

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Debating the Gig Economy, Crowdwork and New Forms of Work

Wilma B. Liebman Seite 221

Wege zur Stärkung der Tarifbindung

Matteo Fornasier Seite 239

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 255

Ihr Schlüssel zum Kündigungsschutzrecht



Neuaufgabe!

Basiskommentar

Bertram Zwanziger / Silke Altmann
Heike Schneppendahl
Kündigungsschutzgesetz
Basiskommentar zu KSchG, §§ 622, 623
und 626 BGB, §§ 102, 103 BetrVG
5., aktualisierte Auflage
2018. 420 Seiten, kartoniert
€ 39,90
ISBN 978-3-7663-6617-7

Das Kündigungsschutzrecht ist auf den Einzelfall bezogen und zeichnet sich durch Differenzierung aus. Autor und Autorinnen arbeiten in diesem Basiskommentar die tragenden Prinzipien heraus. Damit ermöglichen sie allen mit dem Thema Befassten einen zuverlässigen Überblick und den schnellen Einstieg in die Materie. Die in der Rechtsprechung entwickelten und aufgenommenen Grundsätze stehen dabei im Mittelpunkt.

Neben dem Kündigungsschutzgesetz sind die den allgemeinen Kündigungsschutz betreffenden §§ 622, 623 und 626 BGB kommentiert. Außerdem werden ausführlich die §§ 102, 103 BetrVG über die Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen und den Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder behandelt.

Die Neuaufgabe berücksichtigt Gesetzesänderungen sowie Rechtsprechung und Literatur bis August 2017.

Impressum

Soziales Recht

ISSN 2193-5157

6/2017

Dezember 2017, 7. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel.: 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Hedderner Landstraße 144

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel.: 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel.: 069/79 50 10-602

E-Mail: thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnement der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe und Druck

Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,

Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die

Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des

Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der

vorherigen Zustimmung des Verlages.



www.bund-verlag.de/6617

kontakt@bund-verlag.de

Info-Telefon: 069/79 50 10-20

Debating the Gig Economy, Crowdwork and New Forms of Work

Wilma B. Liebman, Rutgers University School of Management and Labor Relations, New Brunswick, New Jersey*

I. Introduction

I am truly grateful for the opportunity to celebrate the legacy of Hugo Sinzheimer. He inspires through his moving personal story, his scholarly work and his vision of labor law that integrates the human story and the role of law in social transformation. The honor bestowed on Professor Sinzheimer by naming this lecture in his memory – and to me with your invitation to deliver this year’s lecture – is testimony to the candor of contemporary Germany, something which serves as a valuable lesson to many other countries, my own included.

The topic of this lecture is one of immense and global interest, often depicted in revolutionary terms. It is said that we are in »a disequilibrium time,« with the digital platform »radically changing business, the economy and society at large,«¹ and »making life easier and better for billions of people.«² At the forefront of this technology enabled platform economy is U.S. based Uber, valued at \$70 billion – the fastest growing start up in history. Venture capital, Silicon Valley and their media watchers are consumed, even obsessed, with companies, like Uber, aimed at disrupting an existing set of economic arrangements. In the U.S., there has been incessant news coverage of Uber and its business model, its corporate culture, and what it is like to work in the so-called »gig economy« that it fosters. In China, with perhaps the fastest growing development of platform work in the world, there is said to be an »enthusiasm for all things digital [...] »hyper-adoption of anything mobile, plus the almost uniform adoption of mobile payments [...].«³ The country’s »entire consumer economy« is said to be built around »two private smartphone payment platforms.«⁴

Disruption through technology has brought undeniable advantages, especially to consumers, but it has proceeded with relative indifference to its consequences for the nature of work or the well being of workers.⁵ This indifference has provoked close scrutiny of the platform

business model and the insecurities of its flexible work arrangements, and, in particular, its reliance on an online and on-demand labor market, willing to accept short-term, free-lance assignments, often at very low pay. This scrutiny has, in turn, triggered multiple policy debates in the U.S. and elsewhere, including:

- The »what to call it« debate;
- The data debate – how big is the platform or gig economy;
- The promise or peril debate – are these good jobs or bad jobs; what impact will these new forms of work have on the labor market; what does this mean for persistent and deep inequality;
- The legal and regulatory debates – are gig workers properly treated as independent contractors, excluded from

* Chairman, National Labor Relations Board (2009–2011); Member, NLRB, November 1997–January 2009; Visiting Scholar, Rutgers University School of Management and Labor Relations (2015–2017). This article has been adapted from the Hugo Sinzheimer lecture given at Goethe University Law School on 7 March 2017. It draws heavily on *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*, a study published in June 2017 under the aegis of the Hugo Sinzheimer Institut (HSI), that examines crowdwork under the workplace law regimes of Germany, Japan and the U.S. I thank the HSI for the opportunity to work on that project, and I thank Mason Pesek and Charles Both for their very valuable assistance with this article.

1 GG Parker et al., *Platform Revolution: How Networked Markets are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You* (New York, 2016) 31, 56, 60.

2 J Herrman, Platform Companies Are Becoming More Powerful – but What Exactly Do they Want?, *The New York Times Magazine* (21 March 2017).

3 S Denyer, China is introducing a new bike-share system in cities around the world. But not everyone’s thrilled, *The Washington Post* (31 August 2017) http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/china-exports-its-bike-sharing-revolution-to-the-us-and-the-world/2017/08/31/474c822a-87f4-11e7-9ce7-9e175d-8953fa_story.html?utm_term=.f9f043b7e093 (3 November 2017).

4 P Mozur, In Urban China, Cash Is Rapidly Becoming Obsolete, *The New York Times* (16 July 2017) <http://www.nytimes.com/2017/07/16/business/china-cash-smartphone-payments.html> (3 November 2017).

5 S Zuboff, Disruption’s Tragic Flaw, *Frankfurt Allgemeine* (23 March 2015) http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshana-zuboff-on-the-sharing-economy-13500770-p2.html?printPagedArticle=true#pageIndex_1 (3 November 2017) (»what we see in Uber and similar cases is a tragic flaw: disruption without discipline. Disruption without the institutionalization required for systemic coherence, which is essential for trust. [...] The tragedy is more than Uber’s. It affects all of us.«).

the rights, benefits and protections that »employee« status entails under workplace laws; are existing legal doctrines and institutions adequate for a changing workplace and labor market; should government respond to the digital transformation, and, if so, how and when;

- The future of work debate – what does the gig or platform economy mean for economic security, labor standards, social protections and worker bargaining power;
- The »revolution« debate – is everything old new again?

This article will outline these debates, which present more questions than answers, especially as the »gig economy« evolves while the industrial era legal regime that governs the workplace remains unchanged. There are, therefore, real tensions emerging between »new« business models and existing institutions. The 20th century social compact is failing too many people, but new systems for overseeing labor markets have not yet emerged. Ideally, these multiple policy debates could lead to a reimagined social compact adapted to the 21st century and to what some call the Fourth Industrial Revolution⁶ (or in Germany, Industry 4.0). But evaluating these debates cannot be divorced from the reality of politics: acute polarization in the U.S. (and elsewhere), surging populist anxieties, worrying antigovernment and deregulatory dogma, and deep divisions about the legitimacy and underlying values of labor law itself. The election of Donald Trump in the U.S. (with European parallels) has exposed obvious discontent with existing institutions and a backlash against technological change, globalization and a tilt towards capital without a countervailing power. As more people feel left behind, political risk escalates. It is critical, then, that we tackle the imbalances between the winners and losers, including those along the digital divide.

II. The »What to Call It« Debate

To begin, there is no agreement even on what to call this phenomenon. Numerous labels are used – the gig economy, on-demand economy, sharing economy, crowd based economy, platform economy, »conciierge economy« (»serfs who deliver stuff to rich folk«)⁷ – but each of these may mean something a bit different.⁸ Uber has been at the forefront, but the phenomenon is far broader.

Nor is the notion of working a »gig« new. Musicians, screen actors, construction, farm and domestic workers all typically work short duration gigs. But digital technology has enabled new platform based business models that have created new types of gigs, some lasting only a few seconds. The underlying characteristic of the platform economy is the use of a two-sided market through an online intermediary (called an app or platform) that decreases the transaction costs of labor outsourcing and connects a buyer/client with a pool of suppliers of goods and services. An algorithm allows for an effective matching of providers and users. A platform may allow a global reach to a labor market, but creates few standard jobs and may disaggregate work into discrete tasks. The platform business model typically relies not on regular employment relationships with individuals who work through the platform, but rather on short-term contracting arrangements.

The U.S. Commerce Department defines digital matching firms as those that (a) use information technology, typically available via web-based platforms, to facilitate peer-to-peer transactions; (b) rely on a user-based rating system for quality control between consumers and providers who have not previously met; (c) offer workers who provide services on the platforms flexibility in deciding working hours; and (d) to the extent that tools and assets are needed to provide a service, expect workers to use their own.⁹ But platforms vary widely, in terms of system architecture, governance mechanisms, work options and services provided – »there's an app for that.«¹⁰

Some platforms facilitate access to goods or property (like Airbnb) and some to self-employed workers or services. (This article deals only with labor platforms.) There are labor platforms that facilitate access to low to medium skilled

6 K Schwab, World Economic Forum, The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond (14 January 2016) <http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> (3 November 2017).

7 J Naughton, Meet tech's new concierge economy, where serfs deliver stuff to rich folk, *The Guardian* (27 December 2014).

8 S Greenhouse, The Whatchamacallit Economy, *The New York Times* (16 December 2016).

9 R Telles Jr., U.S. Department of Commerce, Office of the Chief Economist, ESA Issue Brief #01-16, Digital Matching Firms: A New Definition in the »Sharing Economy« Space (3 June 2016).

10 There's an App for that, *The Economist* (3 January 2015) <http://www.economist.com/news/briefing/21637355-freelance-workers-available-moments-notice-will-reshape-nature-companies-and> (3 November 2017).

work, and those that focus on high skilled activities (contributing to a digital divide). Some platforms operate in local labor markets, providing local services like driving and cleaning, and some organize or create markets on a trans-local or global scale. Uber, for example, is an international corporation, but it reorganizes local labor markets and provides local services. Even before Uber emerged, however, crowdwork platforms offered matching opportunities.

Unlike online marketplaces for real-world services performed in local labor markets (like Uber or TaskRabbit), crowdwork platforms allow their clients to access a truly global crowd of workers, a »human cloud« available 24/7, to take on work performed exclusively online. Hence, workers in high wage countries may be directly competing against those in low wage countries. Work options on crowdwork platforms range from low skill, micro pay microtasks (such as transcribing receipts or classifying images, sometimes called cognitive piecework), as on Amazon Mechanical Turk, to online freelancing projects (such as translation or secretarial work), as on Upwork (which claims 14 million users earning more than \$1 billion annually in 180 countries), to complex, more remunerative scientific challenges and competitions, requiring advanced design, technical, or scientific skills to solve difficult problems, as on open innovation platforms like Topcoder and InnoCentive.¹¹ Remuneration on these crowdwork platforms may go from one cent a task to tens of thousands of dollars for competition winners; tasks can last thirty seconds or several months. Clients are generally businesses, governmental agencies or professional entities (like academic researchers who use Amazon Mechanical Turk to conduct online experiments or surveys).

The range of platforms, working arrangements, circumstances of people working on the platforms, and types of work and services offered, complicates resolution of the problems of whether and how governments should intervene to regulate.

III. The Data Debate: how big is the gig economy?

The potential of the gig economy has been hyped and painted in rapturous terms. But there are skeptics and broad disagreement as to its size and significance. The President of the Economic Policy Institute, for example, has warned against dwelling on gig economy companies because that

»distracts from the central features of work in America that should be prominent in the public discussion: a disappointingly low minimum wage, lax overtime rules, weak collective bargaining rights, and excessive unemployment, to name a few.«¹² Indeed, conflicting data show »mixed signs of a momentous change in the nature of U.S. employment relationships over the last decade.«¹³ As a British study concluded, »The lack of definition and measurement has led to wildly different claims about its size and rate of expansion [...]. It is small wonder that policy-makers and others are struggling to come to terms with the phenomenon and what it might mean for employment practice, employment regulation and the quality of work.«¹⁴

In an effort to fill gaps in current and accurate data, Lawrence Katz at Harvard University and Alan Krueger at Princeton University conducted a study of alternative work arrangements generally from 2005–2015. Their key findings were:

- During that ten-year period, there was a 50% growth in a variety of alternative work arrangements (or gigs), including temporary help agency workers, on-call workers, workers hired through contract firms and independent contractors.
- The fastest growth was in workers hired through contract firms, rising from .6% of workers to 3.1%. The largest numbers were independent contractors.
- Online arrangements represented only .5% of all workers, a small segment but growing fast. Offline nonstandard work arrangements far outpaced online gig growth.
- Since 2005, all net U.S. employment growth was in alternative work arrangements, with a net loss in regular full-time employment. Nonstandard employment arrangements account for nearly 1 in 6 jobs, 9 million more than 10 years ago.¹⁵

11 These four platforms, representing four different platform models, are profiled in the U.S. chapters of B Waas/WB Liebman/A Lyubarsky/K Kezuka (ed.), *Crowdwork: A Comparative Law Perspective* (Frankfurt am Main, HIS-Schriftenreihe Bd. 22, 2017).

12 L Mishel, Uber is not the future of work, *The Atlantic* (16 November 2015).

13 LF Katz/AB Krueger, The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995–2015 (29 March 2016) 2, http://krueger.princeton.edu/sites/default/files/akrueger/files/katz_krueger_cws_-_march_29_20165.pdf (3 November 2017).

14 Chartered Institute of Personnel and Development (CIPD), To gig or not to gig? Stories from the modern economy (March 2017) 2 <http://www.cipd.co.uk/knowledge/work/trends/gig-economy-report> (3 November 2017).

15 Katz/Krueger (n. 13) 6–8.

In early 2016 the JPMorgan Chase Institute released a study of the online platform economy and income volatility. It concluded that online platform work options were used primarily to supplement income or when between jobs. They can help people »buffer against income and expense shocks« by becoming a secondary source of income.¹⁶ Later that year, it released another study that found that online labor platform participation continued to grow, but at a slower rate than before. Growth peaked in 2014, when the economy began to improve, although it was still increasing at 100% a year in terms of numbers and dollars earned. Monthly earnings from labor platforms had fallen and turnover was high. As the traditional labor market had strengthened, the non-employed were more likely than the employed to participate on labor platforms and to continue after 12 months.¹⁷

The picture may vary in a country like China. Didi Chuxing is called the »Uber of China,« but it dwarfs its U.S. rival,¹⁸ claiming somewhere between 14 and 17.5 million drivers, and 10–20 million rides daily (and that is perhaps just the beginning). Crowdsourcing platform Zhubaji is aiming to become a unicorn (one billion dollar valuation) and transform »from a so-called ›witkey website‹ into a ›super incubator‹ to stimulate entrepreneurship and encourage business start-ups in 35 mainland cities this year, expanding to 100 cities in over 10 years.«¹⁹ Asia now has the largest number of platform companies, with China dominating, although the market valuation of companies in the U.S. is far greater than in Asia. The highest concentration of platform headquarters is in the San Francisco Bay area, followed by Beijing. By some estimates there are as many as 300 workplace platforms operating around the world, such as U.S. based Upwork and TaskRabbit, Australia's Freelancer, and Israel's Fiverr (although workplace platforms have not achieved the valuations of other types of platforms).²⁰

Uber is the fastest growing start up in history, having grown from a local company to a global corporation with a market valuation of \$70 billion in five years. But, as the New York Times has observed, Uber's multiple problems and its (former) CEO's bold risk-taking have placed the »ride-hailing company on the brink of implosion.«²¹ Beyond Uber, a record influx of capital has fueled fast growth to platform companies of all sorts.²² »Predictably, platforms have long been intoxicating to investors.«²³ But

some analysts think that investors may be sobering up. The Wall Street Journal has reported, »funding for start-ups is drying up.«²⁴ Quartz Media reported that many services of the »on-demand economy [...] will die a swift, quiet death. [...] The on-demand bubble is poised to burst – and soon.«²⁵

16 D Farrell/F Greig, JPMorgan Chase & Co. Institute, Paychecks, Paydays, and the Online Platform Economy: Big Data on Income Volatility (16 February 2016) 2, 8. These findings were similar to those of the British CIPD study (n.14), finding that 4% of the British working population work in the gig economy, primarily to boost income and make ends meet (32%).

17 D Farrell/F Greig, JPMorgan Chase & Co. Institute, The Online Platform Economy: Has Growth Peaked? (November 2016). But see Freelancing in America 2017 (17 October 2017), the fourth annual study by Upwork and the Freelancers Union of the »independent workforce,« estimating that 36% of the U.S. workforce is freelancing, up 8.1% since 2014; and that freelancers are finding more work online, with 71% saying the amount of work they obtained online increased this year, up 5 points since 2016, <https://www.upwork.com/freelancing-in-america/2017/> (3 November 2017).

18 S Li, Didi Chuxing is called the »Uber of China,« but it dwarfs the US company, CNBC (13 May 2016) <https://www.cnbc.com/2016/05/13/how-big-is-didi-chuxing.html> (3 November 2017).

19 H Huifeng, Zhubajie charges on toward unicorn status, and flotation: With fresh investment of 2.6 billion yuan, the crowdsourcing platform hopes to transform itself into a »super incubator,« *South China Morning Post* (1 July 2016). See also Staffing Industry Analysts, Witkey Platforms – A Journey to the World of Online Work Platforms in China (27 November 2014). Witkey is defined as »a web-based system whereby users can exchange and purchase services and information, share knowledge and experience [...]«. »The ›literal translation is the key to open the wisdom. [...] to use the wisdom of the masses to solve the difficulties of a person or a difficult matter [...]«. <http://en.wikipedia.org/wiki/Witkey> (3 November 2017).

20 PC Evans and A Gawer, The Center for Global Enterprise, The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey (January 2016), http://www.thege.net/wp-content/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf (3 November 2017).

21 M Isaac, Uber's C.E.O. Plays With Fire, *The New York Times* (23 April 2017).

22 See, eg., A Griswold, Ikea is buying TaskRabbit because America's DIY spirit is dying, *Quartz* (28 September 2017) <http://qz.com/1089987/ikea-is-buying-taskrabbit-because-americas-diy-spirit-is-dying/> (3 November 2017) (»Over the past 10 years, venture capitalists have poured money into startups that hire cheap labor to do basic tasks for other people. [...] There are startups that will do your laundry, bring you booze, walk your dog, and give you a massage [...] The ›sharing‹ economy is a mess of middlemen services, enabled by smartphone apps, VC subsidies, and wealth inequality.«).

23 Hermann, n. 2.

24 C Mims, This Tech Bubble Is Bursting, *The Wall Street Journal* (2 May 2016). See also S Martin, Startup Funding Frenzy Cools: Financing for U.S. startups plunged 32% in 2016, *The Wall Street Journal* (13 January 2017).

25 S Rajaraman, The on-demand economy is a bubble – and it's about to burst, *Quartz* (28 April 2017) <http://qz.com/967474/the-on-demand-economy-is-a-bubble-and-its-about-to-burst/> (3 November 2017). See also A Griswold, RIP, A eulogy for the golden era of subsidized meals, which is finally over, *Quartz* (27 May 2017) <http://qz.com/993027/a-eulogy-for-the-golden-era-of-vc-subsidized-meals-which-is-finally-over/> (3 November 2017) (»the last three years have been less an innovation than a giant wealth transfer, from the VCs and startups they funded to the consumers who got a free lunch along the way.«).

IV. The Promise or Peril Debate

Platform economy debates mirror earlier debates over the belief that technological advance has the power to expand knowledge, deliver economic opportunity and solve big problems. Its impact on the labor market and whether it delivers good jobs or bad jobs are complex questions.²⁶ The realities for workers on these different platforms vary widely, offering risk and opportunity.

The platform business model is glorified for its ability to promote economic growth, offer firms and workers flexibility, expand opportunity, »find [...] spaces for employment in the inefficiencies of capitalism and exploit [...] them through the sheer scale of [...] the internet.«²⁷ Without question, it facilitates endless matching opportunities and transactions worldwide that could not happen without the enabling technologies. Individuals can work when they wish, from wherever they happen to be, choosing from a variety of jobs. Some workers make more money than they otherwise could or simply make money they otherwise couldn't: for those fixed at home because of disability or caring for children or the elderly, this contingent work may be their only option for getting by. For others, it supplements income from regular jobs.

The opportunities on open innovation platforms are distinctive. For one, the participants are generally highly skilled, many with PhD degrees. The challenges or competitions allow research labs and other clients (including governmental) to tap into global talent to solve difficult problems. TopCoder, for example, provides the IT sector an online venue where a global community of engineers and designers can connect with clients worldwide. Even if they do not win a competition, participants on these platforms can gain experience and learn from the people around the world with whom they may collaborate. Some platforms are expressly geared at creating teams or »flash organizations« to »execute a single, complex project.« While the teams disband when the project is complete, the »flash organization« is said to offer the potential for the freelancers to »develop [...] solidarity and collective behavior.«²⁸

For firms, online platforms offer flexibility, lower transaction costs, lower barriers for market entry, access to a broader talent pool and wider markets. Online platforms could potentially ease a variety of labor market dysfunctions: by more effectively bringing together individuals with work; drawing in new participants; serving as clea-

ringhouses; helping workers find work that more closely suits their talents, skills or preferences; shortening job searches, thereby reducing periods of unemployment; and creating greater transparency around the demand for skills. A McKinsey Global Institute report estimated that worldwide up to 540 million individuals could benefit by 2025.²⁹

Increasingly, however, »[a]mid the cheerleading«³⁰ these business models are being questioned as posing risks for individuals, the labor market and society generally. There is unease about the architecture of these networks and the imbalance of power between platforms and their participants, with the potential for exploitation. Amazon Mechanical Turk, for example, is called a digital sweatshop, and there is a fear that »technology is turning many workers into the equivalent of insecure digital sharecroppers rather than collaborative creative spirits.«³¹ In particular, the platforms' relationship to established power in the form of capital investment is causing concern. Despite the rhetoric of the »sharing« or »collaborative« economy, many platform entrepreneurs are electing legal, financial and governance structures for their ventures that privilege investors, at the expense of workers. This is reinforcing the decline in labor's share of corporate income over the last 15 years (a 6.8% drop),³² in favor of shareholder advantage.

