael, Streit um Arbeitszeit. Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland, Köln 1984

Schröder, Rainer, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, Frankfurt/Main 1992

Schubert, Claudia, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen: zugleich ein Beitrag zum Zusammenwirken von Arbeits- und Wirtschaftsrecht mit den zivilrechtlichen Generalklauseln, München 2004

Schwemmler, Michael und Wedde, Peter, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn/Berlin 2012

Seebacher, Krikor R., Immer Anschluss unter dieser Nummer, AiB 11/2014 S. 19 – 21

Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014

Ders., Schutz von Arbeitnehmerdaten. Regelungsdefizite – Lösungsvorschläge, herausgegeben vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1980

Ders., Datenschutz: Voraussetzung oder Ende der Kommunikation, in: FS Coing,, Frankfurt/Main 1982, S. 495 - 520

Ders., Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, S. 398 – 405

Ders., Developments in the Protection of Workers' personal Data, in: Conditions of Work Digest (herausgegeben vom Internationalen Arbeitsamt), Band 10/2 (1991), S. 7 – 24

Ders., Zur Internationalisierung des Arbeitnehmerdatenschutzes – Die Verhaltensregeln der Internationalen Arbeitsorganisation, FS Dieterich, München 1999, S. 601 – 627

Ders., Die Erosion des Datenschutzes – Von der Abstumpfung der alten Regelungen und den Schwierigkeiten, neue Instrumente zu entwickeln, in: Sokol, Bettina (Hrsg.), Neue Instrumente im Datenschutz, Düsseldorf 1999, S. 5 – 40

Ders., Arbeitnehmerdatenschutz – Realistische Erwartung oder Lippenbekenntnis? AuR 2001, 429 - 433

Solmecke, Christian und Kocatepe, Sibel, Google Glass – Der Gläserne Mensch 2.0. Die neueste technische Errungenschaft – ein Fluch oder eine Herausforderung? ZD 2014, 22 – 27

Sommer, Katrin, Personalinformationssysteme im radikalen Wandel. Successfactors von SAP – das schwarze Mitarbeiterdatenloch, CuA 6/2014 S. 4 – 8

Spamgirl (Deckname), „Sechs Dollar die Stunde sind das absolute Minimum“ Turken als neue Arbeitsform, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 99 – 111

Steinwender, Frank, Telefon-Kundenzentren und Arbeitnehmerdatenschutz. Datenschutz beim Dienstleister – regelbar oder vernebelt? CuA 1/2013 S. 28 - 30

Stoffels, Markus, AGB-Recht, 2. Aufl., München 2009

Strube, Sebastian, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing. Wie Amazons Mechanical Turk funktioniert, in: Benner, Christiane (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2014, S. 75 - 90

Taeger, Jürgen und Gabel, Detlev (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und des TMG, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2013

Tapper, Anne, Crowdworking – ein Blick in die Arbeitsbeziehungen der Zukunft, 2015, nach dem Manuskript zitiert

Thüsing, Gregor, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, München 2010

Tinnefeld, Marie-Theres; Buchner, Benedikt; Pektri, Thomas, Einführung in das Datenschutzrecht, 5. Aufl., München/Wien 2012

vbw, Die bayerische Wirtschaft, Moderne Arbeitswelt – Modernes Arbeitsrecht, Stand:
November 2014, abrufbar unter:
www.vbw-bayern.de/vbw/Aktionsfelder/Recht/Arbeitsrecht/vbw-Position-Moderne-Arbeitswelt-Modernes-Arbeitsrecht.jsp

Vogl, Gerlinde; Nies, Gerd, Mobile Arbeit, Frankfurt/Main 2013

Vormbaum, Thomas, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810 – 1918), Berlin 1980

Waltermann, Raimund, Sozialrecht, 10. Aufl., Heidelberg u. a. 2012

Walz, Stefan, Personalinformationen und Datenschutz, Die Mitbestimmung 1986, S. 292 – 295

