

# 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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlung

## Digitalisierung und Arbeitsrecht

*Prof. Dr. Wolfgang Däubler*

## Digitalisierung – Herausforderung für das Arbeitsrecht

Kaum ein anderes Thema steht derzeit so sehr im Zentrum der politischen und wissenschaftlichen Diskussion wie die Digitalisierung von Wirtschaft, Arbeit und Gesellschaft. Die Intensität der bis in die breite Öffentlichkeit hinein geführten Auseinandersetzung erklärt sich daraus, dass die Veränderungsprozesse von grundlegender Bedeutung für die Art und Weise sind, wie wir künftig wirtschaften und arbeiten werden. Zugleich ist gegenwärtig schwer absehbar, welche Entwicklungen im »digitalen Zeitalter« im Einzelnen auf uns zukommen. Werden die Softwaregiganten aus den USA durch ihre anscheinend unerschöpfliche Innovationskraft die Richtung vorgeben oder wird es Deutschland gelingen, das stärker durch die traditionellen Industrien geprägte eigene »Geschäftsmodell« mittels einer zunehmenden Vernetzung von Wertschöpfungsketten (»Industrie 4.0«) konsequent weiterzuentwickeln und sich hierdurch auf den Märkten der Zukunft zu behaupten? Werden intelligente Roboter und durch Algorithmen gesteuerte Produktionsabläufe zu einem massenhaften Verlust von Arbeitsplätzen führen? Haben digitale Technologien zur Folge, dass sich die Grenze zwischen beruflicher und privater Sphäre als eine soziale Errungenschaft durch ein »Always-On« auflöst? Wird das geltende Arbeitsrecht als normative Struktur des Arbeitslebens mit dem Ziel eines angemessenen Ausgleichs von ökonomischen und sozialen Interessen durch »Data Mining« und »Crowdwork« ausgehöhlt? Fragen über Fragen, die immer drängender werden und die das Arbeitsrecht vor völlig neue Herausforderungen stellen.

Die Debatte über die sozialpolitische Gestaltung des Veränderungsprozesses ist mittlerweile in vollem Maße entbrannt. So hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Frühjahr 2015 mit dem Grünbuch »Arbeiten 4.0« ein Dialogformat ins Leben gerufen, das Ende 2016 in ein Weißbuch mit konkreten Handlungsempfehlungen für die Arbeitswelt der Zukunft einmünden soll. Weiter wird sich die Abteilung »Arbeits- und Sozialrecht« auf dem 71. Deutschen Juristentag, der im September 2016 in Essen stattfindet, mit dem Thema »Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf« beschäf-

tigen. Hierzu hat einer der Herausgeber dieser Zeitschrift das vorbereitende Gutachten beigesteuert. Darüber hinaus wächst die Anzahl der arbeitsrechtlichen Publikationen und Veranstaltungen, die sich diesem Komplex aus den unterschiedlichsten Perspektiven widmen, seit einiger Zeit geradezu exponentiell.

Die Vielschichtigkeit der Digitalisierung als breitflächige Durchdringung des Arbeitslebens mit Informations- und Kommunikationstechnologien bringt es mit sich, dass zahlreiche arbeitsrechtliche Problemfelder berührt werden. Dazu gehören vor allem das Arbeitszeitrecht, das Arbeitsschutzrecht, der durch die Verabschiedung der europäischen Datenschutz-Grundverordnung zusätzlich angeheizte Beschäftigtendatenschutz, Fragen der Weiterbildung und der kollektiven Interessenvertretung von Arbeitnehmern sowie nicht zuletzt die schwer fassbare Plattformökonomie, für die Geschäftsmodelle wie *Uber* und *Amazon Mechanical Turk* stehen. So disparat die einzelnen Bereiche auch sind; stets geht es um die rechtspolitische Grundfrage, ob bestimmte Entwicklungen der Eigenlogik von Technik und Ökonomie überlassen werden sollen oder ob bzw. bis zu welchem Grade eine sozialpolitische Regulierung vorzunehmen ist, um sozialen Verwerfungen entgegenzuwirken.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift wollen zu einer Verbreiterung der Debatte über die spezifisch arbeitsrechtlichen Aspekte der Digitalisierung beitragen. Deshalb veröffentlichen sie mit der vorliegenden Sonderausgabe eine umfassende Abhandlung von *Wolfgang Däubler* zu diesem Thema. In der nächsten regulären Ausgabe und damit noch rechtzeitig vor dem 71. Deutschen Juristentag wird dann ein Aufsatz von *Gregor Thüsing* zum selben Gegenstand erscheinen. Hierdurch sollen verschiedene Sichtweisen zur Sprache gebracht und Argumente geschärft werden, um den angesichts der Dynamik der Digitalisierung der Arbeitswelt notwendigen Diskurs über ihre politische Gestaltung auszuweiten und zu vertiefen.