Critics believe that this type of work is eroding labor standards and rights for workers worldwide, placing downward pressure on wages, promoting economic insecurity and anxiety under the guise of enhanced flexibility, as well

26 A Kalleberg and M Dunn, Good Jobs, Bad Jobs in the Gig Economy (Fall 2016) 20 *Perspectives on Work* 10.

27 T Adams, My father had one job in his life, I've had six in mine, my kids will have six at the same time, *The Guardian* (29 November 2015).

28 N Scheiber, The Pop-Up Employer: Build a Team, Do the Job, Say Goodbye, *The New York Times* (12 July 2017) (describing »revolutionary potential« of the model, which could also »easily compound insecurity«). See also J Russell, Indiez aims to raise the quality of freelancer platforms, *TechCrunch* (17 October 2017) <http://techcrunch.com/2017/10/17/indiez/> (3 November 2017) (Indiez »aims to create a remotely distributed community of talent which works together on projects in a team-focused approach. [...] more like a regular working environment«).

29 J Manyika, McKinsey Global Institute, A Labor Market That Works: Connecting Talent with Opportunity in the Digital Age, *McKinsey Global Institute* (June 2015) 9.

30 J Herrman (n.2).

31 G Tett, PostCapitalism: A Guide to our Future, *Financial Times* (7 August 2015).

32 J Bivens, Economic Policy Institute, The decline in labor's share of corporate income since 2000 means \$535 billion less for workers (10 September 2015) <http://www.epi.org/publication/understanding-the-historic-divergence-between-productivity-and-a-typical-workers-pay-why-it-matters-and-why-its-real/> (3 November 2017).

as fueling anti-globalization populism. Platform architecture and governance mechanisms may vary, as well as the terms and conditions imposed on workers,³³ but many platforms re-organize work that may traditionally have relied on employment relationships into self-employment, increasingly more precarious. Crowdwork platforms with a global reach may facilitate the remote provision of services, leading to more offshoring of work from local labor markets. The pay for work transacted on platforms is often poor, fee structures may be changed unilaterally, and there are no benefits or training. Sometimes workers are not paid; sometimes they are deactivated from platforms. In many cases, the platform affords workers no ability to bargain, seek recourse or have disputes resolved. As independent contractors, they have no legal protections against discrimination or rights to engage in collective activity. There may be little transparency about the work, who the work is for, and what will be paid. Surveillance and monitoring can occur. There is a serious risk that this work, particularly in a regulatory vacuum, »will fall into an intellectual framing focused on low-cost results and exploitative labor.«³⁴

The elevation of these market-mediated forms of work has »obscured the benefits brought by the employment relationship to both firms and workers,«³⁵ and to communities. Yet firms are increasingly seeking to avoid the consequences of employing workers directly. At a Future of Work symposium conducted by the U.S. Department of Labor in December 2015, a top executive in the investment banking division of Barclays delivered a dose of reality when he conceded that many CEOs will »do anything possible [...] not to hire another full-time employee.« Many believe that »technology often does it better. [...] People are a pain to manage.«³⁶

Those sentiments reflect larger trends, what workplace scholar (and former Obama era wage and hour administrator) David Weil has described as the »fissured workplace.«³⁷ Beginning in the 1980s, corporations have been under increasing pressure to raise profits by shedding non-core tasks and shifting them to other entities. Vertically integrated corporations began to dis-integrate with firms choosing to specialize, shifting risk away from the corporation to networks of smaller business units, and making greater use of subcontractors, independent contractors and the franchise business model. Lead businesses, the firms that directly employ workers who provide goods and services in the economy, remain and may continue to provide generous pay

and benefits to their workforce. But the workers whose jobs have been shed (or fissured) to other subordinate businesses face far more competitive market conditions. As Weil explains, tasks and functions are now outsourced to low margin low wage subcontractors, with poor benefit coverage and a greater incidence of labor standards violations and misclassification of workers as independent contractors, removing them from rights and protections entirely.

Online outsourcing can be seen as the latest stage of the »fissured workplace.« A group of business scholars described the stages:

»First came outsourcing of IT and business processes. Next came offshore outsourcing. Now comes the human cloud. A third-generation sourcing ecosystem [...] the human cloud is centered on an online middleman that engages a pool of virtual workers that can be tapped on demand to provide a wide range of services to any interested buyer.«³⁸

Some see the »human cloud,« in particular, as »potentially more disruptive than the earlier sourcing waves.«³⁹ It disrupts standard employment relationships, moves work outside the protection of workplace laws, beyond national borders and into a virtual world; eliminates internal labor market functions that employers typically perform, turns over reputa-

33 For those who compete on challenge-based platforms, the key risks are the investment of time coupled with the unlikelihood of winning and making any money (although some find benefits in the competition itself, regardless of winning), along with concerns about protecting their intellectual property.

34 A Kittur, et al., The Future of Crowd Work, Proceedings of the 2013 conference on Computer Supported Cooperative Work (CSCW '13) (San Antonio, 23–27 February 2013) <http://hci.stanford.edu/publications/2013/CrowdWork/futureofcrowdwork-cscw2013.pdf> (3 November 2017). See generally J Drahokoupil/B Fabo, The platform economy and the disruption of the employment relationship, *ETUI Policy Brief No. 5* (2016).

35 D Marsden, Introduction: Can the Right Employment Institutions Create Jobs? in D Marsden/H Stephenson (eds.) *Labour Law and Social Insurance in the New Economy: A Debate on the Supiot Report*, (London, Centre for Economic Performance, July 2001) 2 (The employment relationship »enables firms to hire workers on the basis of only very general indication as to the nature of their work. It is open-ended not just in its duration, but also in the types of work tasks to be assigned. It also enables workers to invest in firm-specific skills, and firms to develop key organisational capabilities. Because of its superiority over the forms of labour sub-contracting that had dominated in today's major industrial countries up to the late nineteenth century, it gradually came to displace them.«)

36 Comments of Steven Berkenfeld. Video recording no longer found on Department of Labor website but available with author.

37 D Weil, *The Fissured Workplace: Why work became so bad for so many and what can be done to improve it* (Cambridge 2014).

38 E Kaganer, et al., *Managing the Human Cloud* (2013) 54 *MIT Sloan Management Review* 1.

39 Ibid, 3.

tion and quality control to consumers or business clients through rating systems, and shortens or displaces workplace relationships, shifting from a relational to transactional focus, with implications not only for economic security but also for self worth, dignity and community. Rather than flexibility, anxiety may be the true reality of working in the platform economy. This form of atomized and invisible work may exacerbate feelings of loneliness or anonymity, of being on your own, left out, and stripped of identity. Particularly for crowdworkers performing repetitive tasks in isolation, the challenge of building community and social links in increasingly unstructured work situations may be difficult.

There are also serious questions about what these trends mean for persistent and deep inequality around the world. Does the platform economy, with its vast matching opportunities, have the potential, as some believe, to alleviate inequality and encourage development, especially at the world's economic margins? Or will this business model, with the digital divide it may exacerbate, reinforce negative trends? That, for example, is a fear in South Africa, said to be one of the most unequal societies in the world as a legacy of apartheid.⁴⁰ Economist Lawrence Katz estimates that the fissuring of the workplace in general, which has resulted in segregating or sorting of workers into high skilled educated elites and low skilled »commodities,« has reduced labor's share (the percentage of economic output that accrues to workers in the form of compensation) and accounts for a quarter to a third of the increase of wage inequality in the U.S. since 1980. (By contrast, it used to be that working for an integrated corporation was a pathway out of poverty.)⁴¹ The European Trade Union Institute predicts that the digital economy is likely to create »an increasingly polarised society characterised by gaping inequality between the ›few winner-takes-all superstars‹ and the masses of ›losers‹ [...] and the proliferation of a new class of ›digital galley slaves‹ who perform the tasks for data sorting/entry/filtering/filing, cleaning up platforms, monitoring images, etc.«⁴²

It is too early to predict whether the gig economy will over time yield largely promise or peril. Undoubtedly, it may create opportunities for workers worldwide. But there is a risk of a »dark side of the digital revolution«⁴³ that will reinforce or create new divides – between capital and labor, high skill and low skill, winners and losers – especially as one firm or a small number of firms are able to capture an increasingly large market share.⁴⁴

V. Legal and Regulatory Debates

Legal and regulatory debates about the platform or gig economy are ongoing in the U.S., the European Union, and many countries worldwide. Underlying these debates are long-standing ideological clashes between a belief in markets and the wisdom or utility of labor market regulation. Boosters of the platform economy depict the business model's flexible work arrangements in terms reminiscent of the 19th century's worship of the entrepreneurial spirit and the choice artisans had in their daily lives, in contrast with wage earners' loss of freedom to the factory system. They warn that »regulatory obstacles« will increase costs, stifle innovation, reduce competitiveness, hinder economic growth, thwart job creation, threaten the business model, its flexible work arrangements, and the future of the digital economy.⁴⁵

40 This topic was discussed at an April 2017 workshop in Capetown sponsored by the Mandela Initiative on the subject of »disproportionate income differentials,« seeking ways to address the apartheid wage gap. See generally M Graham, et al. (2017), *The Risks and Rewards of Online Gig Work at the Global Margins* (Oxford, Oxford Internet Institute); A Hunt and F Machingura, A good gig? The rise of on-demand domestic work, *Overseas Development Institute Working Paper 07* (December 2016); T Vilakazi/SC Dube, Two very different responses to Uber – Kenya and South Africa, *The Conversation* (13 March 2017) <http://theconversation.com/two-very-different-responses-to-uber-kenya-and-south-africa-74262> (3 November 2017); SC Kuek, et al. (2015) *The Global Opportunity in Online Outsourcing* (Washington D.C., World Bank Group).

41 D Clement, Interview with Lawrence Katz, Federal Reserve bank of Minneapolis (25 September 2017) <http://www.minneapolisfed.org/publications/the-region/interview-with-lawrence-katz> (3 November 2017); LF Katz/AB Krueger, Documenting decline in U.S. economic mobility, *Science* (24 April 2017) 382–383 <http://science.sciencemag.org/content/sci/356/6336/382.full.pdf> (3 November 2017).

42 E Bruno, European Trade Union Institute, 10 things you should know about digitalization and its impact on labour markets (21 June 2016) <http://www.etui.org/News/10-things-you-should-know-about-digitalisation-and-its-impact-on-labour-markets> (3 November 2017). See also E Shmuel, Does the Sharing Economy Reproduce Inequality?, *Organizations and Social Change* (Boston, UMass, 8 September 2014).

43 C Degryse, (2016) Digitalisation of the economy and its impact on labour markets *European Trade Union Institute, Working Paper 2016.02*, 50 <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets> (3 November 2017).

44 See, eg., Hermann (n. 2); D Marin, Restoring Competition in the Digital Economy, *Project Syndicate* (17 May 2017); F Manjoo, How the Frightful Five Put Start-Ups in a Lose-Lose Situation, *The New York Times* (18 October 2017).

45 M Cohen/A Sundararajan, Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy (2015) 82 *University of Chicago Law Review Dialogue* 116, 116; F Manjoo, Silicon Valley's Politics: Liberal, With One Big Exception, *The New York Times* (6 September 2017) (Stanford University survey of Silicon Valley tech entrepreneurs finds they are overall »very liberal,« except they »are deeply suspicious of the government's efforts to regulate business, especially when it comes to labor [...]. They also hope to see the influence of both private and public-sector unions decline.«)

On the other hand, the realities of the largely unregulated platform economy and its working arrangements, and particularly of Uber's brazen tactics worldwide, are increasingly attracting scrutiny.⁴⁶ Governments are taking a closer look, and numerous lawsuits have been filed. But how to address concerns about these new forms of work within existing regulatory frameworks is challenging. Platform work arrangements may differ enormously, but all are hard to categorize under existing laws whose boundaries turn on status as an »employee« in a strict legal sense, defined variously (sometimes unhelpfully) in the different statutes, and turning on the application of multifactor tests, with no one factor decisive.⁴⁷

The basic U.S. workplace laws date from the 1930s New Deal period when an array of legislation was enacted to regulate business and the market in response to the Great Depression. In 1935 Congress enacted the National Labor Relations Act (NLRA) that guarantees employees the right to join unions and bargain collectively with their employers, and the Social Security Act, which provides benefits to retired and disabled workers and temporary income to unemployed employees. The 1938 Fair Labor Standards Act mandates a minimum wage, maximum hours and overtime pay (and outlaws child labor). Coupled with the collective bargaining system that the NLRA encouraged, these laws formed the foundation of the post-World War II social compact. The assumptions of the emerging social compact were a working life spent at a large organization in a major sector of the economy (like the manufacturing plants of the 1930s and 40s), under a stable contract of hire between a single employer and employees engaged in work of a continuing nature at a fixed location, with hierarchical organization of work, promotion ladders, and job security. For several decades these assumptions about the employment model were accurate. Management's priority in employment practice was to build a steady, loyal workforce, with health insurance and pension plans structured to tie workers to the firm.

Beginning in the late 1970s, however, this social order began to unravel. The workplace – and the nature of work itself – evolved in complicated ways in response to global and domestic competitive pressures and accelerating technological innovation. Facing increasing competitive and Wall Street pressures, firms began to seek »flexibility« by altering business models and the nature of the employment relationship. In this »fissured workplace« landscape, as described above, the goal of lifetime employment faded,

and employment became more precarious, with regular full-time work less common. For workers, what was once secure became uncertain. Organized labor's power declined, and workers' bargaining power eroded.

The question whether a worker is an employee or independent contractor excluded from the protections of workplace law has always been complicated. While the binary determination is said to represent »a choice between two fairly conflicting views,«⁴⁸ the legal battles in large part turn on the gray areas. As the Supreme Court recognized decades ago, »[f]ew problems in the law have given greater variety of application and conflict in results than the cases arising in the borderland between what is clearly an employer-employee relationship and what is clearly one of independent entrepreneurial dealing.«⁴⁹ The »employee« status issues arising with flexible work relationships, including the new platform based arrangements, are particularly complicated to resolve under this mid-20th century legal regime, with its assumptions about the employment model that increasingly are outdated.⁵⁰

Indeed, what these practices resemble is the »putting out« system of the 19th century, with its reliance on piecework, industrial homework and inside contractors.⁵¹ Under that system, each worker was essentially an independent con-

46 One debate, beyond the scope of this article, is whether platforms, especially those that operate in a local market, should be subject to the same regulatory regime as their non-platform rivals – eg., Uber and the taxicab industry.

47 The National Labor Relations Act (NLRA), for example, defines an »employee« as »any employee.« 29 U.S.C. § 152(3) (1935). The Fair Labor Standards Act (FLSA) defines an employee as a person employed by an employer. 46 U.S.C. § 203(g) (1938). Broadly speaking, the tests for defining employee status can be placed along a continuum, ranging from the narrowest – the common law test used under the NLRA – to the broadest – the »suffer or permit« test used under the FLSA, that often encompasses an assessment of the economic reality of the relationship.

48 *NLRB v United Insurance Co.*, 390 U.S. 254, 260 (1968).

49 *NLRB v Hearst Publications*, 322 U.S. 111, 121 (1944).

50 Notably, a handful of platforms do classify workers as employees, such as Managed by Q, Munchery and Instacart, suggesting that the platform business model and employee status are not intrinsically incompatible. A Griswold, Managed by Q's »good jobs« strategy is paying off for workers – and the company, Quartz (26 October 2017) <http://qz.com/1112199/managed-by-q-services-jobs-profitable/> (3 November 2017) (»contractor-powered gig economy startups have fallen on hard times [...]. Then there's Managed by Q, which is still hiring workers as employees,« pursuing a »good jobs strategy« that is paying off).

51 MW Finkin, Beclouded Work, Beclouded Workers in Historical Perspective (2016) 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 603; A Alkhatib, et al., Examining Crowd Work and Gig Work Through the Historical Lens of Piecework, published in Proceedings of the 2017 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (Denver, CO, May 2017) 4599–4616, <http://hci.stanford.edu/publications/2017/piecework/pn4226.pdf> (3 November 2017) (»by positioning on-demand labor as an instantiation or even a continuation of piecework, we can make sense of past events as part of a much larger series of interrelated phenomena.«)

tractor, turning out products (like shoes or cigars), usually at home. The firm provided workers with materials and paid them based on the finished product.⁵² Described as the »invisible hand of market forces,« these practices were replaced in the early 20th century by the »visible hand of management« of the vertically integrated corporation, with its internal labor markets.⁵³ The labor laws were written with the vertically integrated corporation as a model. In other words, the legal regime that governs today's workplaces is a product of the mid-20th century when the visible hand realities prevailed. Yet today's fissured (or dis-integrated) arrangements increasingly evoke the earlier era: wage setting is transformed into a pricing problem; workers are paid only for the task performed; platforms (and their clients) develop few binding commitments to workers; employment relationships are transformed into market transactions. As such, there is rising tension between these »new« business practices and models of work and existing legal doctrines.

In this context, lawsuits are being filed against a wide number of different platform companies, but notably Uber and its rival Lyft, by workers alleging misclassification as independent contractors and seeking the rights and benefits of employee status.⁵⁴ Many are filed under state and federal wage and hour laws. (To my knowledge, only one lawsuit has been filed against a crowdwork platform and that was settled in its early stages.⁵⁵) Preliminary decisions by the federal courts have been largely favorable to workers, especially on the threshold issue whether Uber or Lyft is a mere technological intermediary, as they both vigorously have argued, and not a transportation company. The courts have had little difficulty rejecting this argument, calling it »fatally flawed«⁵⁶ and »obviously wrong.«⁵⁷ But these courts have had more difficulty sorting out the classification issue, seeing some of the multiple factors that favor employee status and some that favor independent contractor, and refusing to rule on the status issue as a matter of law. As federal court Judge Chhabria famously said in the Lyft litigation, »the jury in this case will be handed a square peg and asked to choose between two round holes. The test the California courts have developed over the 20th Century for classifying workers isn't very helpful in addressing this 21st Century problem. Some factors point in one direction, some point in the other, and some are ambiguous.«⁵⁸ That case was subsequently settled.

In September 2017, a trial began in a case filed two years earlier against GrubHub, a food delivery platform.⁵⁹ It is

the first case of its kind to proceed to trial in federal court.⁶⁰ The plaintiff Raef Lawson, alleging employee status, seeks overtime pay and reimbursement for expenses incurred while making deliveries. Like Uber, GrubHub argues that it is not a food delivery company, but rather is the »premiere marketplace connecting diners with restaurants.«⁶¹ While Lawson's individual monetary claims are modest, a victory for him could have far broader implications.

Most of the federal court litigation brought against gig economy platforms has been filed as class actions. The class action lawsuit, permitted under the Federal Rules of Civil Procedure, is an important mechanism for aggregating in a single suit relatively modest claims arising from alleged wrongdoing affecting a large number of people. It has also been a »powerful instrument [...] of social and economic policy.«⁶² As such it has become controversial. Companies typically seek to avoid class actions. Over the last decade, the

52 P Cappelli, *The New Deal at Work: Managing the Market-Driven Workforce* (Cambridge, Harvard Business School Press, 1999) 51–57.

53 AD Chandler, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business* (Cambridge, Harvard University Press, 1977).

54 For a litigation overview, see, eg., M Cherry, *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work* (2016) 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 577.

55 *Otey v Crowdfunder, Inc.*, No. 12-CV-05524-JST, 2013 WL 5734146 (N.D. Cal. Oct. 22, 2013).

56 *O'Connor v Uber Techs., Inc.*, 82 F.Supp.3d 1133 (N.D. Cal. 2015).

57 *Cotter v Lyft, Inc.*, 60 F.Supp.3d 1067, 1078 (N.D. Cal. 2015).

58 *Cotter v Lyft, Inc.*, at 1081–1082.

59 *Lawson v GrubHub Holdings Inc.*, Case No. 15-cv-05128-JSC, 2017 WL 2951608 (N.D. Cal., July 10, 2017) (Order denying defendant's motion for summary judgment). See also C Farivar, *GrubHub trial may finally answer contractor vs. employee quandary, arstechnica* (30 June 2017) <http://arstechnica.com/tech-policy/2017/06/grubhub-trial-may-finally-answer-contractor-vs-employee-quandary/> (3 November 2017); MR Dickey, *GrubHub trial could have major implications for the gig economy, TechCrunch* (2 September 2017) <http://techcrunch.com/2017/09/02/grubhub-trial-could-have-major-implications-for-the-gig-economy/> (3 November 2017); MR Dickey, *Ex-GrubHub driver testifies on »ghost orders« and the acceptance rate hustle, TechCrunch* (6 September 2017) <http://techcrunch.com/2017/09/06/grubhub-ex-driver-lawson-testify/> (3 November 2017).

60 A variety of state administrative agency claims have been litigated, such as for unemployment compensation, and these have had mixed results. See, eg., *McGillis v Dept. of Economic Opportunity; and UBER*, Case No. 3D15-2758, Third District Court of Appeals, State of Florida (1 February 2017) (holding Uber driver to not be employee, denying claim for reemployment assistance); *Berwick v Uber Technologies, Inc.*, Case No. 11-46739 EK, Labor Commissioner of the State of California (3 June 2015) (holding Uber driver to be employee, granting claim for reimbursement of expenses).

61 MR Dickey, *GrubHub is not a food delivery company, says COO, TechCrunch* (8 September 2017) <http://techcrunch.com/2017/09/08/grubhub-is-not-a-food-delivery-company-says-coo/> (3 November 2017).

62 A Miller, *Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure* (2013) 88 *New York University Law Review* 286, 321–322.

U.S. Supreme Court has made it harder for workers (and consumers) to bring class action lawsuits to vindicate statutory rights, either by stiffening the procedural requirements for bringing a class action, or by allowing firms to eliminate the option altogether through mandatory arbitration clauses.⁶³ Increasingly, many firms, including platforms like Uber, Lyft and Amazon Mechanical Turk, are imposing mandatory arbitration agreements as a condition of working on the platform that purport to waive both the worker's right to sue in court and to proceed as a class, either in court or in arbitration. As a result, these platform lawsuits have encountered real procedural obstacles to proceeding, let alone prevailing, on the classification claims. The federal court of appeals in California has upheld Uber's arbitration and class action waiver agreements.⁶⁴ It remains to be seen how the cases against Uber will be resolved. The GrubHub lawsuit was originally brought as a class action, the judge denied class certification, leaving Lawson as the sole plaintiff to proceed to trial.