Wank, Rolf, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988

Ders., Telearbeit, Heidelberg 1997

Ders., Die „neue Selbständigkeit“ DB 1992, 90 - 93

Wedde, Peter, Telearbeit. Arbeitsrecht – Sozialrecht –Datenschutz, 3. Aufl., München 2002

Ders., Entwicklung der Telearbeit. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, Bonn 1997

Ders., Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, 527 – 535

Wedde, Peter und Kunz, Olaf, Entgeltfortzahlungsgesetz. Basiskommentar, 3. Aufl., Köln 2003

Wedde, Peter und Schröder, Lothar, Qualität im Datenschutz – quid! AiB 2001, 284 – 287

Weichert, Thilo, Datenschutz als Verbraucherschutz, DuD 2001, 264 – 270

Ders., Cloud Computing und Datenschutz, DuD 2010, 679 – 687

Weth, Stephan; Herberger, Maximilian; Wächter, Michael (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht, München 2014

Wettmann, Hartmut, Verhaltens- und Leistungskontrolle mit elektronischen Systemen, AiB 1989, S. 7 – 8

Welkoborsky, Horst und Baumgarten, Birger, Aktiv gegen Arbeitsstress, AiB 12/2014 S. 51 – 53

Wolf, Manfred; Lindacher, Walter F.; Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 6. Aufl., München 2013

Wolff, Heinrich Amadeus und Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern. Kommentar, München 2013

Wolmerath, Martin, Virtuelles Unternehmen + Virtuelle Beschäftigte = Virtuelles Arbeitsrecht? FS Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 717- 729

Wybitul, Tim, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, Frankfurt/Main 2011

Zachert, Ulrich, Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989

Zmarzlik, Johannes, Entwurf eines Arbeitszeitgesetzes, BB 1993, 2009 - 2016

Zoebisch, Michael, Stimmungsanalyse durch Call-Center. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Analyse der emotionalen Verfassung anhand der Stimme, DuD 2011 S. 394 - 397

Abkürzungsverzeichnis

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Heft, Jahr und Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Jahr und Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BR- Drucksache	Bundesrats-Drucksache

BT-	
Drucksache	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung), Band und Seite
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CF	Computer-Fachwissen (Heft, Jahr und Seite)
CR	Computer und Recht (Jahr und Seite)
CuA	Computer und Arbeit (Heft, Jahr und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DSB	Datenschutzbeauftragter
DSWR	Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft und Recht (Jahr und Seite)
DuD	Datenschutz und Datensicherung (Jahr und Seite)
DuR	Demokratie und Recht (Jahr und Seite)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (s. Müller-Glöge u.a. im Literaturverzeichnis)

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewA	Gewerbearchiv (Jahr und Seite)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HAG	Heimarbeitsgesetz
HK-ArbR	Handkommentar Arbeitsrecht (s. Däubler, Hjort u. a. im Literaturverzeichnis)
HWK	Henssler-Willemsen-Kalb (s. Literaturverzeichnis unter Henssler)
KG	Kammergericht
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (s. Etzel u. a. im Literaturverzeichnis)
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Sammlung von Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LDSG	Landesdatenschutzgesetz
Ls.	Leitsatz

Mitb	Die Mitbestimmung (Heft, Jahr und Seite)
MMR	Multimedia und Recht (Jahr und Seite)
MüKo	Münchener Kommentar (s. Literaturverzeichnis)
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, s. im Literaturverzeichnis unter Richardi
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Jahr und Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersR	Der Personalrat (Jahr und Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Jahr und Seite)
RGBI	Reichsgesetzblatt (Jahr und Seite)
TB	Tätigkeitsbericht

TDDSG	Teledienstschutzgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des VGH
VO	Verordnung
ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Jahr und Seite)
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform (Jahr und Seite)
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (Jahr und Seite)