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

# Digitalisierung und Arbeitsrecht

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

## Inhaltsübersicht

|   |    |
|---|----|
| I. Erscheinungsformen der Digitalisierung                                 | 2  |
| II. Herausforderungen für das Arbeitsrecht                                | 10 |
| III. Arbeitszeitrecht und Urlaub – Anpassungen an das digitale Zeitalter? | 12 |
| IV. Arbeitsschutzrecht  | 23 |
| V. Datenschutz  | 26 |
| VI. Weiterbildung   | 30 |
| VII. Rechtsprobleme der Plattformökonomie                                 | 32 |
| VIII. Grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen                              | 39 |
| IX. Digitalisierung und kollektive Interessenvertretung                   | 42 |
| X. Fazit  | 44 |

## I. Erscheinungsformen der Digitalisierung

Die Digitalisierung der Arbeitsprozesse ist in vollem Gange. »Arbeit 4.0« steht auf der Tagesordnung – vielleicht nicht schon heute oder morgen, aber ganz sicher übermorgen. Die Bundesregierung will Deutschland mit der »Digitalen Agenda 2014–2017« zum Wachstumsland Nr. 1 in Europa machen.<sup>1</sup> Jedes Jahr organisiert das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen IT-Gipfel, der als zentrale Plattform für die Zusammenarbeit von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft bei der Gestaltung des digitalen Wandels konzipiert ist.<sup>2</sup> Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat im Frühjahr 2015 ein »Grünbuch Arbeiten 4.0« veröffentlicht, das zahlreiche Fragen der Arbeit unter den Bedingungen der Digitalisierung anspricht;<sup>3</sup> nach einem eingehenden Dialog mit allen interessierten Institutionen und Verbänden wird es zu einem »Weißbuch« führen, das Ende 2016 erscheinen soll. Die Arbeitsrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, der im September 2016 in Essen stattfindet, hat für ihre Arbeit das Thema »Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf« gewählt.<sup>4</sup> Die Menge der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Veröffentlichungen ist kaum mehr überschaubar;<sup>5</sup> seit 2015 wächst auch die Zahl der arbeitsrechtlichen Publikationen.<sup>6</sup>

## 1. Aktuelle Veränderungen an den Arbeitsplätzen

Das politische und wissenschaftliche Interesse erklärt sich damit, dass viele Mitbürger am Arbeitsplatz wie auch in ihrem privaten Umfeld deutliche Veränderungen beobachten, die mit der Nutzung digitaler Geräte zusammenhängen. In den 1980er Jahren war der PC am Arbeitsplatz zunächst nur ein Arbeitsmittel, das an die Stelle der elektrischen Schreibmaschine trat und das Verfassen und Korrigieren von Texten sehr viel komfortabler machte. Die innerbetriebliche Vernetzung und später der Anschluss ans Internet erleichterten den Zugriff auf Informationen und machten so eine schnellere Erledigung von Aufgaben möglich. Erkauft wur-

1 Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (Hrsg.), Unsere Digitale Agenda für Deutschland, Berlin April 2015.

2 <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Digitale-Welt/nationaler-it-gipfel,did=749702.html> (9.5.2016).

3 Bundesministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden: BMAS), Grünbuch Arbeiten 4.0, abrufbar unter <http://www.arbeitenviernull.de> (9.5.2016).

4 Dazu liegt bereits das Gutachten von Rüdiger Krause vor, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages: Essen 2016, Gutachten, Bd. 1, München 2016, S. B1 ff.

5 Überblick in den einzelnen Beiträgen bei Hoffmann/Bogedan (Hrsg.), Arbeit der Zukunft, Frankfurt aM./New York 2015 und bei Schröder/Urban (Hrsg.), Gute Arbeit, Ausgabe 2016, Digitale Arbeitswelt – Trends und Anforderungen, Frankfurt aM. 2016.

6 S. nur in NZA 2015 die Beiträge von Balıkcıoğlu, 1424; Däubler/Klebe, 1032; Günther/Böglmüller, 1025; Kohte, 1417; Lingemann/Otte, 1042 und Steffan, 1409.

de dies allerdings durch ein erhöhtes Überwachungspotential, das mit Hilfe des Datenschutzrechts und der Mitbestimmung des Betriebsrats notdürftig in Grenzen gehalten wurde. Der digitalisierte Teil der Arbeit gewann einen höheren quantitativen und qualitativen Stellenwert; einen grundlegenden Wandel brachte die neue Technik noch nicht. Auch der Übergang zum Web 2.0 und die dienstliche Nutzung sozialer Netzwerke<sup>7</sup> verstärkte zwar das Gewicht der Arbeit mit digitalen Mitteln, ließ aber die Existenz des betrieblichen Arbeitsplatzes und die üblicherweise praktizierte »Anwesenheitskultur« weitgehend unberührt.<sup>8</sup> Die überkommene Trennung zwischen Arbeitsplatz und Wohnung, zwischen Arbeit und Freizeit blieb im Regelfall bestehen.<sup>9</sup>

Seit einigen Jahren ändert sich dies. Die Benutzung mobiler Geräte wie Laptop, Smartphone und Tablet-Computer machen die Beschäftigten jederzeit erreichbar. Viel wichtiger ist: Die Mitarbeiter sind in der Lage, jederzeit und an beliebigem Ort mit der Arbeit zu beginnen. Dies kann aufgrund einer Bitte des Vorgesetzten, aber auch aus eigenem Antrieb geschehen, weil man sich für die Arbeit »auch privat« engagiert oder weil man so viele Aufgaben zu erledigen hat, dass man notwendigerweise Freizeit opfern muss. Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung, von Arbeit und Freizeit verschwimmt. Arbeit wird auch zu Hause, in der Bahn, im Hotelzimmer und in der Lounge am Flughafen geleistet.