Highly publicized litigation has also been pursued outside the U.S. In a case brought against Uber in the United Kingdom, the tribunal (like the federal judges in the Uber and Lyft litigation) disallowed at the outset the argument that Uber is just a »tech company.« It then unreservedly rejected Uber's claims that its drivers are self-employed, finding that they provide the skilled labour through which »Uber delivers its services and earns its profits.« Finding that the drivers do not operate as independent businesses, the tribunal highlighted the fact that their remuneration is set by their agreement with Uber, which controls the fares and keeps a set percentage. Concluding that drivers »fall full square within« the statutory definition of »worker« entitled to minimum wage and paid leave, the tribunal caustically observed: »[t]he notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common »platform« is to our minds faintly ridiculous.«⁶⁵ The decision has been upheld by the Employment Appeal Tribunal, and Uber has said it will appeal further.⁶⁶ Adding to the drama, in September 2017, Transport for London denied Uber's application to renew its private hire license in London, saying the company was not »fit and proper« to hold the license. Uber has vowed to fight the ban.

Litigation against Uber has also been brought to the European Court of Justice. A Barcelona-based professional drivers organization filed a claim for unfair competition, asserting that Uber Spain does not have the right to provide its Uber-Pop service in the city of Barcelona, as neither the owners nor the drivers of the vehicles have the licenses or authori-

zations required under Barcelona's taxi service regulations. Uber predictably defended that it is a technology, and not transportation, company, and therefore that it cannot be required to comply with national law licensing requirements. On May 11, 2017, the Advocate General issued an opinion qualifying Uber as a transport company subject »to the conditions under which non-resident carriers may operate transport services within the Member States.« He based his decision on the relationship between the drivers and the platform, and Uber's control over both »the economically important aspects of the urban transport service offered through its platform« and »the conditions which drivers must fulfill in order to take up and pursue the activity.«⁶⁷ If the Court of Justice upholds his opinion, the next stage of litigation would entail resolution of the employee status claims.

There are many scholars and advocates who insist that if existing laws were rigorously enforced, most platform workers would properly be considered »employees,« with the only question being who exactly is the employer.⁶⁸ Flexible arrangements, they argue, are not inconsistent with »em-

63 See, eg., *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001) (upholding by a 5–4 vote a mandatory employment arbitration agreement barring an employee who has signed such an agreement from going to court to litigate disputes against the employer); and *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011) (holding by a 5–4 vote that class-action waivers in consumer arbitration agreements are enforceable). Pending before the Supreme Court is the question whether requiring an »employee« to sign a class action waiver as a condition of employment violates the NLRB's protection of the right to engage in »concerted activities.« *NLRB v. Murphy Oil USA, Inc.*, U.S. Supreme Court Docket No. 16–307.

64 *Mohamed v Uber Techs., Inc.*, 848 F.3d 1201 (9th Cir. 2016).

65 Reasons for the Reserved Judgment, Employment Tribunals between *Mr. Y Aslam, et al. v Uber B.V. et al.* (28 October 2016) Case no: 2202550/2015 and others (28 October 2016) <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (3 November 2017).

66 *Uber BV and others v Aslam and others EAT/0056/17* (judgment published 10 November 2017) <http://www.xperth.co.uk/law-reports/case/Uber-BV-and-others-v-Aslam-and-others-EAT005617/26410/> (26 November 2017). A case against Uber has been brought in South Africa claiming unfair dismissal of several drivers deactivated from the platform. The Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration asserted jurisdiction over the disputes, and Uber challenged that action. Ruling *in limine*, a Commissioner found the drivers to be employees for purposes of the Labour Relations Act 66 of 1995. *Uber South Africa Technological Services Ltd and NUPSAW and SATAWU, et al., South Africa Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration*, Case No. WECT12537-16 et al. (7 July 2017). Uber will seek review of the ruling in the Labour Court.

67 *Asociacion Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, SL*, Opinion of Advocate General Szpunar, Case C-434/15, Court of Justice of the European Union (11 May 2017). The Advocate General's Opinion is not binding on the Court of Justice, but is a proposed resolution to the case. A decision by the Court of Justice is awaited.

68 Even assuming that »employee« status could be proven, there remains the tricky question of which entity (or entities) is the »employer« – in other words, which employing entity is accountable for complying with workplace legal obligations and for remedying violations – a question of growing significance with fissured workplace practices, such as outsourcing and hiring through intermediary staffing agencies, or on platforms. As the distance between owners of capital and those who do the work increases with outsourcing and similar practices, complaints about working conditions are increasingly met with disclaimers of responsibility: »it's not my problem. I'm not the employer.«

ployee« status. Indeed, it is hard to envision many of these platform gig workers as true entrepreneurs operating independent businesses, retaining control over the allocation of capital and labor, able to enhance their returns or profits by making important business decisions in their own interest. While they likely have freedom over their hours, schedules, or whether to work at all, and they can work for multiple intermediaries at the same time, nonetheless the intermediary platform does exert control over workers, sometimes considerable – for example, Uber’s control over the fares charged and how the service is delivered. (Particularly in the case of crowdwork platforms such as Upwork, the same kind of control may also be true for the client, or buyer of services.) Many of the platforms monitor the work performed and rely on customer ratings to regulate the individual’s continuing status on the platform. In reality, many platforms seek total control, even as they abdicate responsibility: »research suggests that some gig economy businesses may be seeking to have their cake and eat it by using self-employed contractors to cut costs, while at the same time trying to maintain a level of control over people that is more appropriate for a more traditional employment relationship.«⁶⁹ Notwithstanding these considerations, and while independent contractor (or self employed) status may not be an apt description for the legions of platform workers excluded from the protections of workplace law, there is huge uncertainty of outcome under existing legal tests.

Without question, and in the U.S. especially, these lawsuits are protracted and costly, as well as highly uncertain in outcome, compounded by the arbitration agreement and class action waiver obstacle. Arguments can certainly be made that workers’ relationships with some platforms satisfy one or more of the multiple legal factors for determining employee status, and rigorous enforcement of workplace rights (and employer tax obligations) should be an option in solid cases of misclassification. As »branded« companies, Uber and Lyft may present stronger cases for establishing an employment relationship than a crowdwork platform that more closely resembles a marketplace. Even so, there are no guarantees of prevailing in any of these cases.

Application of the multi-factor legal tests to the relationships on platforms likely will yield answers that are either ambiguous or place the workers outside the scope of legal protection. Not only do many of the relevant legal factors cut in opposite ways, but those factors may not fairly resolve whether individuals who work sporadically on plat-

forms, or for many different platforms and clients in the course of a week, under an often attenuated form of control, should have the protections of workplace laws. The underlying premises of the binary classification – an employment relationship between a worker and a sole employer who has a right to control employees’ work – may be increasingly outmoded. Indeed, even before Uber existed, the binary classification was viewed as problematic, excluding far too many workers from the rights, protections and benefits of »employment.« As one labor law scholar implored nearly two decades ago: »[E]mployee-independent contractor jurisprudence, especially as guided by anti-purposive interpretation, is an intellectually bankrupt means of exposing larger and larger segments of the working population to the unshielded rigors of the labor market. [...] it is time to recognize just how ambiguous this alleged dichotomy has become.«⁷⁰

These developments have revived debates about the aptness of the binary classification system as the boundary for employment status. Putting aside that debate for the moment, and looking creatively »beyond employment,« there are perhaps regulatory avenues for providing some needed reforms, especially for marketplace type platforms that are unlikely to be treated as »employers.« Platform work realities highlight the need to reach beyond the existing »ambiguous dichotomy« to provide some governance in this unregulated sector of the global economy, especially to address the power disparities and economic insecurity that may accompany this business model. Strict definitions of »employee« need not constrain discrete reforms targeted to the crowdwork and gig economy sector – such as minimum wage guarantees for work performed through platforms, recordkeeping, transparency and disclosure requirements for platforms, and payment safeguards.⁷¹ Models may be found in earlier legislation regulating industrial

69 P Cheese, The gig economy, the pros and cons are playing out now (23 March 2017) <http://www.thehrdirector.com/business-news/gig-economy/gig-economy-pros-cons-playing-now/> (3 November 2017) (explaining CIPD survey results). See n. 14.

70 M Linder, Employed or Self-Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness (1999) 21 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 187, 230.

71 New York City has, for example, enacted the Freelance Isn’t Free Act requiring any client who hires a freelancer for a project in excess of \$800 to execute a written contract describing, at a minimum, the rate and method of payment and payment due date. It allows aggrieved freelancers to bring a complaint to an administrative agency, empowered to issue payment orders as well as civil penalties. N.Y.C. Council, Bill Int. 1017–2015, enacted November 16, 2016.

homework⁷² and more recent laws governing staffing agencies.⁷³

More challenging, the question of transnational regulation may eventually be raised, especially given the global reach of most crowdwork platforms – for example, Fiverr claims to operate in 190 nations; Upwork in 180 – with the potential to undercut labor standards in higher wage nations. For now, however, that is unlikely, given the apparent backlash to globalization. But, as Harvard University Professor Dani Rodrik reasons, this is an »opportunity to redress the imbalance between global markets and national responsibilities« and to restore the domestic social contract.⁷⁴

VI. The Future of Work Debate

Scrutiny of the platform economy has catalyzed a broader debate over the future of work, particularly as technological advance continues to transform work. This broader debate is directed at re-imagining the 20th century social contract, which has unraveled and failed too many people. While nothing constructive can be expected anytime soon at the federal level in the U.S., there has been some dynamic thinking and experimentation, particularly at the local level and by workers and their advocates, exploring ways to tackle the anxieties of the »new« economy's »flexible« working arrangements.⁷⁵ At least three key themes have emerged: rethinking the legal concept of employment; reexamining the link between social protections and employment; and restoring workers' power.

The first theme is a rethinking of employment, in a legal sense, including the ambiguous definition of »employee« under existing workplace laws and whether a third category of worker should be created. (The U.S. has no intermediate category like Canada's dependent contractor⁷⁶ or Germany's employee-like person.) The notion of employment as the boundary for workplace laws, collective bargaining and social protections is deeply embedded in the legal regime, but it has been questioned over the years. Uber and the gig economy have vigorously revived the debates, with questions such as whether we need new institutional frameworks that are compatible with more fluid employment relationships and shorter duration »jobs?« Or whether the employment relationship and the law can accommodate new and more flexible organizational patterns of firms and worker careers than span several firms, but still meet evolving needs for worker protections?

Some analysts, like Judge Chhabria in the Lyft case, have become convinced that these business models do not fit easily into the existing binary classification system, with its varying and uncertain tests. Many platforms and some scholars argue that employment status for platform workers is an obstacle to innovation, especially for new businesses.⁷⁷ A number of them became intrigued with the notion of creating an intermediate legal category as a way

72 For example, the Fair Labor Standards Act permits the secretary of labor to regulate or prohibit industrial homework »to prevent the circumvention or erosion of and to safeguard the minimum wage.« 29 U.S.C. §211(d). All homework is subject to minimum wage, overtime and recordkeeping requirements, regardless of whether the worker is paid by time, piece, job, incentive or other basis. 29 C.F.R. §211(d). Employers must provide workers with handbooks to record time, expenses and pay information. 29 U.S.C. §531. See also New York State statute providing that all industrial homeworkers »shall be presumed to be employees of their employer and not independent contractors« even if the workers control their hours, place of work and the manner and means of performing work. NY Labor Code §361-a. Strict reporting requirements are imposed, including lists of all persons engaged in homework, all places where they work, all goods manufactured and all wages paid. NY Labor Code §354(4).

73 Unlike some countries, U.S. federal law does not regulate temporary work or staffing agencies, but a number of states have begun to enact laws aimed at these kinds of relationships. See, e.g., Massachusetts has enacted a law requiring the staffing firm to provide workers with basic information before going to a job, to keep records for each worker and each client company regarding the rate of wages agreed upon, and to obtain a license and remain subject to inspection. 2012 Act Establishing a Temporary Worker's Right to Know, Title I Massachusetts General Laws, Chapter 149, Section 159C(a) et seq.

74 D Rodrik, There is no need to fret about deglobalisation: Politicians should focus on restoring the domestic social contract, *Financial Times* (4 October 2016) <http://www.ft.com/content/d9a28a08-895c-11e6-8cb7-e7ada1d123b1> (3 November 2017). See also A Lowrey, What the Gig Economy Looks Like Around the World, *The Atlantic* (13 April 2017).

75 On the other hand, according to the National Employment Law Project, close to half of the 50 states have created special tests effectively exempting transportation network company drivers (like Uber's) from workplace law coverage. (These state laws would not, however, preclude federal causes of action.) National Employment Law Project, Policy Brief The On-Demand Economy & State Labor Protections (January 2017)(reporting that during 2015–16, 23 states »created special employment tests that apply only to [transportation network company] companies, and that exempt TNC's, in most or all cases, from obligations to pay minimum wage, or to make payroll deductions for state workers' compensation and unemployment insurance – effectively ensuring that these companies are off the hook for all labor and employment and tax rules. The state statutes include presumptions that TNC drivers are not employees [...]«). Most recently, Florida enacted the Transportation Network Companies Act, effective July 1. <http://www.flsenate.gov/Session/Bill/2017/221/BillText/err/PDF> (3 November 2017).

76 See, e.g., HW Arthurs, The Dependent Contractors; A Study of the Legal Problems of Countervailing Power (1965) 16 *University of Toronto Law Review* 89; BA Langille and G Davidov, Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada (1999) 21 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 7.

77 See, e.g., A Hagiu/R Biederman, Companies Need an Option Between Contractor and Employee, *Harvard Business Review* (Cambridge, 21 August 2015) (»the entire exercise of trying to fit today's marketplace businesses into one of only two discrete categories is out of touch with reality and could lead to the disappearance of more efficient, intermediate business models.«) <http://hbr.org/2015/08/companies-need-an-option-between-contractor-and-employee> (3 November 2017). But see n. 50.

for the platforms to safely make contributions to the cost of benefits for platform workers, without subjecting the platform to the »onerous obligations that are ill-suited to their flexible labour model.«⁷⁸ In other words, instead of envisioning a third category as a way to extend the coverage of protective legislation to more workers, they inverted the concept to insulate the platform.

A proposal to create an intermediate category of »independent worker« was presented that would cover workers in both online economy jobs and traditional jobs involving an intermediary in triangular relationships.⁷⁹ The proposal identified »three guiding principles«: immeasurability of hours (arguing that the line between work and nonwork can be impossible to draw); neutrality (to ensure that businesses do not engage in regulatory arbitrage by misclassifying employees as independent contractors to gain advantage over others); and efficiency (arguing that the legal uncertainty around classification creates inefficiency such as not providing benefits to reduce the chance of of an employment ruling). Under the proposal, platform workers would have some legal rights, such as the right to engage in collective bargaining without any antitrust law liability and to be free from discrimination, and they would see certain payroll tax contributions, but they would not receive workers' compensation or minimum wage and overtime guarantees.

The proposal generated a lot of buzz, but little apparent support. Even support from the platforms seemed missing, likely because, under the proposal, they would have some, although not all, workplace law obligations. Most unions and worker advocates strongly opposed the proposal – and the notion of an intermediate category itself – as likely both to erode standards, rather than enlarge the numbers of people who would benefit, and to further complicate an already complicated legal issue.⁸⁰ The disagreements turn at least in part on different perspectives on whether the gig or platform economy is really a new reality, with some, as discussed, forcefully disputing that characterization as well as the claim that most platform workers do not readily fit the definition of »employee.«

Notwithstanding the disagreements, the discussion successfully focused valuable and overdue attention on the limits of the existing boundaries of workplace law, and on fundamental notions of employment.⁸¹ The developments have also highlighted the plain fact that millions of workers are excluded from the rights, protections and benefits of

»employment,« and indeed have been for decades, long preceding Uber. Of course, there will always be business models that rely on freelancers, properly classified as self-employed, and there will always be individuals who prefer freelance arrangements to formal employment. Nonetheless, freelancers and gig workers are as vulnerable to exploitation and control as traditional workers, whether they work online or offline, and they may be equally in need of the employment-based protections that modern societies have developed. Traditional concepts of self-employment are not adequate and do not offer a viable alternative, particularly if, as some predict, the ranks of freelancers are likely to expand.

A second theme of the emerging future of work debate, therefore, is a reexamination of the link between social protections and employment, as millions of the self-employed work without a safety net that protects them when they are sick, injured, or retired. A critical policy question is whether we should be considering how to expand access to those protections to which only employees are presently entitled, in order to provide basic economic security and more equitable outcomes for the self-employed, and for society in general.

A variety of proposals have emerged that would reimagine our patched-together safety net, including: universal access to benefits that would be portable (from job to job, platform to platform, contract to contract) and pro-rated, with mandatory contributions made for all work performed; wage insurance for the worker who suffers a pay cut when changing jobs; mandatory savings plans; portable retirement benefit plans; and mandatory payments by all

78 A Sundararajan, A safety net fit for the sharing economy *Financial Times* (22 June 2015).

79 SD Harris and AB Krueger, A Proposal for Modernizing Labor Law for Twenty-First-Century Work: The Independent Worker, *The Hamilton Project* (December 2015), http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf (3 November 2017).

80 See, eg., R Smith and S Leberstein, Rights on Demand: Ensuring Workplace Standards and Worker Security in the On-Demand Economy, *National Employment Law Project* 10 (September 2015); B Sachs, Do We Need an »Intermediate Worker« Category? *On Labor* (8 December 2015) <http://onlabor.org/do-we-need-an-independent-worker-category/> (3 November 2017); S Greenhouse, A Safety Net for On-Demand Workers?, *American Prospect* (8 December 2015).

81 See, eg., J Prassl/M Risak, Uber, Task Rabbit, and Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork (2016) 37 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 619; B Rogers, Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics (2016) 10 *Harvard Law and Policy Review* 479; V Dubal, Wage Slave or Entrepreneur?: Contesting the Dualism of Legal Worker Identities (2017) 105 *California Law Review* 65.

workers, whether employees or independent contractors, into the national Social Security system (to ensure that they receive adequate retirement benefits and qualify for disability insurance, universal catastrophic insurance coverage or rainy day type insurance that would not turn on »unemployment,« and vacation and family and medical leave).

Some of the ideas under consideration look to historical models, such as traditional multiemployer benefit plans established by collective bargaining agreements, requiring contributions designed for workers in industries where transient employment is the norm and allowing individuals who switch jobs to earn and retain credits toward future benefits from work with multiple employers.⁸² Although highly controversial, a guaranteed basic income (also not a new idea) has been embraced by advocates along the political spectrum, from Silicon Valley entrepreneurs to a former Service Employees International Union president.⁸³

None of these reforms would be easily enacted, especially given the polarization and gridlock in the U.S. at the federal level. Nonetheless – and regardless of whether the gig economy is growing – strategic thinking about these proposals has value. The stark reality is that millions of American workers are on their own, left to assemble some protections, or struggle without.

A third theme in the future of work debate is how to restore worker voice and power. In the U.S., labor union membership has steadily declined (now under 7% of the private sector workforce), and collective bargaining is diminished in its overall impact on the economy. The loss of worker bargaining power is widely seen as a key factor in increasing income inequality, and attempts over the last 40 years to strengthen protection of collective bargaining rights have all ended in legislative gridlock. There is thus a real societal danger posed by the lack of a countervailing power to capital. Especially in a regulatory vacuum (in which the gig economy operates), worker influence and bargaining power are critical in providing a check on unfettered or exploitative business practices. Impressive experimentation and innovation in worker organizing and collective action is occurring, and although most initiatives are limited in scale, resource capacity and long-term sustainability, they perhaps foretell the opening to something more substantial. A stronger labor law would follow from a stronger labor movement, not the other way around.

Notably, there has been a revival of worker activism, after years of marginalization and more than three decades

of stagnant wages. The struggles of fast food workers for livable wages and their one-day strikes in cities across the nation and abroad exemplify the rising discontent. Their campaign has triggered a wave of state and local minimum wage hikes around the country. It has also introduced thousands of workers to collective action. Gradually, people in all different types of workplaces and occupations are joining together, with and without unions, to protest conditions and improve life on the job.⁸⁴ Workers excluded from the basic labor law's coverage, including farmworkers, home healthcare workers, fashion models and others treated as independent contractors, have mobilized, some joining traditional labor unions and some allying with »alternative« worker groups.⁸⁵ They are pursuing different approaches, aside from traditional collective bargaining, to empower those broadly excluded from workplace laws, to assist efforts to improve their working lives, and to provide services and benefits. Some are exploring worker ownership, reviving late 19th-early 20th century initiatives,⁸⁶ and some, such as the Domestic Workers Alliance (representing the quintessential gig economy worker) are engaging with platforms directly.⁸⁷

The latest display of innovative collective action is by Uber drivers, who have embraced a range of different strategies, in addition to pursuing claims in litigation. Some have engaged in protest demonstrations, some have explored unionizing as »employees,« others are seeking to deal or bargain with Uber as independent contractors.

In December 2015, the Seattle City Council unanimously passed a first of its kind ordinance that grants taxi, for-

82 See, eg., D Rolf, S Clark, and CW Bryant, *Portable Benefits in the 21st Century: Shaping a New System of Benefits for Independent Workers*, Aspen Institute (Washington, 2016) <http://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2016/07/portable-ben-21st-cent.pdf> (3 November 2017).

83 See, eg., A Stern, *Raising the Floor: How a Universal Basic Income Can Renew Our Economy and Rebuild the American Dream* (New York, PublicAffairs Books, 2016); C Weller, The inside story of one man's mission to give Americans unconditional free money, *Tech Insider* (26 June 2016) <http://www.businessinsider.com/inside-y-combinators-basic-income-project-2016-6> (3 November 2017).

84 See, eg., N Scheiber, NFL Players May Have an Ally in Their Protests: Labor Law, *The New York Times* (12 October 2017).

85 J Eidelson, *Alt-Labor*, *American Prospect* (29 January 2013).

86 See, eg., JR Blasi/RB Freeman/DL Kruse, *The Citizens Share: Reducing Inequality in the 21st Century* (New Haven, 2014).

87 S Kessler, The Domestic Workers Alliance Creates New Framework For Improving Gig Economy Jobs, *FastCompany* (6 October 2015) <https://www.fastcompany.com/3051899/the-domestic-workers-alliance-creates-new-framework-for-improving-gig-economy-jobs> (3 November 2017) (describing its efforts to have platforms commit to a good jobs code).

hire and transportation network company drivers treated as independent contractors the right to unionize, company by company, and bargain collectively. While the ordinance is modeled on the NLRA, it is in some ways more labor-friendly and affords the city a powerful role in approving contracts negotiated. The ordinance was challenged by the Chamber of Commerce, raising two key claims: first, that only the federal government has the right to regulate collective bargaining and as such the ordinance is preempted by federal labor law; and second, that the ordinance would violate antitrust law by allowing independent contractors to collude on prices. A federal district court judge dismissed the claims on August 1, 2017, and an appeal was filed. On August 29, the court of appeals issued a temporary injunction against implementation of the ordinance.⁸⁸

If the ordinance survives the legal challenge, it could be a model for independent contractors to achieve bargaining power through unionization outside of the traditional NLRA legal regime. It remains to be seen, of course, whether Uber or other drivers – let alone remotely located and atomized crowdworkers – would choose union representation. But given the complete partisan gridlock at the federal level, the ordinance is significant and emblematic of innovative laws being enacted around the country where progressive city council members are testing the limits of municipal authority.

Highlighting the ongoing experimentation, a different approach to Uber was taken in New York City. In May 2016, the Machinists District 15 announced that it would create an Independent Drivers Guild to enter into a five-year agreement with Uber on behalf of its approximately 35,000 drivers in the city. The agreement affords drivers a forum for regular dialogue with Uber management, and the ability to appeal deactivation decisions with Guild representation. Drivers will also have access to certain benefits. The agreement is a breakthrough, although it is not without its critics as it accepts the independent contractor classification (and is viewed by some as a »sweetheart deal«).

These creative initiatives will test what is possible. Impressive experimentation is also occurring to extend the advantages that technology offers for expanding communication, building networks, and engaging in collective action. Worker-focused app-based platforms and online forums are being launched, providing a meeting place where platform workers can build community and orga-

nize. These online communities can address the information asymmetries characteristic of working on platforms and provide support and access to services for workers. For example, Dynamo is a website that Amazon Mechanical Turkers can access to share information, collaborate and develop guidelines for fair work on the platform. Turkopticon is a browser extension that allows Turkers to rate the platform clients who request their services and view ratings submitted by fellow Turkers. While these online forums may not be a substitute for face-to-face organizing and bargaining, they may provide a valuable platform for voice, mutual aid, and even greater power deriving from access to information and the value of reputation in disciplining opportunistic business behavior.

Established labor unions can play obvious roles. The IG Metall in Germany, for example, has led the way in recognizing crowdwork. A year ago it launched faircrowdwork.org as a support network for crowdworkers. It organized the issuance of the »Frankfurt Paper on the Platform Economy« calling for »transnational multi-stakeholder cooperation to ensure fair working conditions in digital labor platforms.«⁸⁹ It has also engaged in discussions with a German federation of crowdworking platforms, which recently announced the creation of a mediation board – comprised of a mediator, an employer representative, a IG Metall representative, and a crowdworker – to settle disputes between platforms and crowdworkers. The federation had earlier established a code of conduct for platforms.⁹⁰

There are clear advantages for platforms to establish a dialogue with unions or other worker organizations to improve the relationships between platforms and platform workers. Together, they could address reforms that would make the work experience more fair and rewarding, such as: improving platform design and governance mechanisms (like payment protections, dispute resolution procedures, transparency about the work being offered, and bilateral ratings systems), and providing an array of benefits, tailored to the freelance experience. Workers' collective action is

88 *Chamber of Commerce of the United States of America v. The City of Seattle, et al.*, No. C17-0370RSL (W.D. Washington, 1 August 2017) (dismissing complaint), pending review by the U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit, No. 17-35640.

89 *Frankfurt Paper on Platform-Based Work* (14 December 2016) <http://www.crowdwork-igmetall.de> (3 November 2017).

90 »Germany/A Mediator for the »crowdwork' sector,« *Planet Labor* (23 October 2017). See also <http://faircrowd.work/2017/11/08/ombudsstelle-fuer-crowdworking-plattformen-vereinbart/> (8 November 2017).

critical in influencing platform operators to recognize that work transacted on the platform may perpetuate and reinforce economic insecurities as well as troubling disparities of power.

The encouraging story is the creative and vigorous exploration of what is possible to restore critically needed worker voice and power. These experiments will provide the laboratory for testing a new social compact.

VII. The »revolution« debate: Is everything old new again?

What is old and what is new about the platform economy is itself one of the ongoing debates, and one with implications for deciding whether existing institutions are adequate or reform is needed. Some clearly see a revolution underway, with the potential to be radically transformative. Some insist that platform based work is just a continuation of the economic trends of the last several decades,⁹¹ and others argue that attention wisely would be focused on more pressing issues. While it is still early to accurately predict what the economic and social impact of platform work will be, it would, in my judgment, be a mistake to discount these developments, whether they represent continuity or change, or both.

For sure, aspects of this »revolution« are not new. Old legal and regulatory debates are resurfacing, such as: the wisdom of regulation (is the market the cure for capitalism's ills or should the government intervene to restrain market forces and spread the value they produce?); the relative standing and well-being of »free labor« versus »wage labor« (with the lore of the entrepreneur and the notion of »freedom of contract« deeply embedded in U.S. culture); and the aptness of the binary classification as the boundary of workplace law and of »employee« status as the gateway to worker rights, protections and benefits (or whether we need a new theory of employment). Of course, the legal uncertainty of whether a group of workers are employees or independent contractors has been a constant.

Also true, disruption caused by technological advance or major market shifts (eg., deregulation of industries) has happened many times over history, creating tensions between the changing business realities and legal doctrines developed under different realities. (Indeed, some suggest that the ongoing transformation may be less dramatic than

earlier occasions.⁹²) Many see »new« platform arrangements as simply an echo of the 18th or 19th century putting out system, or as the latest step of workplace fissuring, or as just another variant of market-mediated business models that do away with the internal labor market functions that the vertically integrated corporation came to perform.⁹³ Moreover, pushing the boundaries of the law to adjust to new business models is hardly a new phenomenon, nor is the persistent question of how and whether to adapt the law in response to changing realities.⁹⁴

Also not new are the fears and predictions that technological change will destroy jobs. John Maynard Keynes warned of »technological unemployment« in the 1930s, not to mention the Luddites' reaction to new weaving machinery. While widespread unemployment due to technology has not yet materialized, some (including Keynes' biographer) suspect that this time may be different, because digital technologies allow a higher level of intrusion into work performed by humans: not simply physical tasks, but also cognitive, traditionally the exclusive preserve of humans.⁹⁵ And there are many who firmly predict sweeping job destruction.⁹⁶ Techno-optimists, however, are convinced that, as history proves, technology has consistently

91 See, eg., S Zuboff, n. 5 (»despite all the disruption rhetoric, these Uber practices suggest more continuity than change. They import the old logic of the neoliberal paradigm that explicitly disallows any unique allegiance to people and places. They also replay an even earlier Fordist logic that treats people as interchangeable parts in a universe of standardization and anonymity.«).

92 See, eg., RJ Gordon, Is U.S. Economic Growth Over? Faltering Innovation Confronts the Six Headwinds, *NBER Working Paper* 18315 (NBER, Cambridge, MA, 2012) <http://www.nber.org/papers/w18315.pdf> (3 November 2017).

93 See, eg., R Paul, The gig economy is nothing new – it was standard practice in the 18th century, *The Conversation* (18 July 2017) <http://theconversation.com/the-gig-economy-is-nothing-new-it-was-standard-practice-in-the-18th-century-81057> (3 November 2017).

94 See, eg., LD Brandeis, *The Living Law* (1916) 10 *Illinois Law Review* 461.

95 R Skidelsky, The rise of the robots, Project Syndicate (20 February 2013); R Skidelsky, Opening Keynote address, ILO, Global Dialogue on the future of work (6 April 2017) http://www.youtube.com/watch?time_continue=2258&v=jJZ8oRm5wQ (3 November 2017).

96 See, eg., CB Frey and MA Osborne, *The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?* (Oxford, September 2013) http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (3 November 2017) (suggesting that 47% of all persons employed in the U.S. are working jobs that could be performed by computers and algorithms within the next 10–20 years). Contrast M Arntz, T Gregory and U Zierahn, *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries: A Comparative Analysis*, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 189 (Paris, OECD Publishing, 2016) <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/512e9h56dvq7-en.pdf?expires=1508975876&id=id&accname=guest&checksum=84B4B647330E1231B0AD250CB70AC3F0> (3 November 2017) (predicting that 9% of jobs in the U.S. are at risk from automation; technology will impact far fewer jobs than predicted by Oxford study, but automation will likely have a greater impact on lower skilled workers).

created new jobs even as it destroyed old jobs. Some insist that the grim assessments about the relentless pace of creative destruction and labor market churn »are the products of faulty logic and erroneous empirical analysis [...] [and] suffer from being ahistorical. [...] Levels of occupational churn in the U.S. are now at historic lows.« They caution, »Take a deep breath and calm down.«⁹⁷ Whether the techno-optimists or pessimists are correct, the heated disagreements between them are longstanding.

On the other hand, some aspects of the platform economy surely are new: the app itself, 2-sided markets using online platforms, management by algorithm, monitoring and control with no human oversight, and the human cloud, available 24/7 worldwide. All of these are products of technological innovation (and who knows what comes next). These technological advances have facilitated and sped up the introduction of new business models and flexible working arrangements. Crowdwork is particularly disruptive of traditional employment arrangements, although its scale is still difficult to judge. Its virtual work arrangements are altering the social bonds forged at work, and the central role that work plays in identity and social recognition. A departure from the social model built on jobs, virtual work is performed in increasingly intangible and global environments, not rooted in time or space, where boundaries between work and home, employment and self-employment, and human and machine capacities are fluid and blurred.

Plainly, we are witnessing a mix of old and new, a dialectic of change and continuity.⁹⁸ Insisting that existing institutions and legal doctrines are adequate to govern these evolving arrangements, without exploring new approaches and wise policy choices, is likely to be short sighted. We ignore the ongoing developments – and the role that the law may serve both as »a means of conservation and a means of transformation of social relationships«⁹⁹ – at our peril.

At their worst, these developments could increase political risk worldwide, as good jobs are eroded, the digital divide widens, with winners and losers, income goes increasingly to owners of capital and away from the pay of employees, power tilts further toward capital without a countervailing force, and more people feel left behind.¹⁰⁰ MIT Sloan School of Management professor Thomas Kochan has suggested that we are sitting on a tinderbox, with the fear that technology will eat our jobs only one of

multiple pressures that could ignite it. Other anxieties stem from the perception that the American Dream has ended, with many no longer believing that children will do better than their parents; social tensions between ethnic and racial groups, young and old, men and women; glaring income inequality; the end of standard employment; a backlash against technological advance, trade and globalization; and the movement toward populism.¹⁰¹ Kochan concludes, however, that while technology will continue to disrupt how work is done, it is not deterministic.

Much as Nobel Laureate Joseph Stiglitz has defined inequality as a choice and therefore within our power to reverse,¹⁰² the adverse affects of technological disruption are not inevitable. We have choices, whether the debates are old or new, or a mix.

VIII. Conclusion

Undoubtedly, there is a fascination with technological advance and with the business models it enables, but technological disruption has proceeded largely with »indifference« to its impact, especially on labor. Clearly, there are winners and losers, and the dialectic of change and continuity poses real dilemmas for policy makers. But, as the British (CIPD) report »To Gig or Not to Gig« found,¹⁰³ gig workers would like to enjoy more rights: 63 % said they would like the government to take action to guarantee them basic rights. Discussing the research, Peter Cheese, chief executive of the CIPD, said that it »shows the challenge

97 RD Atkinson and J Wu, Information Technology & Innovation Foundation, False Alarmism: Technological Disruption and the U.S. Labor Market 1850-2015 (8 May 2017), http://www2.itif.org/2017-false-alarmism-technological-disruption.pdf?_ga=2.85643228.472735609.1508200361-1327404847.1508200361 (3 November 2017). See also L Mishel and J Bivens, Economic Policy Institute, The zombie robot argument lurches on: There is no evidence that automation leads to joblessness or inequality (24 May 2017) <http://www.epi.org/files/pdf/126750.pdf> (3 November 2017).

98 G Lyon-Caen, The Evolution of Labour Law, in Labour Law in the Post-Industrial Era: Essays in Honour of Hugo Sinzheimer (Dartmouth UK 1994), 95.

99 Ibid 97.

100 See, eg., E Foroohar, Gap between gig economy's winners and losers fuels populists, *Financial Times* (2 May 2017).

101 Keynote address, Crowdsourcing Conference, Rutgers University School of Management and Labor Relations, November 18, 2016.

102 J Stiglitz, *The Great Divide: Unequal societies and what we can do about them* (New York 2015).

103 Chartered Institute of Personnel and Development (CIPD) report, n. 14.

that policy-makers face in regulating the gig economy and finding the right balance between providing flexibility for businesses and employment protection for individuals. The variety of business models in the gig economy, the different types of working arrangements and the varied circumstances of people engaged in providing services in different ways means finding the right response to prevent abuses is difficult, without penalizing those who are benefitting.«¹⁰⁴

Addressing this transformation in work and work relationships demands a mix of public and private strategies. Strict enforcement of existing laws is vital, and the benefits that the employment relationship has brought to firms and workers must be preserved. Voluntary initiatives are important, especially in a regulatory vacuum, but it would be fanciful to expect that the goal of improved conditions can be achieved on any scale without government intervention, relying solely on the market's ability to correct or self-regulate. Progress may require disruption, but policy can shape the disruption so that it works for the benefit of society as a whole. We need policy solutions that better align the evolving realities of work with protective legislation; that minimize the risks of working under these new business models without jeopardizing their potential efficiencies; and that maximize the opportunities presented by technological change without further aggravating persistent labor market strains, like stagnating wages, disappearing jobs, power imbalances and accelerating income inequality. Policy solutions may even look back in history, discovering new meaning in concepts developed in earlier eras. But to survive, the law must adapt and change.

There are clearly choices, but it has nonetheless become hard for government to play its role, at least in the U.S.

for now and at the federal level. Reshaping policies to help struggling individuals and communities in times of transition requires political stability and some degree of consensus, but both are sorely lacking now. Moreover, the 2016 Presidential election, revealing deep societal divisions and resentment of government, has probably sidetracked these gig economy debates, as we face even more existential issues. But attention to these debates should not lapse.

With wise public policy choices to change the rules of the game, informed by accurate data and careful research, we could do a better job to ensure that the gains from technological advance are broadly distributed. »In a world in which technology has pushed ever more gains to the top, ensuring that the benefits of the digital gig economy are more widely shared will be crucial to ensuring any kind of growth at all.«¹⁰⁵ The central challenge of our time is to create more good jobs, get wages and living standards moving upward, and restore confidence in our institutions. This will entail re-imagining our 20th century social contract, to preserve its values, but with new institutions, appropriate for changing realities, to protect the vulnerable, to supplement the existing collective bargaining model in addressing disparities of bargaining power and economic insecurity, and to strengthen the accountability of firms to the workers who work for them, whether they meet the legal definition of »employee« or not, and to the communities in which they reside.

104 P Cheese, n. 69.

105 Foroohar, n. 100.

Wege zur Stärkung der Tarifbindung – ein rechtsvergleichender Streifzug zur Untersuchung funktionaler Äquivalente der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen*

PD Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale), Universität Augsburg /
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg

I. Einführung

Seit Jahren nimmt die Tarifbindung in Deutschland ab. Betrug im Jahr 1998 der Anteil der Arbeitnehmer, die bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt waren, noch 76 % in Westdeutschland und 63 % in Ostdeutschland,¹ lagen die entsprechenden Werte im Jahr 2016 bei lediglich 58 % bzw. 47%.² Die Gründe für diese Entwicklung sind vielfältig und oft beschrieben worden.³ Auf der einen Seite sinkt der Einfluss der Gewerkschaften: In der heutigen fragmentierten Arbeitswelt, die durch die Auflösung tradierter Berufs- und Beschäftigungsmodelle geprägt wird, fällt es ihnen immer schwerer, Arbeitnehmer zu organisieren und zu mobilisieren.⁴ Auch auf Arbeitgeberseite sinkt die Organisationsdichte der Berufsverbände: Zahlreiche Arbeitgeber treten aus ihren Verbänden insgesamt aus oder optieren für eine Verbandsmitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft). Der damit einhergehende Bedeutungsverlust des Flächentarifvertrags wird auch nicht durch die Zunahme von Unternehmenstarifverträgen kompensiert.⁵ Gerade in kleineren und mittleren Unternehmen, die sich der Bindung an Flächentarifverträge entziehen, verfügen Gewerkschaften nicht über die nötige Stärke, um den Abschluss von Haustarifverträgen zu erzwingen. Die Dezentralisierung der Tariflandschaft trägt somit maßgeblich zur schwindenden Tarifbindung bei.

Der Gesetzgeber hat 2014 auf die aktuelle Entwicklung mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz⁶ reagiert. Mit dem Gesetz wurde zum einen der allgemeine gesetzliche Mindestlohn eingeführt, von dem insbesondere Arbeitnehmer in solchen Branchen profitieren sollen, in denen die Tarifvertragsparteien keinen wirksamen Schutz vor unangemessen niedrigen Löhnen zu bieten vermögen.⁷ Darüber hinaus wurde die Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelungen

auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien erleichtert. Dies gilt sowohl für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG als auch für die Geltungserstreckung bestimmter tariflicher Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz.⁸ Die Reform hat nicht nur Zustimmung gefunden. Kritisiert wurde insbesondere, dass die Neuregelungen dem gesetzgeberischen Ziel einer »Stärkung der Tarifautonomie« geradezu zuwiderliefen. Durch die Erweiterung des gesetzlichen Arbeitneh-

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor auf dem 11. Hans-Böckler-Forum für Arbeits- und Sozialrecht am 2.3.2017 in Berlin gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 WSI-Tarifarchiv 2017, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik, Düsseldorf 2017, Graphik 1.6, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_ta_tariftaschenbuch_2017.pdf (26.10.2017).

2 So das Ergebnis des IAB-Betriebspanels 2016, siehe *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2017, 278, 279 (Tabelle 1). Anzumerken ist, dass die Gesamtstatistik auch die Arbeitnehmer im öffentlichen Sektor berücksichtigt, wo die Tarifbindung stabil geblieben ist und noch immer auf einem relativ hohen Niveau verharrt. Die Tarifbindungsquote in der Privatwirtschaft liegt um etwa 5–7 % unterhalb der oben angegebenen Werte, siehe hierzu die Angaben von *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitt. 2017, 278, 281 (Abb. 1).

3 Siehe zB *Däubler*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler, TVG), Einleitung Rn. 57 ff.; *Walser*, WSI-Mitt. 2013, 491, 492 ff.; siehe auch Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII (2008/2009), Kapitel V, Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf den Produktmärkten, BT-Drs. 17/2600, Rn. 901 ff.

4 Der Anteil der Arbeitnehmer in Deutschland, die einer Gewerkschaft angehören, sank im Zeitraum zwischen 2001 und 2013 von 23,7 % auf 17,7 %, siehe Europäische Kommission, Industrial Relations in Europe 2014, Luxemburg 2015, Graphik 1.2. Siehe ferner zu den Problemen im Zusammenhang mit der »Fragmentierung der Arbeitswelt« die Gesetzesbegründung zum Tarifautonomiestärkungsgesetz, BT-Drs. 18/1558, S. 26 ff.

5 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, Grundlagen Rn. 16.

6 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I, S. 1348.

7 BT-Drs. 18/1558, S. 27 f.

8 Siehe zu den Regelungen im Einzelnen zB *Forst*, RdA 2015, 25; *Franzen*, SR Sonderausgabe 2017, 14; *Preis/Povedano Peramoto*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 20, Frankfurt aM. 2017.

merschutzes in Gestalt des Mindestlohngesetzes und durch die erleichterte Tarifierstreckung auf nicht organisierte Arbeitnehmer würden nämlich die Anreize zum Verbandsbeitritt – jedenfalls auf Arbeitnehmerseite⁹ – vermindert und nicht erhöht.¹⁰

Blickt man auf andere europäische Länder, so fällt auf, dass die Tarifbindung dort teilweise deutlich stärker ausgeprägt ist. In Italien, Dänemark, Slowenien und den Niederlanden waren im Jahr 2013 über 80 % der Arbeitnehmer in tarifgebundenen Betrieben beschäftigt. In Schweden und Finnland betrug die Tarifbindungsquote im selben Jahr um die 90 %, in Frankreich, Österreich und Belgien fiel sie sogar noch höher aus.¹¹ Im gesamteuropäischen Vergleich der Tarifbindung liegt Deutschland somit lediglich im Mittelfeld.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, worauf der größere Einfluss der Tarifvertragsparteien auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen in den oben erwähnten Ländern zurückzuführen ist. Lassen sich aus der Betrachtung der ausländischen Rechtsordnungen Lehren für die Stärkung der Tarifbindung in Deutschland ziehen?¹² Zur Beantwortung dieser Fragen geht die folgende Untersuchung in zwei Schritten vor. Zunächst werden Institute und Regelungsmodelle anderer europäischer Staaten in den Blick genommen, die auf die Ausweitung der Tarifgeltung zielen und dem geltenden deutschen Recht unbekannt sind; im Wesentlichen geht es dabei darum, funktionale Äquivalente der Allgemeinverbindlicherklärung aufzuzeigen (sogleich II.). Sodann ist zu klären, ob sich die ausländischen Regelungsansätze auf Deutschland übertragen lassen oder ob einem solchen Vorhaben rechtliche oder praktische Hindernisse entgegenstehen (unten III.).