Der hier skizzierte Eindruck wird durch statistische Zahlen untermauert. Der Anteil der Internetnutzer an den über 14-jährigen ist von 37 % im Jahre 2001 über 60,2 % im Jahre 2007 auf knapp 80 % Ende 2015 gestiegen.<sup>10</sup> Befragt wurden ca. 30.000 Personen, die nach einem standardisierten Zufallsverfahren ausgewählt wurden. Voraussetzung war allerdings, dass im Haushalt ein Festnetzanschluss vorhanden war, was nicht wenige Hartz IV-Empfänger, aber auch solche Personen ausklammert, die ausschließlich ein mobiles Gerät benutzen. Dies schafft gewisse Fehlerquellen, doch stellen sie die Ergebnisse nicht grundsätzlich in Frage.<sup>11</sup>

Die Online-Studie von ARD und ZDF kam zu fast identischen Ergebnissen.<sup>12</sup> Danach belief sich die Zahl der Internetnutzer auf 79,5 %. Dabei gibt es erhebliche Unterschiede zwischen den Generationen: Während bei den über 60-Jährigen etwa die Hälfte das Internet nutzten, waren es bei den 14 bis 20-Jährigen rund 99 %.

Diese Angaben umfassen die berufliche wie die private Sphäre. Fragt man danach, wie viele Menschen Zugang

zum Internet am Arbeitsplatz haben, so kommt man zu niedrigeren Prozentzahlen; nicht für jede Tätigkeit ist ersichtlich der Gang ins Internet erforderlich. Einer Untersuchung des Statistischen Bundesamts entsprechend stieg zwischen 2010 und 2013 die berufliche Computernutzung von 63 % auf 64 % der Arbeitnehmer; Zugang zum Internet hatten im Jahre 2010 52 %, im Jahre 2013 55 % der Beschäftigten.<sup>13</sup> Das Grünbuch des Arbeitsministeriums geht davon aus, im Jahre 2014 hätten 54 % der Beschäftigten in Deutschland bei der Arbeit einen Computer mit Internetanschluss benutzt.<sup>14</sup>

Die mobile Internetnutzung gewinnt laufend an Bedeutung. Sie ist von 18 % der Unternehmen im Jahre 2011 auf 60 % im Jahre 2013 gestiegen.<sup>15</sup> Allerdings verfügten im Jahre 2013 nur 15 % der Beschäftigten über einen mobilen Internetzugang mit Hilfe eines tragbaren Geräts.<sup>16</sup> Die übrigen konnten sich nur von zu Hause aus ins betriebliche System einloggen. Die ARD-ZDF-Onlinestudie liefert umfassendere und aktuellere Zahlen: 23 % aller Internet-User nutzten 2015 dieses »täglich« auch unterwegs; im Jahre 2011 hatten das nur 8 % getan. Von einer gelegentlichen Nutzung berichteten 55 %, während dies im Jahre 2011 lediglich 20 % waren.<sup>17</sup> Eine BITKOM-Studie aus dem Jahre 2013 ermittelte sogar Werte, die um einiges höher lagen: 87 % der befragten Arbeitnehmer arbeiteten mit einem stationären Gerät, 79 % zusätzlich mit einem mobilen.<sup>18</sup> Die steigende Tendenz ist jedenfalls nicht zu übersehen.

7 Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2015, Rn. 211 ff.

8 Zu letzterer BMAS (Hrsg.), Monitor: Mobiles und entgrenztes Arbeiten, Aktuelle Ergebnisse einer Betriebs- und Beschäftigtenbefragung, Berlin 2015, S. 7.

9 Zu diesen stillschweigenden Voraussetzungen des überkommenen Arbeitsrechts S. Däubler, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?, SR 2014, 45 ff.

10 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/> (9.5.2016); eigene Berechnungen.

11 Die Benutzer von (ausschließlich) mobilen Geräten werden sehr häufig zu den Internetnutzern gehören; ob diese Gruppe genauso groß ist wie die von der Telekommunikationstechnik generell Abgekoppelten lässt sich nicht sicher sagen.

12 Hierzu und zum Folgenden <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/> (9.5.2016).

13 Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten, Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen, Wiesbaden 2013, S. 10.

14 BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0 (Fn. 3), S. 16.

15 Statistisches Bundesamt (Fn. 13), S. 6.

16 Statistisches Bundesamt (Fn. 13), S. 24.

17 <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=524> (9.5.2016).