II. Modelle zur Stärkung der Tarifbindung in ausländischen Rechtsordnungen

1. Überblick

Die im Ausland praktizierten Modelle zur Stärkung der Tarifbindung lassen sich im Wesentlichen zwei verschiedenen regulatorischen Grundtypen zuordnen.¹³

Zum ersten Typus gehören Regelungsansätze, die darauf gerichtet sind, die Koalitionsbindung zu fördern (sogleich 2.). Ziel dieser Institute ist es, den Organisati-

onsgrad der Koalitionen zu erhöhen und damit den Kreis der kraft Mitgliedschaft in den tarifschließenden Koalitionen Tarifgebundenen zu erweitern. Ein Beispiel hierfür ist das Modell der Pflichtmitgliedschaft in den Berufsvereinigungen (2.a), wie es in Österreich existiert. Weiterhin ist zu diesem Regelungsansatz das sogenannte Genter System zu rechnen (2.b), das etwa in Schweden, Dänemark, Finnland, Island und Belgien vorzufinden ist. Dort wird die Arbeitslosenversicherung traditionell von den Gewerkschaften verwaltet. Diese Einrichtung schafft bei den Arbeitnehmern Anreize, einer Gewerkschaft beizutreten.

Der zweite Typus von Regelungen zur Stärkung der Tarifbindung zielt auf die Erstreckung der Tarifwirkungen auf nicht organisierte Arbeitsvertragsparteien (unten 3.). Der Ansatz ist funktional mit dem deutschen Institut der Allgemeinverbindlicherklärung vergleichbar und entspricht im Wesentlichen dem regulatorischen Konzept des oben erwähnten Tarifautonomiestärkungsgesetzes von 2014. In diese Kategorie fällt zum einen die sogenannte Erga-omnes-Geltung von Tarifverträgen, dh. die gesetzlich angeordnete Tarifierstreckung auch auf nicht organisierte Arbeitgeber, wie sie etwa das spanische, griechische und belgische Recht bei bestimmten Tarifverträgen vorsieht (3.a). Ein weiteres Beispiel ist die normkonkretisierende Funktion von Tarifverträgen, die in der Rechtsprechung der italienischen Gerichte eine wichtige Rolle spielt und im Ergebnis zu einer richterlichen Geltungserstreckung bestimmter Tarifvertragsbestimmungen führt (3.b). Beachtung verdient in diesem Zusammenhang schließlich auch das Instrument der Erweiterungserklärung in Frankreich und Österreich, mit der Tarifverträge vom Staat außerhalb ihres Geltungsbereichs für anwendbar erklärt werden können (3.c). – Außerhalb der Betrachtung bleiben hingegen andere regulatorische Instrumente zur Ausweitung der

⁹ Dazu, dass das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitgeberseite Anreize zum Verbandseintritt schaffen kann, unten II.3.a)(2).

¹⁰ So etwa Reichold, NJW 2014, 2534; Henssler, RdA 2015, 43; Lobinger, JZ 2014, 810; Rieble, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifrechtspolitik?, München 2014, S. 67, 74; die Kritik hingegen nicht teilend Deinert, SR Sonderausgabe 2017, 24, 27.

¹¹ Alle Angaben nach Europäische Kommission (Fn. 4), Graphik 1.4.

¹² Eine »Intensivierung des Rechtsvergleichs« zur Auslotung neuer Modelle für die Stärkung der Tarifautonomie regt auch Waltermann, NZA 2014, 874, 878 f., an. Siehe ferner Seiwerth, EuZA 2014, 450, 456 ff.

¹³ Siehe zu dieser Dichotomie etwa Lobinger, JZ 2014, 810 f.; Waltermann, RdA 2014, 86, 90 ff.

Tarifwirkungen. Dies gilt zum einen für das System der Tariftreue im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe,¹⁴ da dieses Institut nur einen Sonderbereich – nämlich das Auftragswesen der öffentlichen Verwaltung – betrifft.¹⁵ Ebenso wenig soll auf Regelungen eingegangen werden, die bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendungen eine Geltungserstreckung der Tarifbestimmungen im Aufnahmestaat auf die (nicht oder anders organisierten) ausländischen Entsendeunternehmen anordnen.¹⁶ Diese Mechanismen sind unionsrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 und 8 der Entsende-Richtlinie¹⁷ determiniert, sodass sie – trotz einzelner Unterschiede in der Ausgestaltung – kein Spezifikum der nationalen Arbeitsrechtsordnungen darstellen.

In manchen ausländischen Rechtsordnungen kombiniert der Gesetzgeber mehrere der vorgenannten Regelungsansätze miteinander, um die Tarifbindung zu erhöhen. So setzt beispielsweise die österreichische Kollektivvertragsordnung zum einen auf das Prinzip der Pflichtmitgliedschaft in den Berufsverbänden,¹⁸ zum anderen auf die Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags¹⁹ sowie darüber hinaus auf die Möglichkeit, einen Kollektivvertrag durch das Bundeseinigungsamt zur Satzung zu erklären und damit seinen Geltungsbereich durch behördlichen Rechtssetzungsakt zu erweitern. In anderen Ländern hingegen gelangen nur einzelne der zu erörternden Regelungsmodelle isoliert zur Anwendung. Dies ist beispielsweise in Schweden der Fall. Hier sieht die Rechtsordnung die Erga-omnes-Erstreckung der Tarifwirkungen kraft gesetzlicher oder behördlicher Anordnung nicht vor. Die starke Tarifbindung beruht allein auf dem hohen Organisationsgrad der Koalitionen, der durch das Genter System wesentlich begünstigt wird.

Uneinheitlich ist auch das Verhältnis zur Allgemeinverbindlicherklärung. In manchen der untersuchten Rechtsordnungen existieren die zu diskutierenden Regelungsansätze neben dem Institut der Allgemeinverbindlicherklärung. Dies trifft zum Beispiel auf Belgien zu, wo bestimmte Tarifverträge ipso iure auch für nicht organisierte Unternehmen gelten²⁰ und zusätzlich nach den Art. 28 ff. des Gesetzes vom 5.12.1968 die Möglichkeit besteht, tarifvertragliche Regelungen durch den König für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Hingegen verfügen andere Rechtssysteme nicht über den Mechanismus der Allgemeinverbindlicherklärung, sodass die hier interessierenden Regelungsmodelle als Surrogat für die behördliche Geltungserstreckung von Tarifverträgen anzusehen sind. Ein Beispiel hierfür ist

Italien. Dort stellt die richterliche Lohnkontrolle am Maßstab der nationalen Tarifverträge eine Reaktion auf das Fehlen gesetzlicher und allgemeinverbindlicher tariflicher Mindestlöhne dar.²¹

2. Regelungsansätze zur Stärkung der Koalitionsbindung

a) Zwangsmitgliedschaft in den Berufsverbänden

Das drastischste regulatorische Mittel zur Erhöhung des Organisationsgrades der Koalitionen ist die gesetzlich verordnete Pflichtmitgliedschaft in den Berufsvereinigungen. Diesem Modell folgt Österreich. Dort schreibt das Gesetz für alle im Inland ansässigen Arbeitgeber die Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer vor.²² Entsprechend müssen alle Arbeitnehmer der Arbeiterkammer beitreten.²³ Wirtschafts- und Arbeiterkammer sind nach österreichischem Recht als gesetzliche Interessenvertretungen tariffähig.²⁴ Ein ähnliches korporatives System bestand auch in Slowenien bis zum Jahr 2005.²⁵

14 Tariftreuevorgaben in den Vergabegesetzen werden bisweilen als »kleine Allgemeinverbindlicherklärungen« bezeichnet, siehe *Schulten*, WSI-Mitt. 2012, 485, 487. Zur erheblichen Bedeutung des Instituts zB. in Italien siehe *Giugni*, *Diritto sindacale*, Neubear., Bari 2015, S. 149 ff. (insbesondere im Zusammenhang mit der Tariftreueverpflichtung in Art. 36 Statuto dei lavoratori, legge n. 300/1970).

15 Damit bedarf es auch nicht der Klärung, inwieweit Tariftreueverpflichtungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind, siehe hierzu die Entscheidungen des EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert); EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – AuR 2015, 105 (Bundesdruckerei); EuGH, 17.11.2015 – Rs. C-115/14 – NZA 2016, 155 (Regio Post). Überlegungen de lege ferenda über ein System der Tariftreue im Rahmen der Auftragsvergabe durch private Unternehmen finden sich bei *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 32.

16 Siehe in Deutschland §§ 7, 7a AEntG; in Österreich §§ 7a und 7b des Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetzes (AVRAG); in Frankreich Art. L 1262-4 Code du travail (CT); in Finnland § 2 Abs. 3 AEntG (Laki Lähetetyistä työntekijöistä 1146/1999).

17 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

18 Hierzu sogleich unter II.2.a).

19 § 12 ArbVG.

20 Unten II.3.a)(2).

21 Hierzu näher unten II.3.b).

22 § 2 Wirtschaftskammergesetz.

23 § 10 Arbeiterkammergesetz.

24 § 4 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG).

25 *Fulton*, Arbeitnehmervertretung in Europa. Labour Research Department und ETUI, 2013, Länderbericht Slowenien, abrufbar unter <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Slovenia/Collective-Bargaining> (26.10.2017).

In der österreichischen Tarifpraxis werden die Tarifverträge bzw. »Kollektivverträge«, wie die Tarifverträge dort heißen, in den meisten Branchen nur auf Arbeitgeberseite von den gesetzlichen Interessenvertretungen – den Wirtschaftskammern – abgeschlossen. Auf Arbeitnehmerseite hingegen tritt an Stelle der Arbeiterkammern in aller Regel der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) – meist vertreten durch die jeweils zuständige Fachgewerkschaft – als Verhandlungsakteur auf.²⁶ Beim ÖGB handelt es sich um eine ebenfalls kollektivvertragsfähige Berufsvereinigung,²⁷ bei der die Mitgliedschaft jedoch freiwillig ist. Wie in anderen europäischen Ländern sank auch in Österreich der Organisationsgrad der freiwilligen Arbeitnehmervereinigungen. So gehörten im Jahr 2013 nur noch weniger als 30 % aller Arbeitnehmer dem ÖGB an.²⁸ Indessen wirkt sich der Umstand, dass die Kollektivverträge auf Arbeitnehmerseite nicht von den gesetzlichen Interessenvertretungen als Repräsentationsorgan der gesamten Arbeiterschaft abgeschlossen werden, kaum negativ auf die Kollektivvertragsbindung in Österreich aus. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass die Normwirkungen des Kollektivvertrags nach § 12 Abs. 1 ArbVG sämtliche Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers erfassen, unabhängig davon, ob sie der kollektivvertragsschließenden Gewerkschaft angehören oder nicht. Berücksichtigt man, dass die Kollektivvertragsbindung unter den Arbeitgebern bei nahezu 100 % liegt,²⁹ da die Kollektivverträge von den Wirtschaftskammern abgeschlossen werden, führt die Erstreckung der Kollektivvertragswirkungen auf die Außenseiter-Arbeitnehmer im Ergebnis dazu, dass es kaum Arbeitnehmer gibt, für die kein Kollektivvertrag gilt.

Mit Blick auf Österreich bleibt somit festzuhalten, dass die extrem hohe und seit Jahren stabile Tarifbindungsquote von über 98 % im Wesentlichen auf zwei Faktoren beruht: zum einen auf der Pflichtmitgliedschaft in den Berufsvereinigungen und zum anderen auf der Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags.

b) Genter System

Nicht auf Zwang, sondern auf wirtschaftliche Anreize zum Koalitionsbeitritt setzt das sogenannte Genter System, das in Schweden, Dänemark, Finnland, Belgien sowie – außerhalb der EU – in Island vorzufinden ist. Dabei handelt es sich um ein besonderes Modell der Arbeitslosenversicherung, das im Wesentlichen durch folgende drei Merkmale geprägt wird: (1) Die Versicherung ist für den Arbeitnehmer

freiwillig; (2) sie steht unter der Verwaltung einer Gewerkschaft oder zumindest eines gewerkschaftsnahen privaten Fonds und (3) wird überwiegend vom Staat finanziert.

Benannt ist das System nach der belgischen Stadt Gent, wo eine solche Arbeitslosenversicherung im Jahr 1901 eingeführt wurde.³⁰ Dort hatten die örtlichen Gewerkschaften einen Fonds eingerichtet, um ihre Mitglieder im Fall der Arbeitslosigkeit finanziell abzusichern. Die Mittel des Fonds, die sich aus den Beiträgen der Gewerkschaftsmitglieder speisten, reichten jedoch bei weitem nicht dazu aus, den Begünstigten den erhofften Versicherungsschutz zu bieten. Deswegen erklärte sich die Genter Stadtverwaltung dazu bereit, den Fonds mit öffentlichen Geldern zu bezuschussen. Fortan hatten nicht nur Gewerkschaftsmitglieder, sondern auch nicht organisierte Arbeiter bei Verlust ihres Arbeitsplatzes Anspruch auf Leistungen aus dem Fonds.³¹ Trotz der öffentlichen Finanzierung und trotz der Erweiterung des Kreises der Bezugsberechtigten auf nicht gewerkschaftsangehörige Personen behielten die Gewerkschaften eine Schlüsselrolle bei der Verwaltung des Fonds. Sie waren insbesondere für die Auszahlung der Leistungen an die Anspruchsberechtigten zuständig. Diese »Serviceleistung« sorgte offenbar dafür, dass die Öffentlichkeit die Wohltaten der Arbeitslosenversicherung in erster Linie den Gewerkschaften und nicht dem Staat zuschrieb, obwohl in Wirklichkeit letzterer für die Leistungen wirtschaftlich aufkam.³² Auf die Reputation der Gewerkschaften wirkte sich diese Wahrnehmung äußerst positiv aus und trieb ihnen zahlreiche Mitglieder zu.

Das Genter Modell fand zu Beginn des 20. Jahrhunderts in vielen Regionen Europas Nachahmung. Mit der Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung wurde es jedoch später vielerorts wieder aufgegeben. In den nordischen Staaten Schweden, Dänemark, Finnland und Island hingegen hat das Genter Modell weiterhin Bestand. Diese

²⁶ Diese Praxis beruht auf einer Absprache zwischen den Arbeiterkammern und dem ÖGB, siehe *Cerny*, in: *Blanpain* (Hrsg.), *The Actors of Collective Bargaining*, Den Haag/London/New York 2004, S. 45, 54; s. auch *Runggaldier*, *ZIAS* 1997, 1, 2 und 4; *Junker*, *ZfA* 2011, 299, 310 ff.

²⁷ § 4 Abs. 2 iVm. § 5 ArbVG.

²⁸ Europäische Kommission (Fn. 4), Graphik 1.2.

²⁹ Siehe Europäische Kommission (Fn. 4), Graphik 1.3.

³⁰ Eine Darstellung der historischen Wurzeln des Genter Systems findet sich bei *Vandaele*, *Transfer* 2006, 647, 648 f.

³¹ *Vandaele*, *Transfer* 2006, 647, 648.

³² *Vandaele*, *Transfer* 2006, 647, 649.

Länder verfügen noch immer über ein System der freiwilligen Arbeitslosenversicherung, das von privaten Einrichtungen getragen wird, die überwiegend unter der Kontrolle der Gewerkschaften stehen. Für Arbeitnehmer, die auf den Versicherungsschutz verzichten, zahlt der Staat im Fall der Arbeitslosigkeit lediglich eine Grundsicherung, die sich jedoch nicht an der Höhe des früheren Arbeitseinkommens orientiert und folglich regelmäßig geringer ausfällt als die Leistungen der freiwilligen Arbeitslosenversicherung.³³ Vor diesem Hintergrund entscheiden sich viele Arbeitnehmer für den Abschluss einer Arbeitslosenversicherung. Die Versicherungsfonds speisen sich nur zu einem geringen Teil aus Beiträgen der versicherten Arbeitnehmer und werden hauptsächlich durch staatliche Zuschüsse finanziert.³⁴ Obwohl die Versicherung unter gewerkschaftlicher Verwaltung steht, ist der Zugang nicht allein Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten. Auch Arbeitnehmer, die keiner Gewerkschaft angehören, können gegen Zahlung einer Gebühr den Versicherungsfonds beitreten.

Eine Verknüpfung von Versicherungsschutz und Gewerkschaftszugehörigkeit besteht somit nicht in rechtlicher, sondern nur in tatsächlicher Hinsicht.³⁵ Diese faktische Koppelung rührt daher, dass Gewerkschaftsmitglieder automatisch in die Arbeitslosenversicherung aufgenommen werden und die Summe aus gewerkschaftlichem Mitgliedsbeitrag und Beitrag zum Versicherungsfonds nur unwesentlich höher ist als der Beitrag, den nicht gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer für den Zugang zu einem Versicherungsfonds zahlen müssen.³⁶ Unter diesen Umständen entscheiden sich viele Arbeitnehmer für die »Kombinationslösung« einer Gewerkschaftszugehörigkeit mit inbegriffener Arbeitslosenversicherung.

Etwas anders stellt sich die Situation in Belgien dar. Dort besteht nämlich seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs eine obligatorische staatliche Arbeitslosenversicherung. Die Auszahlung der Versicherungsleistungen erfolgt allerdings nicht nur über staatliche Behörden. Auch den größten Gewerkschaftsbünden wird das Recht eingeräumt, das Arbeitslosengeld an ihre bezugsberechtigten Mitglieder auszuzahlen. Die staatlichen Versicherungsträger erstatten dann im Gegenzug den Gewerkschaften die aufgewendeten Beträge. In der Praxis funktioniert die Verteilung der Versicherungsleistungen über die Gewerkschaften deutlich schneller und unkomplizierter als die Auszahlung über staatliche Behörden.³⁷ Dies hängt unter anderem damit zusammen, dass die Gewerkschaften in den Industriere-

gionen des Landes, die in den letzten Jahrzehnten von hoher Arbeitslosigkeit geplagt waren, über ein deutlich dichteres Netz an Auszahlungsstellen verfügen als die staatlichen Sozialbehörden. Viele Arbeitnehmer bevorzugen deswegen die Auszahlung über die Gewerkschaftsbüros und treten folglich den auszahlungsberechtigten Gewerkschaften bei.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen deutlich wird, schafft die Mitwirkung der Gewerkschaften am System der Arbeitslosenversicherung Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt. Zahlreiche Studien nennen diese Anreize als wesentlichen Grund dafür, dass in den Ländern, die dem Genter Modell folgen, der gewerkschaftliche Organisationsgrad besonders hoch ist.³⁸ Blickt man auf die Statistiken, so lässt sich tatsächlich zumindest eine Korrelation zwischen dem Genter System und hohen Mitgliederzahlen bei den Gewerkschaften erkennen. Innerhalb der EU weisen die vier Mitgliedstaaten, die am Genter System festgehalten haben, den höchsten gewerkschaftlichen Organisationsgrad auf: In Schweden, Dänemark und Finnland liegt er bei knapp unter 70 %, in Belgien immerhin bei 55 %.³⁹

Ein besonderer Aspekt des Genter Systems wird immer wieder hervorgehoben: Die faktische Koppelung von Gewerkschaftsmitgliedschaft und Arbeitslosenversicherung schafft insbesondere bei jenen Arbeitnehmern einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt, die sich in prekären

33 *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 82; siehe auch speziell zu Finnland *Böckerman/Uusilato* (2006) 44 BJIR, 283, 287.

34 So machen zB. in Schweden die von den Versicherten geleisteten Beiträge lediglich 5 % der Gesamtmittel der Versicherungsfonds aus, siehe *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 82.

35 So ausdrücklich *Böckerman/Uusilato* (2006) 44 BJIR, 283, 284 (»[E]ligibility for the earnings-related unemployment benefits has been *de facto* tied to union membership in all the Nordic countries except Norway« [Kursiv im Original]).

36 *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 82. Etwas anders stellt sich hingegen die Situation in Finnland dar. Hier wurde in den 1990er Jahren ein gewerkschaftsunabhängiger Versicherungsfonds eingerichtet, bei dem die Beiträge tatsächlich bedeutend niedriger sind als bei den von den Gewerkschaften kontrollierten Versicherungen. In der Folge wandten sich zahlreiche Arbeitnehmer von den gewerkschaftsnahen Arbeitslosenversicherungen ab, was sich negativ auf den gewerkschaftlichen Organisationsgrad auswirkte. Lediglich bei den Gewerkschaften für höherqualifizierte Arbeitnehmer sind die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung niedriger als beim gewerkschaftsunabhängigen Versicherungsfonds. Dies hängt damit zusammen, dass das Risiko der Arbeitslosigkeit bei den Mitgliedern dieser Gewerkschaften vergleichsweise gering ist, siehe ausführlich hierzu *Böckerman/Uusilato* (2006) 44 BJIR, 283 ff.

37 *Vandaele*, Transfer 2006, 647, 653.

38 *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 84; *Böckerman/Uusilato* (2006) 44 BJIR, 283, 284, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

39 Europäische Kommission (Fn. 4), Graphik 1.2. (Angaben für das Jahr 2013). Zum Vergleich: In Deutschland lag der gewerkschaftliche Organisationsgrad im selben Zeitpunkt bei lediglich 18 %.

Beschäftigungsverhältnissen befinden und bei denen das Risiko der Arbeitslosigkeit folglich besonders hoch ist.⁴⁰ Das ist deswegen bemerkenswert, weil es den Gewerkschaften in anderen Ländern schwer fällt, diese Gruppe von Beschäftigten zu organisieren. Sowohl in Finnland als auch in Schweden hat der sprunghafte Anstieg der Arbeitslosigkeit in den frühen 1990er Jahren den Gewerkschaften einen bedeutenden Zuwachs an Mitgliedern beschert.⁴¹ Der Nexus zwischen Mitgliederentwicklung und Arbeitsmarktlage wird teilweise allerdings auch kritisch bewertet. So wird bisweilen die Sorge geäußert, dass die Gewerkschaften aus Interesse an hohen Mitgliederzahlen ihr Engagement für stabile Arbeitsverhältnisse vermindern und stattdessen geneigt sein könnten, den Forderungen der Arbeitgeber nach einer stärkeren Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen allzu bereitwillig nachzugeben.⁴²

3. Regelungsansätze zur Ausweitung der Tarifwirkungen

Waren die eben erörterten Regelungsmodelle auf die Stärkung der Koalitionen gerichtet, soll es im Folgenden um regulatorische Ansätze gehen, die in erster Linie die Ausweitung der Tarifwirkungen auf nicht organisierte Arbeitsvertragsparteien zum Ziel haben.

a) Gesetzliche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelung auf Außenseiter

In zahlreichen europäischen Rechtsordnungen entfalten Tarifverträge in bestimmtem Umfang Außenseiterwirkung, dh. ihr normativer Inhalt gilt auch gegenüber Individualparteien, die nicht den tarifschließenden Organisationen angehören. In Deutschland stellt die Außenseiterwirkung des Tarifvertrags bekanntlich einen eng begrenzten Ausnahmefall dar. Nach dem Grundsatz des § 3 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1 TVG gelten die Tarifnormen, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln, nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, also nur im Verhältnis zwischen Individualparteien, die den tarifschließenden Verbänden angehören bzw. – im Fall des Firmentarifvertrags – als Arbeitgeber selbst Partei des Tarifvertrags sind. Hiervon abweichend gelten nach § 3 Abs. 2 TVG lediglich »Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen [...] für alle Betriebe, deren

Arbeitgeber tarifgebunden ist.« Die Geltung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen setzt damit allein voraus, dass der Arbeitgeber Mitglied der tarifschließenden Organisation ist bzw. den Tarifvertrag selbst abgeschlossen hat, während auf Arbeitnehmerseite die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft gerade keine notwendige Bedingung für die Tarifbindung ist.