18 BITKOM (Hrsg.), Arbeiten 3.0, Arbeiten in der digitalen Welt, Berlin 2013, S. 7 f.

## 2. Häusliche Telearbeit als frühzeitiger erster Schritt

Zu Hause zu arbeiten und die Ergebnisse digital an die zuständigen Instanzen im Betrieb zu übermitteln, ist als Arbeitsmodell schon bei Einführung des Internet diskutiert und ansatzweise realisiert worden. Nach anfänglicher Skepsis hat die »neue« Arbeitsform Anerkennung gefunden.<sup>19</sup>

Dabei haben sich verschiedene Formen etabliert, die einige Unterschiede aufweisen.

- Am verbreitetsten ist die sog. mobile Telearbeit. Nach einer älteren Untersuchung des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) waren schon Mitte der neunziger Jahre etwa 500.000 Beschäftigte in dieser Weise tätig.<sup>20</sup> Dabei handelte es sich in der Regel um den traditionellen Außendienst, der informationstechnisch »aufgerüstet« wurde<sup>21</sup> und der dadurch effizienter und leichter kontrollierbar werden sollte.
- Zweitwichtigste Form war und ist die sog. alternierende Telearbeit, die darin besteht, dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb, ein anderer auf dem »Außenposten« wie zB. in der Wohnung verbracht wird. Die Fraunhofer-Studie bezifferte die Zahl der auf diese Weise Tätigen damals mit ca. 350.000.<sup>22</sup> Auch hier liegt das Neue mehr im Gebrauch moderner Technik als in der Arbeitsform als solcher. Diese existiert schon seit geraumer Zeit. Zwar vergleicht man Richter und Professoren nur selten mit gewöhnlichen Arbeitnehmern (warum eigentlich?), doch sei hier einmal eine Ausnahme gemacht: Beide Beschäftigtengruppen müssen nur zu bestimmten Zeiten (Sitzungstermine, Beratungen bzw. Vorlesungen, Prüfungen usw.) im »Betrieb« anwesend sein. Wo die Urteile bzw. die wissenschaftlichen Untersuchungen geschrieben werden, ist dagegen dem Dienstherrn (mit Recht) gleichgültig, so dass es oft zu Hause geschieht. Dies ist eine sozial höchst verträgliche Form von alternierender Telearbeit. Werden dabei PC und Internet eingesetzt, müsste man diese beiden Gruppen (und möglicherweise noch weitere) bei der Gesamtzahl der alternierenden Telearbeitnehmer mitberücksichtigen.
- Im Vergleich zu diesen beiden Formen hat die (ausschließliche) häusliche Telearbeit nur untergeordnete Bedeutung erlangt. Insoweit war Ende der neunziger Jahre von ca. 22.000 Arbeitsplätzen die Rede.<sup>23</sup> Noch geringer ist die praktische Bedeutung der Arbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros; insoweit soll es nur 3.500 Arbeitsplätze gegeben haben.<sup>24</sup>

Sämtliche Zahlenangaben sind vermutlich zu niedrig. Zum einen scheuten sich Unternehmen eventuell, präzise Angaben zu den von ihnen praktizierten Formen der Telearbeit zu machen, da diese sozialpolitisch noch immer umstritten war und man deshalb Aufsehen vermeiden wollte.<sup>25</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass seit der Untersuchung des Fraunhofer-Instituts über fünfzehn Jahre vergangen sind, in denen sich die Informationstechnik, speziell das Internet, sprunghaft nach oben entwickelt hat. Eine im Jahre 2000 vorgenommene Hochrechnung des Instituts der Deutschen Wirtschaft kam auf 2,1 Mio. Telearbeitsplätze,<sup>26</sup> was aber nur die Tendenz verdeutlicht, jedoch über den realen Umfang keine Aussage zulässt. Dabei dürfte sich am dominierenden Charakter der mobilen und der alternierenden Telearbeit nichts geändert haben.<sup>27</sup> Nicht statistisch erfasst ist die sog. kleine Telearbeit: Der im Betrieb tätige Arbeitnehmer schickt Daten per Mail in seine Wohnung, um ausnahmsweise dort nach- oder weiterzuarbeiten.<sup>28</sup>

Eine im Jahre 2015 durchgeführte Befragung von 7000 Beschäftigten und 771 Personalverantwortlichen erbrachte folgende Ergebnisse: 30 % aller Betriebe bieten ihren Beschäftigten die Möglichkeit, von zu Hause aus zu arbeiten.<sup>29</sup> Bei großen Betrieben ist dies häufiger der Fall als bei kleinen. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Bewältigung von Sondersituationen; regelmäßige, auf bestimmte Wochentage gelegte Arbeit zu Hause ist eher die Ausnahme, doch ist bemerkenswert, dass sie mit 17 % aller Fälle in Betrieben mit Betriebsrat deutlich höher liegt als in Betrieben ohne

19 Zur genauen begrifflichen Eingrenzung S. etwa *Boemke*, BB 2000, 147; *Wank*, Telearbeit, Heidelberg 1997, Rn. 13; *Wedde*, Telearbeit, Arbeitsrecht – Sozialrecht – Datenschutz, 3. Aufl., München 2002, Rn. 1.

20 Mitgeteilt bei *Fenski*, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse, Heim- und Telearbeit, 2. Aufl., Neuwied 2000, Rn. 324; *Wedde*, NJW 1999, 527.

21 Ebenso *Boemke*, BB 2000, 147: Moderne Variante des herkömmlichen Außendienstes; *Wank* (Fn. 19), Rn. 78: Die entsprechenden Arbeitnehmer waren auch schon früher »mobil«.

22 Mitgeteilt bei *Fenski* (Fn. 20), Rn. 324.

23 Mitgeteilt bei *Fenski* (Fn. 20), Rn. 324.

24 *Fenski* (Fn. 20), Rn. 324.

25 *Wank* (Fn. 19), Rn. 84.

26 Mitgeteilt bei *Schlachter*, in: Noack/Spindler (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, München 2001, S. 199, 200. Ähnliche Ergebnisse brachte eine »empirica«-Studie – S. Notiz in CF 4/2001, 10.

27 Vgl. *Wedde*, Telearbeit (Fn. 19), Rn. 14. Von »stagnierenden Zahlen« sprechen *Schwemmlé/Wedde*, Digitale Arbeit in Deutschland, Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 48, 49.

28 Näher *Engelhardt*, CF 3/2004, 18 ff.

29 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (Fn. 8), S. 8, auch zum Folgenden.

Betriebsrat (7%). Dies verweist auf ein deutliches Arbeitnehmerinteresse an dieser Arbeitsform. In der Tat erbrachte die genannte Untersuchung auch das Ergebnis, dass rund 40% der Beschäftigten, die das bisher nicht können, gerne »regelmäßig« (8%) oder »gelegentlich« (31%) zu Hause arbeiten würden.<sup>30</sup> Die gelegentliche Arbeit zu Hause wird meist von Angestellten geleistet, die mit 43,5 Stunden pro Woche deutlich länger arbeiten als Angestellte, die das nie tun (39,4 Stunden).<sup>31</sup> In 73% aller Fälle ist diese Arbeit in der Freizeit mit dem Gehalt abgegolten.<sup>32</sup> In der überkommenen Terminologie muss man wohl von »kleiner Telearbeit« und »unbezahlten Überstunden« sprechen.

### 3. Entwicklungstendenzen – Blicke in die Zukunft

Der bisherige Befund ist eindeutig, aber (noch) nicht dramatisch: Die Arbeit unter Nutzung des Internets nimmt zu. Dasselbe gilt für die außerbetriebliche Arbeit, insbesondere die in der eigenen Wohnung erbrachte. Die steigende Ausstattung mit mobilen Geräten ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Arbeit an anderen Orten gleichfalls zunimmt. Jeder fünfte Beschäftigte muss auch »mobil«, dh. außerhalb des eigentlichen Arbeitsplatzes tätig sein.<sup>33</sup> Dies ist mit verstärkter Erreichbarkeit der Beschäftigten außerhalb ihrer regulären Arbeitszeit verbunden. Nach dem DGB-Index »Gute Arbeit« von 2011 müssen 27% aller Beschäftigten »sehr häufig oder oft auch außerhalb ihrer Arbeitszeit für betriebliche Belange erreichbar sein.«<sup>34</sup> Nach einer von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) in Hessen 2012 durchgeführten Untersuchung gaben 39% der Befragten an, »oft« oder »immer« auch in der Freizeit erreichbar zu sein.<sup>35</sup> Nach der erwähnten BITKOM-Studie wurde die Frage, ob der Beschäftigte auch außerhalb der regulären Arbeitszeit für Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden erreichbar sei, von 62% der Befragten mit »jederzeit« oder »zu bestimmten Zeiten« beantwortet.<sup>36</sup> Dem entsprachen die Erwartungen der Arbeitgeberseite; 52% der befragten Unternehmen meinten, ihre Mitarbeiter müssten jederzeit oder zumindest zu bestimmten Zeiten erreichbar sein. Weshalb die Ergebnisse in diesem Umfang divergieren, muss nicht geklärt werden, denn an der wachsenden Bedeutung des mobilen Arbeitens besteht kein Zweifel. Dennoch bleibt in den allermeisten Fällen der betriebliche Arbeitsplatz in seiner dominierenden Funktion erhalten; die Bindung an einen bestimmten Ort und an bestimmte Zeiten löst sich ersichtlich nur langsam auf.

Die Diskussion um »Industrie 4.0«<sup>37</sup> oder – zutreffender – »Arbeit 4.0« (denn die Veränderungen werden sich nicht auf die Industrie beschränken) hat mit dem Problem zu kämpfen, dass sich der konkrete Technikeinsatz der Zukunft nicht sicher prognostizieren lässt.<sup>38</sup> »Arbeit 4.0« ist keine Realität, sondern Vision.<sup>39</sup> Deshalb sind nur einige sehr allgemeine Annahmen plausibel, die sich in der Arbeit der Zukunft auswirken werden.