Im Einzelnen gilt es zwischen zwei Formen der Außenseiterwirkung von Tarifverträgen zu unterscheiden: der Tariferstreckung auf nicht bzw. anders organisierte Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers einerseits sowie der Erga-Omnes-Geltung im engeren Sinn andererseits, dh. der Tariferstreckung auch auf Außenseiter-Arbeitgeber.

(1) Tariferstreckung auf nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber

Das Modell der Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers liegt im deutschen Recht dem eben angesprochenen § 3 Abs. 2 TVG in Bezug auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen zugrunde. Eine vergleichbare Außenseiterwirkung ordnet im Ausland beispielsweise der bereits erwähnte § 12 Abs. 1 des österreichischen ArbVG⁴³ sowie das französische Tarifvertragsrecht⁴⁴ an; anders als in Deutschland bezieht sich allerdings die Außenseitergeltung in beiden Rechtsordnungen auf sämtliche Normen des Tarifvertrags, also auch auf Individualnormen. Ein im Ergebnis ähnliches Modell der Tariferstreckung findet sich in den Niederlanden. Nach Art. 14 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst ist es dem tarifgebundenen Arbeitgeber grundsätzlich verboten, im Verhältnis zu den nicht organisierten Arbeitnehmern vom Inhalt des Tarifvertrags abzuweichen.⁴⁵ Ähnlich ist die Rechtslage in den nordischen Staaten, wo der tarifgebundene Arbeitgeber gegenüber der tarifschließenden Gewerkschaft verpflichtet ist, die tarifli-

40 *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 83.

41 Siehe *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 83, und *Böckerman/Uusilato* (2006) 44 BJIR, 283, 285, jeweils mit weiteren Nachweisen.

42 Näher zu den Nachteilen des Genter Modells *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 83 f.

43 Oben II.2.a).

44 Art. L 2254-1 CT.

45 Näher zu dieser Pflicht *Waas*, ZIAS 2004, 57, 68 f.

chen Arbeitsbedingungen auch den Außenseiter-Arbeitnehmern zu gewähren.⁴⁶

In Ländern, in denen der Organisationsgrad unter den Arbeitgebern hoch, unter den Arbeitnehmern jedoch gering ist, führt die hier beschriebene Form der Außenseitergeltung zu einer hohen Tarifbindungsquote.⁴⁷ Dieses Phänomen lässt sich zum Beispiel in Frankreich beobachten. Dort sind lediglich knapp 8 % aller Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert, während die Organisationsdichte bei den Arbeitgebern bei 75 % liegt. Die Tarifbindungsquote erreicht mit 96 % einen der höchsten Werte in Europa.⁴⁸

(2) Tariferstreckung auch auf Außenseiter-Arbeitgeber (Erga-omnes-Geltung im engeren Sinn)

Die zweite Form der Außenseiterwirkung reicht insofern weiter, als sie auch die Arbeitsverhältnisse nicht organisierter Arbeitgeber erfasst. Sie bewirkt – ähnlich der Allgemeinverbindlicherklärung im deutschen Recht –, dass der Tarifvertrag innerhalb seines räumlichen, persönlichen und fachlichen Anwendungsbereichs Geltung erga omnes entfaltet. Der Unterschied zum Institut der Allgemeinverbindlicherklärung besteht allerdings darin, dass die Geltungserstreckung nicht einzelfallbezogen und mit Blick auf einen konkreten Tarifvertrag durch ein besonderes behördliches Verfahren angeordnet wird. Vielmehr handelt es sich bei der hier in Rede stehenden Außenseiterwirkung um eine allgemeine gesetzliche Ausweitung der Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien auf nicht organisierte Arbeitgeber. Die Tarifvertragsparteien sind mit anderen Worten kraft Gesetzes dazu ermächtigt, Regelungen mit Bindungswirkung auch für Nichtorganisierte zu treffen.

Im europäischen Rechtsvergleich fällt auf, dass die gesetzliche Erstreckung der Tarifwirkungen auf nicht organisierte Arbeitgeber eher selten vorkommt. Sie ist beispielsweise im spanischen Recht für die sogenannten statutarischen Tarifverträge auf sektoraler Ebene (*convenios sectoriales*) vorgesehen. Darunter sind Branchentarifverträge zu verstehen, die nach den Vorschriften des *Estatuto de los Trabajadores* (ET) geschlossen werden.⁴⁹ Art. 82 Abs. 3 UAbs. 1 ET bestimmt, dass derartige Tarifverträge während ihrer Geltungszeit sämtliche Unternehmen und Arbeitnehmer binden, die in den räumlichen, persönlichen und fachlichen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags fallen. Im juristischen Schrifttum ist in diesem Zusammenhang von einer erga-omnes-Geltung bzw. von einer allgemeinen Wirksamkeit (*eficacia general*) des sta-

tutarischen Tarifvertrags die Rede.⁵⁰ Zur Legitimation dieser weitreichenden Bindungswirkung stellt das spanische Tarifvertragsrecht strenge Anforderungen an die Repräsentativität der Verhandlungspartner. Der Tarifvertrag kann auf Arbeitnehmerseite nur von solchen Organisationen abgeschlossen werden, die den Status einer besonders repräsentativen Gewerkschaft besitzen (*sindicatos más representativos*). Voraussetzung hierfür ist, dass die betreffende Gewerkschaft bei den Wahlen zu den betrieblichen Belegschaftsvertretungen entweder landesweit⁵¹ oder jedenfalls im räumlichen Geltungsbereich des intendierten Kollektivvertrags⁵² mindestens 10 % der Sitze errungen haben. Auf Arbeitgeberseite sind diejenigen Verbände abschlussberechtigt, die im Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags mindestens 10 % der Arbeitgeber vertreten, die wiederum zusammengenommen mindestens 10 % der betroffenen Arbeitnehmer beschäftigen müssen; ist der Anteil der repräsentierten Arbeitgeber geringer als 10 %, ist der Verband gleichwohl kollektivverhandlungsfähig, wenn deren Mitglieder mindestens 15 % der betroffenen Arbeitnehmer beschäftigen.⁵³ Die nach diesen Grundsätzen repräsentativen Koalitionen haben das Recht, eine Ver-

46 Dieser Grundsatz beruht in Schweden und Dänemark auf Richterrecht, siehe hierzu die Darstellung bei *Malmberg*, in: Wahlgren (Hrsg.), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stockholm 2002, S. 189, 204. In Finnland wiederum ist der Grundsatz in § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes (*Työehtösopimuslaki* 436/1946) normiert.

47 Siehe auch schon zum Beispiel Österreichs oben II.2.a).

48 Siehe zu den Zahlen Europäische Kommission (Fn. 4), Graphiken 1.2., 1.3. und 1.4. (Angaben für 2013). Anzumerken ist, dass die Tariferstreckung auf die nicht organisierten Arbeitnehmer die Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt mindert, da die Arbeitnehmer auch ohne Gewerkschaftsmitgliedschaft in den Genuss der tariflichen Arbeitsbedingungen gelangen. Der niedrige gewerkschaftliche Organisationsgrad in Frankreich mag deswegen auch auf die Außenseiterwirkung des Tarifvertrags zurückzuführen sein, vgl. hierzu *Le Friant*, *EuZA* 2010, 23, 28.

49 Darüber hinaus erkennt die spanische Rechtsprechung den Koalitionen als Ausfluss der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 der spanischen Verfassung) das Recht zu, auch außerhalb des gesetzlichen Rahmens des ET Kollektivvereinbarungen abzuschließen. Solche Vereinbarungen werden als außerstatutarische Tarifverträge (*convenios extraestatutarios*) bezeichnet. Diese Art von Vereinbarungen kann zB. auch von Verbänden abgeschlossen werden, die nicht die strengen Repräsentativitätsanforderungen nach dem ET (dazu sogleich) erfüllen.

50 *Montoya Melgar*, *Derecho del trabajo*, 36. Aufl., Madrid 2015, S. 164 f. Demgegenüber binden die außerstatutarischen Tarifverträge nach Auffassung der Rechtsprechung lediglich die Mitglieder der tarifschließenden Organisationen und entfalten somit nur eine *eficacia limitada*, siehe *Montoya Melgar*, aaO., S. 166 mwN.

51 Art. 87 Abs. 2 lit. a ET iVm. Art. 6 Abs. 2 der *Ley Orgánica de Libertad Sindical* (LOLS). Eine besondere Regelung für die autonomen Regionen enthält Art. 87 Abs. 2 lit. b ET.

52 Art. 87 Abs. 2 lit. c ET.

53 Art. 87 Abs. 3 lit. c ET.

handlungskommission (comisión negociadora) zu bilden.⁵⁴ Zur wirksamen Konstituierung der Verhandlungskommission müssen die darin vertretenen Organisationen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zusammen mehr als die Hälfte aller Beschäftigten repräsentieren, die in den Geltungsbereich des intendierten Kollektivvertrags fallen.⁵⁵ Damit ein Kollektivvertrag zustande kommt, bedarf er der Zustimmung der Mehrheit der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmervertreter in der Verhandlungskommission.⁵⁶

In Griechenland sind die nationalen branchenübergreifenden Tarifverträge mit Wirkung erga omnes ausgestattet. Nach Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes 1876/1990 gelten sie – anders als Tarifverträge auf niedrigeren Verhandlungsebenen – für sämtliche Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeitsvertragsparteien den tarifschließenden Organisationen angehören. Ähnlich wie in Spanien gelten für die Kollektivvertragsparteien strenge Repräsentativitätsanforderungen: Der nationale branchenübergreifende Tarifvertrag kann nur von den repräsentativsten Koalitionen abgeschlossen werden.⁵⁷ Maßgebendes Kriterium für die Beurteilung der Repräsentativität einer Gewerkschaft ist dabei die Zahl der Mitglieder, die sich an der Wahl der Gewerkschaftsfunktionäre beteiligen.⁵⁸ Anzumerken ist allerdings, dass die einschneidenden Arbeitsrechtsreformen der letzten Jahre die Erga-omnes-Geltung erheblich eingeschränkt haben. Im Zuge der Schulden- und Wirtschaftskrise, die das Land seit inzwischen fast einem Jahrzehnt plagt, war Griechenland unter dem Druck der internationalen Kreditgeber gezwungen, sein Tarifsystem grundlegend umzugestalten.⁵⁹ Mit den Reformen sollte – so das erklärte Ziel ihrer Befürworter – das Kollektivverhandlungssystem dezentralisiert und flexibilisiert werden, um die einheimischen Unternehmen im internationalen wirtschaftlichen Wettbewerb konkurrenzfähiger zu machen. Eine konkrete Neuerung betraf die Erga-omnes-Geltung des nationalen branchenübergreifenden Tarifvertrags. Dessen Lohnbestimmungen sind inzwischen nur noch für die Mitglieder der tarifschließenden Organisationen verbindlich. Lediglich die auf die sonstigen Arbeitsbedingungen bezogenen Tarifbestimmungen entfalten noch Außenseiterwirkung.⁶⁰ Der Anteil der tarifgebundenen Arbeitnehmer in Griechenland beträgt inzwischen nur noch um die 40 %, während er im Zeitraum vor der Wirtschaftskrise zwischen 2002 und 2008 konstant bei 80 % lag.⁶¹

Das isländische Recht misst tarifvertraglichen Bestimmungen über den Lohn und andere Arbeitsbedingungen

ebenfalls Erga-omnes-Geltung zu. Auch solche Individualparteien, die nicht den tarifschließenden Verbänden angehören, dürfen die Vorgaben des Tarifvertrags nicht unterschreiten.⁶² Anders als in Spanien und Griechenland unterliegen die Parteien der allgemeinverbindlichen Tarifverträge keinen besonderen Repräsentativitätsanforderungen. Allerdings ist die Repräsentativität der Kollektivverhandlungspartner in der Praxis regelmäßig unproblematisch, da das System der kollektiven Arbeitsbeziehungen in Island dem Genter Modell folgt und durch eine hohe Organisationsdichte der Berufsverbände gekennzeichnet ist.

Schließlich ist der Blick auf Belgien zu richten. Dort entfalten bestimmte Tarifverträge ebenfalls Außenseiterwirkung im Verhältnis zu nicht organisierten Arbeitgebern, allerdings nur in abgeschwächter Form. Nach Art. 26 Abs. 1 des Gesetzes vom 5.12.1968 gelten die Individualnormen eines Verbandstarifvertrags, der in einer paritätischen Kommission geschlossen wird, auch für Arbeitgeber, die nicht einer in der Kommission vertretenen Organisation angehören. Die Geltung der Tarifnormen für den Außenseiter-Arbeitgeber ist allerdings dispositiv: Im Individualarbeitsvertrag können die Regelungen des Tarifvertrags auch zulasten des Arbeitnehmers abbedungen werden. Derartige Abreden bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.⁶³

54 Art. 87 Abs. 5 ET.

55 Art. 88 Abs. 2 ET.

56 Art. 89 Abs. 3 ET; siehe näher zu den Anforderungen an die Beschlussfassung in der Verhandlungskommission *Rudkowski*, RdA 2010, 287, 291. Siehe ferner allgemein zu den Voraussetzungen für statutarische Tarifverträge die Darstellung bei *Junker*, ZfA 2011, 299, 316 ff.

57 Art. 3 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 lit. a Gesetz 1876/1990.

58 Art. 6 Abs. 2 Gesetz 1876/1990.

59 Einen Überblick über die von Griechenland in den letzten Jahren unternommenen Reformen des kollektiven Arbeitsrechts bieten *Sideris/Triadafilidis*, ZIAS 2017, 66, 68 ff.; *Papadimitriou*, ELLN Working Paper 3/2013, abrufbar unter http://www.labourlawnetwork.eu/working_paper/working_papers/prm/2010/index.html (26.10.2017). *Travlos-Tzanetatos*, FS Säcker, 2011, S. 325, 332 ff.; siehe ferner den Abschlussbericht der Expert Group for the Review of Greek Labour Market Institutions, HSI-Working Paper Nr. 09, Frankfurt aM. 2016, abrufbar unter http://www.europa-neu-begrunden.de/wp-content/uploads/2016/11/HSI-Working-Paper_Nr_09.pdf (26.10.2017), S. 20 ff.

60 *Fulton*, Worker representation in Europe. Labour Research Department and ETUI, 2015, Länderbericht Griechenland, Abschnitt »Collective Bargaining« abrufbar unter <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Greece/Collective-Bargaining> (26.10.2017).

61 Europäische Kommission (Fn. 4), Graphik 1.4.

62 Art. 1 Gesetz Nr. 55/1980; siehe hierzu *Evju*, EuZA 2010, 50, 53.

63 Siehe hierzu *Blanpain*, Labour Law in Belgium, 6. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014, Rn. 983 f.

Blickt man auf die Statistik, so fällt auf, dass in Spanien und Belgien, wo Tarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen Geltung erga omnes entfalten, die Organisationsdichte unter den Arbeitgebern besonders hoch ist: In Spanien liegt sie bei fast 80 %, in Belgien sogar noch höher. Eine mögliche Erklärung dafür könnte darin zu sehen sein, dass die Außenseitererstreckung des Tarifvertrags die Arbeitgeber zu einem Verbandsbeitritt veranlasst, damit sie Einfluss auf die Kollektivverhandlungen nehmen können. Ein ähnlicher Effekt wird auch dem Institut der Allgemeinverbindlicherklärung zugeschrieben, das ebenfalls die Erga-omnes-Wirkung tarifvertraglicher Regelungen bewirkt.⁶⁴ Hierin zeigt sich, dass auch Regelungsmaßnahmen zur Erweiterung der Tarifwirkungen mittelbar die Koalitionsbindung und damit letztlich auch die autonome Tarifbindung fördern können.

b) Richterliche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Bestimmungen

Eine besondere Form der Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf nicht organisierte Individualparteien findet sich in Italien. Art. 39 der Verfassung, der die Koalitionsfreiheit gewährleistet, sieht in seinem vierten Absatz vor, dass die Berufsverbände in gemeinsamen Ausschüssen Tarifverträge mit allgemeinverbindlicher Wirkung abschließen können. Allerdings wird die Erga-omnes-Geltung an die Bedingung geknüpft, dass sich die tarifschließenden Organisationen staatlich registrieren lassen und infolgedessen die Rechtsfähigkeit erlangen. Das Registrierungsfordernis ist bereits bei Inkrafttreten der Verfassung auf breite Ablehnung gestoßen, insbesondere auf Gewerkschaftsseite. Nach den Erfahrungen mit der korporativen Arbeitsverfassung unter Benito Mussolini, der die Gewerkschaften vollständig der staatlichen Kontrolle unterworfen hatte, wollten die Arbeitnehmervereinigungen so weit wie möglich vom Staat unabhängig sein und lehnten daher eine staatliche Registrierung strikt ab.

Die Abwehrhaltung der Gewerkschaften hatte zur Folge, dass der italienische Gesetzgeber nie ein Ausführungsgesetz zu Art. 39 Abs. 4 der Verfassung erlassen hat. In Ermangelung einer institutionellen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber beruht das italienische Kollektivvertragssystem weitestgehend auf privaten Rahmenvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, die zum Teil auch als tripartistische Übereinkommen unter Einbindung des Staates abgeschlossen werden.⁶⁵ Um die Natur und die Wirkungen

des Tarifvertrags rechtlich zu erfassen, lehnten sich Rechtsprechung und Lehre in erster Linie an privatrechtliche Kategorien an.⁶⁶ Eine wesentliche Folgerung aus dieser privatrechtlichen Rekonstruktion des Tarifvertrags ist, dass sich seine Bindungswirkung nach herrschender Ansicht auf die Mitglieder der tarifschließenden Verbände beschränkt, da nur diese sich der Regelungsmacht der Berufsorganisationen privatautonom unterworfen haben. Diese Auffassung deckt sich weitgehend mit der inzwischen auch in Deutschland dominierenden Vorstellung von der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie.⁶⁷

Der Versuch des italienischen Gesetzgebers, zur Stärkung der Tarifbindung einen Mechanismus zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen einzuführen, ist schon früh gescheitert. Das entsprechende Gesetz – die Legge Vigorelli aus dem Jahr 1959⁶⁸ – wurde vom italienischen Verfassungsgericht verworfen.⁶⁹ Eine allgemeinverbindliche Geltung von Tarifverträgen, so die Begründung des Verfassungsgerichts, ist nur nach Maßgabe des Art. 39 Abs. 4 der Verfassung möglich, also nur unter der Voraussetzung, dass die Tarifvertragsparteien staatlich registriert sind. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, kommt eine Erga-omnes-Geltung nicht in Betracht. Sie kann auch nicht über eine alternative gesetzliche Regelung herbeigeführt werden. Aus diesem Grund fehlt es in Italien bis heute an der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.⁷⁰

Die Rechtsprechung hat indessen einen anderen Weg gefunden, um – zumindest einzelne – tarifvertragliche

64 Zu den Auswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung auf den Organisationsgrad der Arbeitgeber siehe *Schulten*, WSI-Mitt. 2012, 485, 493; *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 26 mwN.

65 Siehe zu den Grundlagen des italienischen Kollektivarbeitsrechts *Giugni* (Fn. 14), S. 54 ff.; *Miscioni*, *Dialoghi di Diritto del lavoro*, 2. Aufl., Milanofiori Assago 2010, S. 23 ff.; instruktiv auch die Darstellung in deutscher Sprache von *Eller* (2012) 25 JbItalR, 163, 165 ff.

66 *Giugni* (Fn. 14), S. 58.

67 Siehe hierzu BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 811/96 – NZA 1998, 778, 779 (zu 3 b); BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 Rn. 40: »Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie.« Siehe aus dem Schrifttum zB *Bayreuther*, *Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Tarifautonomie*, München 2005, S. 57 ff.; *Dieterich*, FS Richardi, München 2007, S. 117, 118; *Hartmann*, *Negative Vertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Tübingen 2014, S. 101 ff.; *Höpfner*, *Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis*, Baden-Baden 2015, S. 308 ff.; *Lobinger*, JZ 2014, 810, 812.