Betriebe, oder besser gesagt: Wertschöpfungseinheiten werden digital organisiert und gesteuert sein.<sup>40</sup> Vorgänge, die heute durch menschliche Intervention bestimmt werden, vollziehen sich quasi von selbst; der Arbeitende ist auf Fehlerkontrolle beschränkt. Einfachstes Beispiel ist der automatisierte Transport von A nach B, wie er sich für den Außenstehenden schon heute in den führerlosen Zügen manifestiert, die in Flughäfen wie zB. in Frankfurt aM. eingesetzt werden. Komplizierter werden die Dinge, wenn eine Reparaturkolonne über Datenbrillen die Weisung erhält, bestimmte Schritte zu unternehmen, um eine Störung möglichst schnell zu beseitigen. In der Literatur finden sich dazu bildhafte Schilderungen, die selbstredend nicht den Anspruch erheben, die Realität von morgen exakt beschreiben zu können.<sup>41</sup> Ein »Erfahrungsbericht« durch einen unmittelbar Betroffenen lautet auszugsweise:

»Wir produzieren Komponenten für die Automobilindustrie, hauptsächlich Spritzguss, aber machen auch die mechanische Bearbeitung. Die Kollegen sind (von der Digitalisierung) nicht begeistert. Los ging das bei uns mit diesen RFID-Chips. Die kleben mittlerweile an allem, was nicht niet- und nagelfest ist. Also nicht nur an den Paletten, wie früher, sondern an jedem einzelne Werkstück, Werkzeug und so weiter.

30 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (Fn. 8), S. 17.

31 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (Fn. 8), S. 10.

32 BMAS, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (Fn. 8), S. 13.

33 Vogl/Nies, Mobile Arbeit, Frankfurt aM. 2013, S. 13.

34 Mitgeteilt bei Boewe/Schulzen, Magazin Mitbestimmung 4/2014, 44 ff., abrufbar unter [http://www.boeckler.de/index\\_magazinmitbestimmung.htm](http://www.boeckler.de/index_magazinmitbestimmung.htm) (9.5.2016).

35 [http://publikationen.dguv.de/dguv/udt\\_dguv\\_main.aspx?FDOCUID=25901](http://publikationen.dguv.de/dguv/udt_dguv_main.aspx?FDOCUID=25901) (9.5.2016).

36 BITKOM (Fn. 18), auch zum Folgenden.

37 Dazu Botthof/Hartmann (Hrsg.), Zukunft der Arbeit in der Industrie 4.0, Berlin/Heidelberg 2015.

38 S. die »offenen Fragen« bei Botthof/Hartmann, in: Botthof/Hartmann (Fn. 37), S. 161, 162 f.

39 Urban, in: Schröder/Urban (Fn. 5), S. 21, 26.

40 Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B13.

41 Hartmann, in: Botthof/Bovenshulze (Hrsg.), Das »Internet der Dinge«, Die Informatisierung der Arbeitswelt und des Alltags, Arbeitspapier 176 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2009, S. 31, 32, auch zum Folgenden.

Das heißt, meistens kleben die gar nicht außen dran, sondern werden direkt in die Teile eingegossen [...]. Das ist natürlich auch ganz praktisch, weil man immer weiß, wo die Teile sind. Allerdings weiß man auch, wo die Kollegen sind, denn die tragen in ihren Werksausweisen ja auch Chips mit sich. Vom Betriebsrat aus haben wir datenschutzmäßig noch das Schlimmste verhindern können, aber eine stärkere Überwachung ist schon da [...]. Das Übelste ist allerdings die Art, wie sich unsere Arbeit selbst verändert hat. Ich erklär' das mal am Beispiel der Einrichter. Die haben jetzt alle Datenbrillen auf. Wenn irgendwo was gemacht werden muss, kriegen sie das in die Brille eingeblendet, also zum Beispiel: »ab nach Halle 13 zur Birkenbach-Maschine«. Da stehen dann schon alle Werkzeuge und Vorrichtungen bereit, die sie brauchen, auf automatischen Wagen. Die müssen dann gar nicht mehr groß nachdenken, was sie zuerst machen sollen, denn die einzelnen Werkzeuge leuchten farbig auf – in der Brille natürlich, nicht in echt – wenn sie dran sind. Wenn dazu noch Infos nötig sind, leuchten die auch in der Brille auf. Jetzt stellt euch das mal vor: Da werden die Kollegen von Brillen durch die Gegend gehetzt! Das heißt, eigentlich sind das nicht die Brillen, sondern die Werkstücke oder Rohteile selbst, die hetzen. Die kommen – automatisch natürlich – an der Maschine an, und melden sich mit RFID bei der Maschine. Die Maschine erkennt die Teile und die gewünschten Fertigungsschritte und erkennt auch, dass sie dafür umgerüstet werden muss. Das meldet sie dann beim Planungsrechner, und der schickt die Kommandos an die Einrichter raus. Effekt ist letztlich, dass die Kollegen nur noch durch die Hallen hetzen, Brillenbefehle abarbeiten und überhaupt keinen Plan mehr haben, was sie da eigentlich tun, und warum. Und das ist nicht nur bei den Einrichtern so.«

Die Geschichte über ein Stück »Internet der Dinge« macht deutlich, was es bedeutet, wenn immer größere Teile der geistigen Arbeit dem Computer übertragen werden und für die Arbeitenden nur noch ausführende Tätigkeiten übrig bleiben, die eine Maschine nicht übernehmen kann. Das Ergebnis ist eine Art neuer Taylorismus: Der Einzelne muss kleinste und genau definierte Stücke des Produktionsprozesses abarbeiten, ohne dass er irgendeine Gestaltungsfreiheit hätte. Allerdings muss es nicht sofort zu einer solchen »Entfremdung« kommen, wie der nächste wiedergegebene Bericht zeigt. Dort heißt es:<sup>42</sup>

»Bei uns ist das ganz anders. Wir machen ja Messmaschinen, kundenspezifische Einzelfertigung. Diesen ganzen RFID-Kram haben wir auch, das komplette Internet der Dinge. Alles mit allem vernetzt, jedes Teil kann mit jedem anderen reden. [...] Aber ich sehe einen ganz großen Unterschied zu euch darin, wer jetzt wie welche Infos bekommt und was man damit machen kann [...]. Weil wir diese komplette Vernetzung

haben, können wir an unseren Info-Terminals immer genau sehen, wie der Zustand der Fertigung ist. Und noch besser: Auch, wie er demnächst sein wird, weil wir zum Beispiel immer sehen können, ob unsere Nachschubteile gerade auf der Autobahn stehen oder schon auf den Hof rollen. So können wir unsere Arbeit prima organisieren und abstimmen. Natürlich hat das auch Rationalisierungseffekte, wir schaffen pro Nase mehr als früher. Aber im Betriebsrat haben wir es auch so diskutiert, dass es keinen echten Sinn macht, Leute damit zu beschäftigen, dass sie wegen schlechter Info Dinge doppelt machen, ihre Werkzeuge suchen, rumstehen und auf Material warten, und so weiter. [...] Ein bisschen mulmig wird uns aber, wenn wir in die Zukunft gucken. Der ganze Prozess wird nämlich immer selbständiger. Es ist jetzt schon so, dass uns unser dezentraler Planungsrechner Vorschläge macht, wie wir unsere Arbeit organisieren und wann wir was machen sollen. Diese Vorschläge sind oft auch ziemlich gut, denn der Rechner hat ja auch Zugriff auf alle aktuellen Daten. Im Moment ist es wohl noch so, dass unsere Kollegen mit ihrer Erfahrung meistens noch einen etwas besseren Weg finden; manchmal haben wir auch schon großen Unfug verhindert, der passiert wäre, wenn wir blind dem Computer geglaubt hätten. Angst habe ich davor, dass die Werkzeuge, Maschinen und Teile irgendwann so gut sind, dass wir aufhören, uns selbst Gedanken zu machen. Dann wären wir schon fast an dem Punkt wie die Einrichter, von denen der Kollege erzählt hat.«

Beide Berichte kommen aus der Industrie, doch ergreift die Digitalisierung auch den immer größer werdenden Dienstleistungssektor. Als Beispiel wird etwa die Pflege alter und leicht dementer Personen genannt, die in ihrer gewohnten Umgebung bleiben sollen. Auch dies lässt sich schon heute relativ konkret beschreiben.<sup>43</sup>

»Das Haus wird mit zahlreichen »intelligenten« Geräten ausgestattet und mit dem Telemedizinischen Zentrum und dem Hausarzt vernetzt; Auffälligkeiten werden dorthin automatisch gemeldet, ebenso an die Nachbarin und eine 25 km entfernt wohnende jüngere Schwester. An den Wänden befinden sich »Kommunikatoren«, die jedes Gespräch aufnehmen und weiterleiten, aber auch als Lautsprecher dienen können. Stürzt eines Abends die »Oma«, wird dies von einem Sensor im Boden automatisch der Nachbarin und der Schwester gemeldet. Kommt die Nachbarin, um zu helfen, wissen dies auch die übrigen, weil sie aufgrund ihres RFID-Chips erkannt wurde. Das Telemedizinische Zentrum hat bemerkt, dass die Herzfrequenz ungewöhnlich hoch ist, sieht aber zugleich, dass die Nachbarin gekommen

42 Hartmann, in: Botthof/Bovenschulte (Fn. 41), S. 31, 33.

43 Dazu Botthof/Bovenschulte, in: Botthof/Bovenschulte (Fn. 41), S. 51, 52.

ist. Als sich die »Oma« nach einiger Zeit beruhigt hat und ins Bett legt, sind automatisch alle Türen und Fenster geschlossen und die Heizung wird auf Nachtmodus gefahren. Am nächsten Morgen steht sie im Bad, wird vom System erkannt und auf die Einnahme ihrer diversen Medikamente hingewiesen. Sie stellt sich auf die Waage, wobei neben dem Gewicht noch andere Daten erfasst und den Medizinern weitergeleitet werden. Nach dem Aufstehen hat sich die Heizung in Gang gesetzt, so dass es nach einer Viertelstunde in der Wohnküche mollig warm ist. Als »Oma« dort nicht so recht weiß, was sie jetzt tun soll, sagt ihr der Kommunikator, was sie üblicherweise aus dem Kühlschrank holt und fragt, ob sie die Kaffeemaschine in Gang setzen will. Bekommt »Oma« Besuch von ihrer Schwester, als Familienmitglied mit Hilfe von RFID identifiziert, halten sich die Systeme zurück und machen keine Vorschläge mehr. Verlässt diese das Haus, schaltet das System wieder auf den »Unterstützungsmodus«, nimmt sie die »Oma« mit, geht das System auf »stand by«.