68 Legge n. 741/1959.

69 Corte cost. 19.12.1962, n. 106.

70 Näher zu den Einzelheiten *Giugni* (Fn. 14), S. 135.

Bestimmungen auf die Arbeitsverhältnisse nicht tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien anzuwenden. Den Anknüpfungspunkt dafür bildet Art. 36 Abs. 1 der Verfassung. Nach dieser Bestimmung hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf einen »im Hinblick auf Güte und Umfang der geleisteten Arbeit angemessenen Lohn«, der zudem »in jedem Fall ausreichen soll, dem Arbeitnehmer und seiner Familie eine freie und würdige Existenz zu sichern«. Einen gesetzlichen Mindestlohn, der die verfassungsrechtliche Gewährleistung konkretisiert, wurde in Italien aus Rücksicht vor der Autonomie der Sozialpartner nie eingeführt. Stattdessen richtet sich die Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt, nach dem für das fragliche Arbeitsverhältnis einschlägigen tariflichen Mindestlohn.⁷¹ Die Berücksichtigung tarifvertraglicher Bestimmungen im Verhältnis zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien wird mit dem Argument gerechtfertigt, dass die Sozialpartner bei der Festlegung des angemessenen Lohns über eine Einschätzungsprärogative verfügen, die der Staat zu respektieren habe.⁷²

Zusammenfassend kann das italienische Modell als richterliche – im Gegensatz zur gesetzlich oder behördlich angeordneten – Geltungserstreckung von tarifvertraglichen Bestimmungen auf nicht organisierte Arbeitsvertragsparteien charakterisiert werden.

c) Geltungserweiterung von Tarifverträgen

Den vorstehend diskutierten Modellen der Tarifierstreckung war gemein, dass sie die Bindungswirkung der Tarifnormen auf nicht autonom tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien ausweiten, die in den Geltungsbereich des fraglichen Tarifvertrags fallen. Nicht anders verhält es sich mit dem deutschen Institut der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, das die Geltung der Tarifnormen auf nicht freiwillig tarifgebundene Individualparteien nur insoweit erstreckt, wie diese vom räumlichen, persönlichen und fachlichen Geltungsbereich des betreffenden Tarifvertrags erfasst werden.

Manche Rechtsordnungen verfügen über ein weiterreichendes Instrument der Geltungserstreckung von Tarifverträgen. Dies ist beispielsweise bei der Erweiterungserklärung (*élargissement*) im französischen Recht⁷³ oder der Satzungserklärung von Kollektivverträgen im österreichischen Recht⁷⁴ der Fall. Mit beiden Mechanismen kann die Geltung eines Tarifvertrags über seinen räumlichen oder

fachlichen Anwendungsbereich hinaus ausgeweitet werden. Voraussetzung für eine solche Erweiterungserklärung ist in beiden Rechtsordnungen, dass in dem Territorium bzw. in der Branche, auf die der Tarifvertrag erstreckt werden soll, nicht schon andere tarifvertragliche Regelungen gelten.⁷⁵ Durch die Erweiterungserklärung wird die Tarifbindung zum einen dadurch erhöht, als »weiße Flecken« in der Tariflandschaft beseitigt werden. Zum anderen schafft sie für die betroffenen Arbeitgeber Anreize, autonome tarifvertragliche Regelungen zu erreichen, die den eigenen Bedürfnissen und Interessen besser gerecht werden.⁷⁶

III. Übertragbarkeit der ausländischen Regelungsmodelle auf Deutschland?

Nach diesem kurzen Streifzug durch die Tarifvertragsordnungen anderer europäischer Länder stellt sich die Frage, inwieweit die untersuchten ausländischen Regelungsinstitute als Vorbild für die Stärkung der Tarifbindung hierzulande taugen könnten. Wie im Folgenden zu sehen sein wird, sind die Spielräume für eine Übertragung der ausländischen Lösungsansätze auf die deutsche Arbeitsrechtsordnung aus rechtlichen und praktischen Gründen eher begrenzt.

1. Zwangsmitgliedschaft in den Koalitionen

Eine Übernahme des österreichischen Modells der Pflichtmitgliedschaft der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihren jeweiligen Berufsverbänden⁷⁷ wäre zweifellos mit dem Grundgesetz unvereinbar. Wie Abbo Junker einmal poin-

71 Siehe bereits Cass. civ. 5.2.1958, n. 338; sowie aus jüngerer Zeit Cass. civ. 15.10.2010, n. 21274; Cass. civ. 17.1.2011, n. 896.

72 *Giugni* (Fn. 14), S. 149. Die gleichen Überlegungen kommen außerdem auf einfachgesetzlicher Ebene in Art. 2099 Abs. 2 Codice civile zum Ausdruck. Nach dieser Vorschrift ist die Arbeitsvergütung bei Fehlen einer Partevereinbarung durch den Richter zu bestimmen, der für seine Entscheidung gegebenenfalls eine Einschätzung durch die Berufsverbände einholen muss.

73 Art. L 2261-17 CT.

74 §§ 18 ff. ArbVG.

75 Siehe für Österreich § 18 Abs. 3 Ziff. 4 ArbVG. In Frankreich ist die Erweiterungserklärung nur unter der Voraussetzung zulässig, dass aufgrund des Fehlens von Koalitionen im betreffenden Bereich eine »dauerhafte Unmöglichkeit« des Abschlusses von Tarifverträgen zu befürchten ist, siehe Art. L 2261-17 Abs. 1 CT.

76 *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 30.

77 Oben II.2.a).

tiert formuliert hat, sind die drei Grundpfeiler des österreichischen Kollektivarbeitsrechts »die Inkarnation all dessen, was in Deutschland unter der Geltung von Art. 9 Abs. 3 GG für verfassungswidrig gehalten wird.«⁷⁸ Bei den drei Grundpfeilern handelt es sich nach Junker erstens um die Zwangsmitgliedschaft der Arbeitgeber in den tariffähigen Wirtschaftskammern, zweitens um die spiegelbildliche Pflichtmitgliedschaft der Arbeitnehmer in den ebenfalls tariffähigen Arbeiterkammern sowie drittens um die Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags, deren Vereinbarkeit mit den Wertungen der deutschen Rechtsordnung hier ebenfalls noch zu diskutieren sein wird.⁷⁹

Das Bundesverfassungsgericht hatte zwar in den 1970er Jahren die Gesetze der Länder Bremen und Saarland über die Pflichtzugehörigkeit in den Arbeitnehmerkammern verfassungsrechtlich nicht beanstandet.⁸⁰ Für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war allerdings ausschlaggebend, dass die Arbeitnehmerkammern in Bremen und im Saarland hauptsächlich eine beratende Funktion gegenüber dem Gesetzgeber und anderen staatlichen Stellen erfüllten und gerade nicht dazu befugt waren, durch den Abschluss von Tarifverträgen unmittelbar auf die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Einfluss zu nehmen. Letztere Aufgabe darf nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts allein von freiwilligen Berufsvereinigungen wahrgenommen werden.⁸¹ Aus diesen Erwägungen folgt, dass Interessenvertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die auf obligatorischer Mitgliedschaft beruhen, die Tariffähigkeit von Verfassung wegen zu verweigern ist.

2. Genter System

Das Genter System wird immer wieder als mögliches Vorbild zur Stärkung der Tarifautonomie in Deutschland diskutiert.⁸² Auch die Monopolkommission hat in ihrem Hauptgutachten XVIII aus dem Jahr 2009 dieses Modell als denkbare Maßnahme ins Spiel gebracht, um der anhaltenden Erosion der Tarifbindung entgegenzuwirken.⁸³ Der Verwirklichung des Genter Systems in Deutschland stehen allerdings erhebliche rechtliche wie praktische Hindernisse im Weg.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschränkung des Zugangs zur Arbeitslosenversicherung oder anderer existenzsichernder Sozialleistungen auf Gewerkschaftsmitglieder kaum mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist. Ein

entsprechender Umbau der sozialen Sicherungssysteme würde einen übermäßigen hohen Druck auf die Arbeitnehmer zum Verbandsbeitritt erzeugen und damit einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG bedeuten.⁸⁴

Nun hat sich jedoch gezeigt, dass in den Ländern, die das Genter System übernommen haben, gerade keine rechtliche Verknüpfung von Arbeitslosenversicherung und Gewerkschaftsmemberschaft besteht: Auch nicht organisierte Arbeitnehmer können den Versicherungsfonds beitreten. Dass in diesen Ländern viele Arbeitnehmer den Gewerkschaften beitreten, um sich gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit abzusichern, hat in erster Linie historische und psychologische Gründe.⁸⁵ Derartige Beweggründe lassen sich nicht einfach durch eine gesetzgeberische Entscheidung von einem Land in ein anderes verpflanzen. Im Übrigen wäre der Wechsel vom jetzigen System einer obligatorischen, allein vom Staat getragenen Arbeitslosenversicherung hin zu einem freiwilligen Versicherungsmodell, das im Wesentlichen aus privaten, gewerkschaftlich verwalteten und staatlich bezuschussten Fonds besteht, eine herkulische Aufgabe, die langwierig und mit hohen administrativen Kosten verbunden wäre. Ein politischer Wille zur Verwirklichung eines solchen Vorhabens ist derzeit nicht zu erkennen.

Sollen Anreize zum Koalitionsbeitritt geschaffen werden, sind in erster Linie die Koalitionen selbst und nicht der Staat gefordert. Ihnen obliegt es, ihrer Klientel die Vorzüge eines Verbandsbeitritts zu vermitteln. Dabei bleibt es ihnen unbenommen, auch durch Leistungen außerhalb des tariflichen Kerngeschäfts Mitglieder anzuwerben.

⁷⁸ Junker, ZfA 2013, 91, 134.

⁷⁹ Dazu unten III.3.

⁸⁰ BVerfG, 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 u. 259/66 – BVerfGE 38, 281.

⁸¹ Siehe auch bereits BVerfG, 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 – NJW 1966, 2305, 2306 (=BVerfGE 20, 312), wonach die Tariffähigkeit von Handwerksinnungen und Innungsverbänden auch deswegen nicht gegen das Grundgesetz verstößt, da diese Organisationen freiwillige Zusammenschlüsse darstellen.

⁸² Seiwert, EuZA 2014, 450, 458 f.; Waltermann, NZA 2014, 874, 878.

⁸³ Monopolkommission (Fn. 3), Rn. 914 und 945.

⁸⁴ Zum Kriterium des (unangemessenen) Beitrittsdrucks als Richtschnur für die Prüfung, ob ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vorliegt, siehe zB. BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, Rn. 67, wo auf faktischen Zwang bzw. erheblichen Druck zum Verbandsbeitritt abgestellt wird; siehe ferner BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153, 155.

⁸⁵ So auch Seiwert, EuZA 2014, 450, 459; Waltermann, NZA 2014, 874, 878.

3. Gesetzliche Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter

In der rechtspolitischen Diskussion sind immer wieder Stimmen zu vernehmen, die die Regelung des § 3 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1 TVG infrage stellen und die Ausweitung der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auf Außenseiter auch im Zusammenhang mit tariflichen Individualnormen ins Gespräch bringen. In jüngerer Zeit hat insbesondere ein entsprechender Regelungsvorschlag von Sudabeh Kamanabrou viel Beachtung gefunden.⁸⁶ Ob und inwieweit die Einführung der Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen für die Stärkung der Tarifbindung eine zweckmäßige und rechtlich zulässige Maßnahme darstellt, bedarf einer differenzierten Beurteilung. Zunächst ist klarzustellen, dass nur eine Tarifierstreckung auf die Arbeitsverhältnisse nicht tarifgebundener Arbeitgeber, wie sie in Spanien, Island, Griechenland und Belgien erfolgt,⁸⁷ einen entscheidenden Beitrag zur Erhöhung der Tarifbindungsquote leisten kann (sogleich a). Eine solche gesetzliche Geltungserstreckung des Tarifvertrags auf Außenseiter-Arbeitgeber kommt dabei in drei unterschiedlichen Formen in Betracht. Zum einen ist daran zu denken, allein die Regeln über die persönliche Reichweite der tariflichen Normwirkungen (§ 3 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1 TVG) abzuändern, ohne gleichzeitig besondere Anforderungen an die Tariffähigkeit der Kollektivverhandlungspartner und an das Verfahren des Tarifvertragsabschlusses zu statuieren (unten b). Zum zweiten ist es vorstellbar, die Einführung der Außenwirkung mit der Regelung spezieller Repräsentativitätsanforderungen an die Tarifvertragsparteien sowie weiteren prozeduralen Vorgaben zu verknüpfen (c). Schließlich ist zu erwägen, die Erga-omnes-Geltung nach dem Vorbild Belgiens in der abgeschwächten Variante einer lediglich dispositiven Außenseiterwirkung einzuführen (d).

a) Mangelnde Effektivität einer allein auf die Außenseiter-Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber beschränkten Tarifierstreckung

Soweit in der rechtspolitischen Debatte die Außenseiterwirkung von Tarifverträgen befürwortet wird, geschieht dies meist allein mit Blick auf die nicht bzw. anders organisierten Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber.⁸⁸ Wie im Rahmen der rechtsvergleichenden Betrachtung erwähnt wurde,⁸⁹ folgen die meisten europäischen Rechtsordnungen diesem Modell der Außenseiterwirkung.

Geht es allerdings um das Ziel, den Anteil der Arbeitsverhältnisse zu erhöhen, für die tarifvertragliche Regelungen gelten, erweist sich die Ausweitung der Tarifwirkungen auf die Außenseiter-Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber als wenig effektive Maßnahme. Dies hängt damit zusammen, dass tarifgebundene Arbeitgeber den Inhalt des Tarifvertrags auf der Grundlage individualvertraglicher Bezugnahme Klauseln ohnehin auch gegenüber nicht organisierten Arbeitnehmern anwenden – zum einen, weil sie nicht durch die Schlechterbehandlung nicht organisierter Mitarbeiter Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt setzen wollten, zum anderen auch deswegen, weil sie oftmals gar nicht wissen, welche Belegschaftsmitglieder einer Gewerkschaft angehören.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund hätte das vorliegend angesprochene Modell der Geltungserstreckung lediglich zur Folge, dass der Inhalt des Tarifvertrags fortan normativ und nicht bloß schuldrechtlich kraft vertraglicher Bezugnahme im Arbeitsverhältnis des Außenseiter-Arbeitnehmers gälte. Praktisch wären damit in den meisten Fällen keine nennenswerten Unterschiede im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage verbunden.⁹¹ In der Tat zielen die erwähnten rechtspolitischen Forderungen nach der Einführung der Außenseiterwirkung nicht so sehr auf die Stärkung der Tarifbindung, sondern primär auf die Lösung anderer Probleme, die etwa im Zusammenhang mit der Verwendung von Bezugnahme Klauseln⁹² oder der Tarifpluralität im Betrieb⁹³ stehen.

86 Kamanabrou (Hrsg.), Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011, mit ausführlichen rechtsvergleichenden Analysen. Siehe ferner die Vorschläge von Franzen, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 10), S. 31, 37 ff., sowie von Wiedemann, RdA 2007, 65, 70.

87 Oben II.3.a)(2).

88 So verhält es sich etwa bei den oben (Fn. 86) erwähnten Regelungsvorschlägen von Kamanabrou, Franzen und Wiedemann.

89 Oben II.3.a)(1).

90 Siehe zu den Beweggründen der Bezugnahmepraxis Treber, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 206 Rn. 2; Franzen, ZfA 2012, 533, 534.

91 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, § 17 II 1 a (1) (S. 730) spricht angesichts der Bezugnahmepraxis davon, dass § 3 Abs. 1 TVG »durch die Rechtswirklichkeit »überrollt« worden« sei. In dieses Bild fügt sich auch ein, dass die Statistiken zur Tarifbindungsquote, die den Anteil der Arbeitsverhältnisse in tarifgebundenen Betrieben zum Ausdruck bringt, gerade nicht zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern differenzieren, da tarifgebundene Arbeitgeber – wie erwähnt – die tarifvertraglichen Bestimmungen regelmäßig gegenüber der gesamten Belegschaft befolgen.

92 So etwa bei Kamanabrou (Fn. 86).

93 So etwa bei Franzen (Fn. 86).

b) Tariferstreckung auch auf Außenseiter-Arbeitgeber ohne besondere Repräsentativitätsanforderungen an die Koalitionen

Sollen die Tarifwirkungen nicht nur in der Tiefe, sondern vor allem in der Breite verstärkt werden, ist über die Einführung der Außenseiterwirkung des Tarifvertrags auch im Verhältnis zu nicht organisierten Arbeitgebern (Erga-omnes-Geltung im engeren Sinn) nachzudenken. Ein solches Modell wirft allerdings grundlegende Legitimationsfragen auf. Hier ist nicht der Ort, um im Einzelnen zu dem in jüngerer Zeit lebhaft diskutierten Problem Stellung zu nehmen, inwieweit und auf welcher Normgrundlage die Arbeitsvertragsparteien vor der Geltung nicht mitgliedschaftlich legitimierter Tarifnormen geschützt sind.⁹⁴ Deshalb soll es im vorliegenden Kontext genügen, die Erga-omnes-Geltung des Tarifvertrags allein am Maßstab der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung⁹⁵ und der dynamischen Verweisung von Gesetzen auf Tarifnormen⁹⁶ zu beurteilen. Dabei wird zunächst von der Hypothese ausgegangen, dass die Außenseiterwirkung des Tarifvertrags lediglich durch eine Abänderung des § 3 Abs. 1 iVm. § 4 Abs. 1 TVG herbeigeführt wird, ohne zugleich die Regeln über die Tariffähigkeit anzupassen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter vor allem mit Blick auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip kritisch. Im Ausgangspunkt betont es, dass der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind.⁹⁷ Die Geltungserstreckung von Tarifnormen auf nicht autonom tarifgebundene Individualparteien durch das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung steht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht in Widerspruch zum Grundgesetz. Zur Begründung verweist das Gericht darauf, dass die Tariferstreckung auf den Außenseiter auf einem besonderen staatlichen Hoheitsakt beruht und darüber hinaus von der Einhaltung eines genau geregelten Verfahrens abhängig ist.⁹⁸ Die Tarifgeltung gegenüber dem Außenseiter ist damit im Ergebnis demokratisch durch die Mitwirkung des Staates an der Allgemeinverbindlicherklärung legitimiert. Wie das Bundesverfassungsgericht betont, beschränkt sich die Rolle des Staates bei der Geltungserstreckung der Tarifnormen im Rahmen des § 5 TVG nicht in »einer bloßen unselbständigen Zustimmungserklärung zu

autonomer Normsetzung der Koalitionen auch gegenüber den Außenseitern.«⁹⁹ Die zuständige staatliche Stelle hat vielmehr genau zu prüfen, ob mit Blick auf die konkrete tarifvertragliche Regelung die in § 5 TVG festgelegten Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt sind.

Aus den gleichen Überlegungen heraus hat das Bundesverfassungsgericht die Tariferstreckung auf Außenseiter durch dynamische Verweisungen von Gesetzen auf Tarifnormen als Verstoß gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip gewertet. Es hat insbesondere beanstandet, dass der Staat durch eine solche dynamische Verweisung auf den jeweils einschlägigen Tarifvertrag die Kontrolle aus der Hand gibt, welchen Normen der Außenseiter unterworfen wird. Der Inhalt der tarifvertraglichen Regelungen, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, müsse im Wesentlichen feststehen.¹⁰⁰

Folgt man diesen Erwägungen, ist die gesetzliche Ausweitung der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auf Außenseiter ebenfalls mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip nicht vereinbar. Eine solche Erga-omnes-Geltung von Tarifverträgen ist mit der dynamischen Verweisung von Gesetzen auf Tarifnormen insofern vergleichbar, als der Staat die Außenseiter den Regelungen fremder Tarifvertragsparteien ohne inhaltliche Prüfung unterwirft.

c) Tariferstreckung auch auf Außenseiter-Arbeitgeber bei gleichzeitiger Einführung besonderer Repräsentativitätsanforderungen an die Koalitionen

Wie die rechtsvergleichende Betrachtung gezeigt hat, lösen die ausländischen Rechtsordnungen, die dem Tarifvertrag Erga-omnes-Wirkung zuerkennen, das Legitimationsproblem meist dadurch, dass sie an die Parteien der allgemeinverbindlichen Tarifverträge besondere Repräsentativitätsanforderungen stellen.¹⁰¹ Teilweise sehen sie für den

94 Siehe hierzu etwa *Bayreuther* (Fn. 67), S. 123 ff.; *Hanau*, FS Scholz, Berlin 2007, S. 1037; *Höpfner* (Fn. 67), S. 341 ff.; *Kamanabrou* (Fn. 86), S. 55 ff.; *Schubert*, RdA 2001, 199; ausführlich *Hartmann* (Fn. 67).

95 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7; siehe ferner BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – NZA 2000, 948 zur Verfassungsmäßigkeit der Geltungserstreckung des tariflichen Mindestlohns im Baugewerbe nach dem AEntG.

96 BVerfG, 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – NJW 1984, 1225.

97 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – NJW 1977, 2255, 2258 (=BVerfGE 44, 322); BVerfG, 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – NJW 1984, 1225.

98 Siehe zur Legitimationsproblematik ausführlich BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – AP § 5 TVG Nr. 35, Rn. 155 ff.

99 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – NJW 1977, 2255, 2258 (=BVerfGE 44, 322).

100 BVerfG, 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – NJW 1984, 1225.

101 Oben II.3.a)(2).

Abschluss solcher Tarifverträge auch besondere Verfahren vor. So ist in Spanien eine Verhandlungskommission zu bilden, deren Zusammensetzung im Einzelnen genau gesetzlich geregelt ist. Ähnliche Vorgaben gelten in Belgien, wo nur solche Tarifverträge erga omnes gelten können, die in einem paritätischen Ausschuss ausgehandelt werden.

Nun könnte erwogen werden, im Fall der Einführung der Außenseiterwirkung von Tarifverträgen in Deutschland ebenfalls besondere Anforderungen an die Tariffähigkeit der Kollektivvertragspartner und an das Verfahren der Kollektivverhandlungen zu stellen.¹⁰² Bei sachgemäßer Ausgestaltung der entsprechenden Regeln ließe sich auf diese Weise das Legitimationsproblem unter Umständen in den Griff bekommen.¹⁰³ Allerdings darf bezweifelt werden, ob im gegenwärtigen Zeitpunkt ein derart tiefgreifender Systemwechsel realisierbar ist. Schwierigkeiten dürfte es insbesondere bereiten, konsensfähige Kriterien und Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität der Koalitionen zu entwickeln.

Hinzu kommt eine weitere Überlegung: In den Rechtsordnungen, in denen die Erga-omnes-Wirkung des Tarifvertrags anerkannt wird, ist auch der Abschluss von Tarifverträgen vorgesehen, die – wie bei uns – nur die Mitglieder der tarifschließenden Verbänden binden. Dies trifft in Spanien auf die extrastatutarischen Tarifverträge zu,¹⁰⁴ in Belgien auf die Kollektivverträge, die außerhalb eines paritätischen Ausschusses abgeschlossen werden¹⁰⁵ und in Griechenland auf sämtliche Tarifverträge, die auf Branchen- oder Unternehmensebene zustande kommen.¹⁰⁶ Bedenkt man die strengen Anforderungen, die diese Rechtsordnungen bei Tarifverträgen mit Erga-omnes-Wirkung an die Repräsentativität der Kollektivvertragsparteien und an das Verhandlungsverfahren stellen, so fallen gewisse Parallelen zum stark formalisierten Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung in Deutschland auf. Sucht man im deutschen Recht nach einem funktionalen Pendant zu den ausländischen Tarifverträgen mit Erga-omnes-Geltung, dann findet man es eher in den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen als in den »einfachen« Tarifverträgen, die lediglich die Verbandsmitglieder binden. Da aber in Deutschland mit dem Institut der Allgemeinverbindlicherklärung bereits ein – verfassungskonformes – Instrument zur Geltungserstreckung auf tariffreie Arbeitsvertragsparteien zur Verfügung steht, vermindert sich das Bedürfnis danach, das ausländische Modell des erga omnes wirkenden Tarifvertrags zu kopieren.

d) Dispositive Ausgestaltung der Außenseiterwirkung

Eine Möglichkeit, das Legitimationsproblem der Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen zu entschärfen, besteht darin, die Außenseiterwirkung – abweichend von der Regelung des § 4 Abs. 1 TVG für freiwillig Tarifgebundene – nicht zwingend, sondern lediglich dispositiv auszugestalten. In diesem Fall hätten die nicht autonom tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit, individualvertraglich vom Inhalt der Tarifnormen auch zuungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen. Wie erwähnt, folgt Belgien einem solchen Modell.¹⁰⁷ Den gleichen Ansatz hat auch Kamanabrou ihrem Regelungsvorschlag für die Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf die nicht organisierten Arbeitnehmer tarifgebundener Arbeitgeber zugrunde gelegt.¹⁰⁸

Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Ausgestaltung der Außenseiterwirkung auch im Fall der Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf Arbeitgeber-Außenseiter sinnvoll ist. Aufgrund seiner typischerweise überlegenen Verhandlungsmacht auf Individualebene könnte der nicht organisierte Arbeitgeber die Tarifgeltung im Einzelvertrag ohne Mühe – beispielsweise im Arbeitsvertragsformular – ausschließen. Die Erga-omnes-Wirkung des Tarifvertrags stünde in der Folge nur auf dem Papier und hätte in der Rechtswirklichkeit keine spürbaren Effekte auf die Tarifbindung.

4. Richterliche Geltungserstreckung von Tarifverträgen

Das in Italien praktizierte Modell der richterlichen Geltungserstreckung tariflicher Mindestlohnbestimmungen, so hat sich im Rahmen der rechtsvergleichenden Darstellung gezeigt,¹⁰⁹ beruht im Wesentlichen auf zwei Faktoren: zum einen auf dem Fehlen eines gesetzlichen Mindestlohns,

102 In diesem Sinn auch *Seiwerth*, EuZA 2014, 450, 466.

103 Dazu, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Gesetzgeber nicht auf das Modell der mitgliederschäftlich legitimierten Tarifbindung festlegt, siehe *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 25, 25.

104 Oben Fn. 49 und 50.

105 Siehe Art. 19 in Abgrenzung zu Art. 26 Gesetz vom 5.12.1968.

106 Art. 8 Abs. 2 Gesetz 1876/1990.

107 Oben II.3.a)(2).

108 *Kamanabrou* (Fn. 86), S. 84 ff.; kritisch gegenüber dem Versuch, das Legitimationsproblem durch die dispositive Ausgestaltung der Erga-omnes-Wirkung des Tarifvertrags zu lösen, *Rieble*, EuZA 2012, 496, 500; *Hartmann* (Fn. 67), S. 439 ff.

109 Oben II.3.b).

zum anderen auf dem gescheiterten Versuch des Gesetzgebers, ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen einzuführen. In Deutschland, wo es sowohl die allgemeine gesetzliche Lohnuntergrenze nach dem MiLoG als auch allgemeinverbindliche tarifliche Mindestentgelte gibt, fehlt ein vergleichbares Bedürfnis nach einer gerichtlichen Erstreckung tariflicher Mindestlohnbestimmungen auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien.

Indessen könnte das italienische Modell in einem allgemeineren Sinn als Vorbild für das deutsche Recht taugen. Die Praxis der italienischen Gerichte weist nämlich einen weiteren Weg, wie Tarifverträgen eine größere Breitenwirkung verliehen werden kann: die Heranziehung tarifvertraglicher Regelungen zur Konkretisierung gesetzlicher Normen im Verhältnis zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Teilweise folgt die Rechtsprechung in Deutschland bereits jetzt diesem Ansatz, etwa wenn es um die Feststellung des Lohnwuchers gemäß § 138 BGB¹¹⁰ oder um die Bestimmung der Lohnhöhe nach § 612 Abs. 2 BGB geht.¹¹¹ Die Orientierung an tarifvertraglichen Regelungen zur Ausfüllung gesetzlicher Generalklauseln könnte auch auf andere Bereiche des Arbeitsrechts ausgeweitet werden. So erscheint es denkbar, Tarifbestimmungen – wie bisweilen im Schrifttum gefordert¹¹² – als Richtschnur für die Inhaltskontrolle individualarbeitsvertraglicher Abreden gemäß § 307 BGB heranzuziehen; dies gilt jedenfalls dann, wenn es im Einzelfall an einem gesetzlichen Leitbild für die Klauselkontrolle fehlt.¹¹³

Anzumerken ist, dass die richterliche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelung – anders als die übrigen hier diskutierten Regelungsansätzen – kein Einschreiten des Gesetzgebers erfordert, sondern von den Gerichten bereits auf der Grundlage der *lex lata* praktiziert werden könnte.

5. Erweiterungserklärung tarifvertraglicher Regelungen

Schließlich ist der Blick auf die Erweiterungserklärung von Tarifverträgen zu richten, wie sie etwa das französische Recht in Gestalt des *élargissement* oder das österreichische Recht in Form des zur Satzung erklärten Kollektivvertrags vorsieht.¹¹⁴

Von der Allgemeinverbindlicherklärung unterscheidet sich die Erweiterungserklärung darin, dass ein Tarifvertrag außerhalb seines räumlichen, persönlichen oder fachlichen

Geltungsbereichs für anwendbar erklärt wird. Prinzipiell erscheint es schwer nachvollziehbar, wieso ein Tarifvertrag aufgrund staatlicher Anordnung für Sachverhalte gelten sollte, den die Tarifvertragsparteien selbst gar nicht regeln wollten. Das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Rechtssetzungsverfahren, das durch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der Tarifvertragsparteien und des Staates gekennzeichnet ist.¹¹⁵ Die inhaltliche Ausgestaltung der Tarifnormen, an welche die über die Allgemeinverbindlicherklärung entscheidende staatliche Stelle gebunden ist, obliegt dabei allein den Tarifvertragsparteien. Dieser Grundsatz beruht auf der Erwägung, dass die Tarifpartner in eigenen Angelegenheiten typischerweise besser informiert sind als der staatliche Gesetzgeber und damit sachnähere Regelungen erlassen. Wenn nun aber Tarifverträge außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Kollektivvertragsparteien angewendet werden, besteht für die Vermutung einer besonderen Sachnähe der betreffenden Tarifnormen kein Anlass. In diesem Fall mag der Staat über die größere Sachkunde verfügen, sodass für das Zusammenwirken staatlicher und privater Rechtssetzungsakteure keine Rechtfertigung besteht.

Das Bundesverfassungsgericht wiederum scheint in einzelnen obiter dicta dem Institut der Erweiterungserklärung nicht von vornherein ablehnend gegenüber zu stehen. Eine entsprechende Äußerung des Gerichts findet sich zunächst in einer Entscheidung aus dem Jahr 1987 zum damaligen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes nach § 12a AFG a.F. Der Gesetzgeber hatte das Verbot vor allem damit begründet, dass auf Arbeitnehmer, die in die Baubranche verliehen würden, die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der Bauwirtschaft nicht anwendbar seien, woraus sich Risiken

110 Siehe zB. BAG, 17.10.2012 – 5 AZR 792/11 – NZA 2013, 266 Rn. 19.

111 Siehe zB. BAG, 26.9.1990 – 5 AZR 112/90 – NZA 1991, 247, 248.

112 So etwa *Däubler*, NZA 2001, 1329, 1334 f.; *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 27.

113 Die AGB-Kontrolle am Maßstab tarifvertraglicher Regelungen hingegen ablehnend *Bayreuther* (Fn. 67), S. 126, der in diesem Zusammenhang von »kalter Allgemeinverbindlicherklärung« spricht; ferner *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie, Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag 2014, München 2014, S. B 81; *Krause*, in: Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2013, Anh zu § 310 Rn. 235.

114 Oben II.3.c).

115 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II /1, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt 1967, S. 669 Fn. 34, sprechen anschaulich von »gemeinsame[r] Rechtsetzung durch die Tarifpartner und den Staat«.

für die Ordnung dieses Teilarbeitsmarkts und für die soziale Sicherheit der Beschäftigten ergäben. In seiner Entscheidung führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass »der vom Gesetzgeber sozialpolitisch missbilligten Möglichkeit, durch legalen Entleih die Allgemeinverbindlicherklärung der Tarifverträge des Baugewerbes faktisch zu unterlaufen, [...] durch die gesetzliche Einbeziehung der Leiharbeitnehmer in die jeweilige beim Entleiher geltende tarifvertragliche Ordnung« möglicherweise hätte begegnet werden können.¹¹⁶ Aus dieser Formulierung hat Däubler geschlossen, dass das Gericht implizit die Möglichkeit des Staates zur Ausweitung von Tarifverträgen auf branchenfremde Arbeitskräfte anerkannt habe.¹¹⁷

Eine weitere Stellungnahme findet sich im Nichtannahmebeschluss über die Verfassungsbeschwerden gegen den Gleichstellungsgrundsatz im Recht der Arbeitnehmerüberlassung (nunmehr niedergelegt in § 8 AÜG). Dieser Grundsatz beinhaltet eine dynamische Verweisung auf die Arbeitsbedingungen der Stammbesellschaft im Entleihbetrieb, die im Einzelfall tarifvertraglichen Ursprungs sein können. Das Bundesverfassungsgericht sah in der Regelung keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Verleihunternehmen und führte aus: »Die angegriffenen Regelungen sehen nicht einmal eine staatlich angeordnete Geltungserstreckung oder -erweiterung der von Tarifvertragsparteien getroffenen Regelungen der Arbeitsbedingungen vor.«¹¹⁸ Zur Begründung verwies das Gericht darauf, dass es den Verleihunternehmen freigestellt sei, die Anwendung abweichender tariflicher Regelungen zu vereinbaren. Die im Rahmen des Gleichstellungsgrundsatzes bewirkte Unterwerfung des Verleihunternehmens an die für den Entleihbetrieb geltenden Tarifbestimmungen wurde somit vom Bundesverfassungsgericht durchgewunken, da die Verleiher aufgrund der Tarifdispositivität der

Gleichstellungsregel die Möglichkeit haben, die Geltung abweichender Tarifregelungen zu vereinbaren.

Letzterer Gesichtspunkt lässt sich auf das Institut der Erweiterungserklärung übertragen, wie es in Frankreich und Österreich existiert. Dort greift die Geltungserweiterung auch nur unter der Voraussetzung ein, dass die betroffenen Arbeitgeber nicht bereits autonom tarifgebunden sind. Die Einführung einer vergleichbaren Form der Tarifweiterung in Deutschland könnte vor diesem Hintergrund den Segen des Bundesverfassungsgerichts finden.

IV. Fazit

Der rechtsvergleichende Streifzug hat ergeben, dass es in anderen europäischen Rechtsordnungen eine breite Vielfalt an Regelungsmodellen gibt, die der Stärkung der Tarifbindung dienen. Einige Ansätze zielen dabei auf die Festigung der Koalitionsbindung, andere auf die Ausweitung der Tarifwirkung auf nicht organisierte Arbeitsvertragsparteien. Die Spielräume für die Übertragung dieser Modelle auf Deutschland sind allerdings aus rechtlichen und praktischen Gründen begrenzt. Möglich erscheint eine verstärkte richterliche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelungen durch die Heranziehung von Tarifnormen bei der Konkretisierung gesetzlicher Bestimmungen. Denkbar ist zudem die Einführung des Instituts der Erweiterungserklärung von Tarifverträgen nach den Modellen Frankreichs und Österreichs.


116 BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1468, 1623/82 –NJW 1988, 1195, 1198 (=BVerfGE 77, 84).

117 Däubler, TVG-Däubler (Fn. 3), Einl. Rn. 138.

118 BVerfG, 29.12.2009 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2004, 153, 155.

Zusammenfassungen

Liebman: Debating the Gig Economy, Crowdwork and New Forms of Work

 SR 6/2017, S. 221–238


Technologische Innovation hat, insbesondere für Konsumenten, unzweifelhaft Vorteile mit sich gebracht. Aber sie hat gleichermaßen und in gleichgültiger Weise Konsequenzen für die Natur der Arbeitsleistung und das Wohlergehen der Arbeitnehmer nach sich gezogen. Diese Gleichgültigkeit hat die Plattformökonomie in den Fokus gerückt, insbesondere die mit ihr einhergehenden Unsicherheiten flexibler Arbeitsverhältnisse, ihr Vertrauen auf Online- und Abrufarbeit sowie Kurzzeit- und Freelance-Verträge – häufig zu einer niedrigen Vergütung. Dies provoziert vielschichtige politische Debatten in den USA und anderswo.

Es existiert noch nicht einmal ein Konsens darüber, wie dieses Phänomen zu nennen ist. Es besteht zudem weitgehend Uneinigkeit darüber, welche Dimension die »Gig Economy« hat und welche Relevanz ihr zukommt. Kern der Debatte ist die Frage, ob diese neuen Arbeitsformen gute oder schlechte Jobs erzeugen und welchen Einfluss sie auf den Arbeitsmarkt haben. Dies mündet in der rechtlichen und regulatorischen Diskussion, ob Gig-Arbeitnehmer als Selbstständige richtig qualifiziert sind, ohne dass ihnen die Rechte, Vorteile und Sicherheiten zukommen, die der »Arbeitnehmerstatus« bietet. In die Zukunft blickend stellt die Autorin die Frage, was die Gig- oder Plattformökonomie für die wirtschaftliche und soziale Sicherheit, für Arbeitsstandards und die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer bedeutet – und ob alles Alte wieder neu ist.

Sie resümiert, dass es klare Gewinner und Verlierer dieser Entwicklung gebe und dass die Dialektik von Wandel und Fortentwicklung ein echtes Dilemma für die Rechtspolitik darstelle. Für politische Lösungen könne sogar ein Blick zurück in die Geschichte hilfreich sein, wobei alten Lösungen eine neue Bedeutung zukommen könne. Um zu überleben, müsse sich das Recht anpassen. Mit weiser Politik könnten Entscheidungen zur Veränderung der Spielregeln getroffen werden, wozu verlässliche Daten und umfassende Forschung erforderlich seien. So könnten wir dafür sorgen, dass die Vorteile des technologischen Fortschritts besser verteilt werden.

Abstracts

Liebman: Debating the Gig Economy, Crowdwork and New Forms of Work


 SR 6/2017, pp. 221–238

Disruption through technology has brought undeniable advantages, especially to consumers, but it has proceeded with relative indifference to its consequences for the nature of work or the well being of workers. This indifference has provoked close scrutiny of the platform business model and the insecurities of its flexible work arrangements, and, in particular, its reliance on an online and on-demand labor market, willing to accept short-term, free-lance assignments, often at very low pay. This scrutiny has, in turn, triggered multiple policy debates in the U.S. and elsewhere.

There is not even a consensus on what to call the phenomenon. Moreover there is broad disagreement as to the size and significance of the gig economy. Core of the debate is the question, if these new forms of employment result in good jobs or bad jobs and what impact they will have on the labor market. This results in the legal and regulatory debate if gig workers are properly treated as independent contractors, excluded from the rights, benefits and protections that »employee« status entails under workplace laws. Looking at the future the author asks what the gig or platform economy means for economic security, labor standards, social protections and worker bargaining power and if everything old is new again.

She concludes that there are clearly winners and losers of this development, and that the dialectic of change and continuity poses real dilemmas for policy makers. Policy solutions may even look back in history, discovering new meaning in concepts developed in earlier eras. But to survive, the law must adapt and change in her opinion. With wise public policy choices to change the rules of the game, informed by accurate data and careful research, we could do a better job to ensure that the gains from technological advance are broadly distributed.

Fornasier: Wege zur Stärkung der Tarifbindung – ein rechtsvergleichender Streifzug zur Untersuchung funktionaler Äquivalente der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen


 SR 6/2017, S. 239–254

Seit Jahren nimmt die Tarifbindung in Deutschland ab. Den Hintergrund dieser Entwicklung bilden sinkende Organisationsgrade auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Gleichzeitig findet eine Dezentralisierung der Tarifbindung statt, die diesen Effekt nochmals verstärkt. Der Gesetzgeber hat mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz versucht darauf zu reagieren, eine Trendumkehr hat sich bislang jedoch nicht eingestellt.

Der Autor untersucht in seinem Beitrag Modelle verschiedener europäischer Staaten, die deutlich höhere Tarifbindungsquoten aufweisen. Er identifiziert im Wesentlichen zwei unterschiedliche Typen: Regelungsansätze zur Stärkung der Koalitionsbildung, bspw. durch das Genter System oder die Pflichtmitgliedschaft in Koalitionen, sowie Ansätze zur Ausweitung der Tarifwirkung, wie die Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelungen auf Außen-seiter durch gesetzliche oder richterliche Maßnahmen oder die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.

Sodann prüft er diese Ansätze hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf das deutsche Recht. Im Ergebnis sind nach seiner Auffassung ausländische Regelungsansätze jedoch nur in Teilen übertragbar.

Fornasier: Paths to Strengthening Collective Bargaining Coverage – a Comparative Law Expedition Exploring Functional Equivalents to Universally Applicable Collective Agreements

 SR 6/2017, pp. 239–254

Collective bargaining coverage in Germany is declining already since many years. Reasons may be found in declining union density and declining density in employers' organizations. At the same time decentralization of collective bargaining takes place and fuels this development. The legislator tried to react by enacting the Act on strengthening collective autonomy, however, until now trend reversal has not taken place.

The author examines in his article models of various European countries with considerably higher collective bargaining coverage. He identifies essentially two different types: regulatory attempts on strengthening coalitions, eg., via the Gent system or mandatory membership in organizations, as well as attempts on extending the binding nature of collective agreements, eg., via statutory and judicial instruments or by universally applicable collective agreements.

Thereafter he examines these approaches on their portability to the German legal order. He comes to the conclusion that foreign regulatory examples are only partially transferable.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Ninon Colneric: International law as a stimulus for developing social rights*
- *Thorsten Kingreen: Ein verbindlicher EU-Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den EU Mitgliedstaaten*

Rezensionen

- *Sudabeh Kamanabrou (Hrsg.): Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristungen (Bernd Waas)*

Das neue AÜG bringt wichtige Änderungen



Jürgen Ulber (Hrsg.)
AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
 Kommentar für die Praxis
 5., überarbeitete Auflage
 2017. 1.262 Seiten, gebunden
 € 118,-
 ISBN 978-3-7663-6488-3

Zum 1.4.2017 ist das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in Kraft getreten. Leiharbeiter dürfen nur noch maximal 18 Monate in einem Betrieb arbeiten, ab 9 Monaten gilt Equal Pay. Die Änderungen in den Details des Leiharbeitsrechts sind beträchtlich. Der komplett neu überarbeitete Kommentar geht ausführlich auf sämtliche Änderungen des Leiharbeitsrechts ein – einschließlich der Neuregelungen zum Werkvertrag. Die Autoren beleuchten die neuen Regelungen kritisch und geben nützliche Lösungshinweise, wie das aktuelle Recht im Sinne eines Schutzes der Leiharbeiter auszulegen ist.

Die gesamte Rechtsprechung des BAG, der europäischen Gerichte und der wesentlichen Unterinstanzen ist ausgewertet. Der neu aufgelegte Kommentar zum AÜG ist eine fundierte und kompakte Arbeitshilfe für Praktiker.

Die Kerninhalte:

- Entstehungsgeschichte
- Gefährdungsbereiche der Fremdfirmenarbeit
- Werkvertrag, Scheinwerkvertrag, Dienstvertrag, Freie Mitarbeit
- Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung
- Rechtstatsächliche Entwicklungen
- Fremdfirmenarbeit mit Auslandsbezug
- Recht der Ausländerbeschäftigung
- Personal-Service-Agenturen

Beachten Sie auch:



Jürgen Ulber
Leiharbeit
 Ratgeber für Betriebsräte und Beschäftigte
 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage
 2018. Ca. 350 Seiten, kartoniert
 ca. € 19,-
 ISBN 978-3-7663-6693-1
 Erscheint März 2018

EINFACH ONLINE BESTELLEN ODER COUPON AUSFÜLLEN UND ABSCHICKEN:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6488
2. Daten eingeben
3. Absenden

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6488-3	Jürgen Ulber (Hrsg.) AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	118,-
	6693-1	Jürgen Ulber Leiharbeit	ca. 19,-

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

Absender: <input type="checkbox"/> Frau <input type="checkbox"/> Herr
Name / Vorname:
Firma / Funktion:
Straße / Nr.:
PLZ / Ort:
Telefon:
E-Mail:
Datum / Unterschrift:



Postfach
 60424 Frankfurt am Main
 Infotelefon:
 069 / 79 50 10-20
 Fax:
 069 / 79 50 10-11
 E-Mail:
 kontakt@bund-verlag.de
www.bund-verlag.de/6488



VERLOREN IM PARAGRAFEN-DSCHUNGEL? KITTNER.

Nur die aktuelle
Ausgabe des Kittner
ist rechtssicher!



NEU 2018

„Jedes Betriebsratsmitglied hat ein
Recht auf sein eigenes Exemplar
in der neuesten Auflage.“

LAG Schleswig-Holstein v. 11.4.1995 – 1 TaBV 4/95,
bestätigt durch BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 22/95

JETZT VORBESTELLEN:

Lieferbar ab 14. Februar 2018

www.mein-kittner.de · kontakt@bund-verlag.de · Bestellhotline 069 / 79501020


**BUND
VERLAG**