Ein weiteres Charakteristikum künftiger Dienstleistungen ist die Nutzung von Robotern: In der Industrie seit rund 50 Jahren eingesetzt, gewinnen sie als »Service-Roboter« erheblich an Bedeutung: Sie führen Wartungs- und Inspektionsarbeiten durch, assistieren bei Operationen, übernehmen Hausarbeit und bewirtschaften landwirtschaftliche Flächen. Im Jahre 2014 wurden weltweit für 6 Mrd. US-\$ Service-Roboter verkauft.<sup>44</sup> Schon wird die rhetorische Frage gestellt: Sind Roboter die besseren Chirurgen?<sup>45</sup>

Die meisten Schilderungen vermitteln den Eindruck einer unmittelbar bevorstehenden Realisierung, doch sollten die Hindernisse nicht übersehen werden. Nachdrücklich wird darauf auch aus Kreisen der Deutschen Bank hingewiesen, die nicht in dem Ruf steht, übertrieben industri- oder technikkritisch zu sein.<sup>46</sup> Verwiesen wird etwa auf infrastrukturelle Restriktionen (ist das Internet überall so leistungsfähig wie erforderlich?), unternehmenspolitische Risiken (wer ist bereit, die enormen Investitionen erfolgreich zu tätigen?) und das Bestehen sozialer Interessengegensätze (was wird geschehen, wenn Erwartungen in humane Arbeitsbedingungen nicht erfüllt oder in größerem Stile Menschen entlassen werden?).<sup>47</sup> Nicht jedes Konzept ist auch realitätstauglich. Kritiker verweisen als Beispiel auf die Diskussion um CIM (= Computer Integrated Manufacturing) in den 1980er Jahren, das angeblich zu menschenleeren Fabriken führen sollte.<sup>48</sup>

Welche Veränderungen ergeben sich für die arbeitenden Menschen? Wie die Schilderungen deutlich machen, wird es weiterhin Routinearbeiten geben, die kein besonderes Vor-

wissen voraussetzen. Daneben wird es die wichtige Funktion der »Überwacher« geben. Gibt es in den sich selbst steuernden Prozessen irgendwelche Störungen, die durch menschliche Intervention behoben werden müssten? Weiter muss das Zusammenwirken mit digital gesteuerten »Maschinen« beherrscht werden; nicht jeder Roboter wird sich als »benutzerfreundlich« herausstellen. Die gesamte Arbeit wird digital erfasst, was besondere Probleme des Datenschutzes aufwirft. Schließlich wird es die wichtige Gruppe der Menschen geben, die die neuen Arbeitsgeräte konstruieren und weiter entwickeln – gewissermaßen die »Systemherren«, die die »Selbststeuerung« ins Werk setzen, sie verändern, abschalten oder durch ein neues Modell ersetzen.

Zumindest für einige der Mitarbeiter wird es ein festes Schichtsystem und eine Anwesenheitspflicht geben. Andere werden zumindest ihren Aufenthaltsort frei wählen können, weil sie Störungen aus der Ferne beheben können. Die »Systemherren« werden vermutlich in der Entscheidung über Zeit und Ort ihrer Arbeit weitestgehend frei sein.

#### 4. Neue internetbasierte Arbeitsformen – die Plattformökonomie

Die bisherigen Darstellungen und Überlegungen gingen stillschweigend von den bisher vorhandenen Arbeitsplätzen aus, wo sich die Anforderungen und die örtliche und zeitliche Bindung durch die fortschreitende Digitalisierung verändern werden. Die Bestandsaufnahme bliebe aber höchst lückenhaft, würde man nicht auch neue Arbeitsformen einbeziehen, die in Entstehung begriffen sind. Dabei sind zwei Phänomene zu unterscheiden.

##### a) Vermittlung von Aufträgen

Durch ein neues internetbasiertes Geschäftsmodell ist die Firma Uber bekannt geworden. Jeder Kunde erhält eine

<sup>44</sup> Angaben nach Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), Gutachten 2016, Berlin 2016, S. 48, abrufbar unter [https://www.bmbf.de/files/EFI\\_Gutachten\\_2016.pdf](https://www.bmbf.de/files/EFI_Gutachten_2016.pdf) (9.5.2016).

<sup>45</sup> BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0 (Fn. 3), S. 6.

<sup>46</sup> S. Heng, Industrie 4.0, Upgrade des Industriestandorts Deutschland steht bevor, Deutsche Bank Research, Frankfurt aM. 2014, abrufbar unter [https://www.dbresearch.de/PROD/DBR\\_INTERNET\\_DE-PROD/PROD0000000000328961/Industrie+4\\_0%3A+Upgrade+des+Industriestandorts+Deutschland+steht+bevor.pdf](https://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000328961/Industrie+4_0%3A+Upgrade+des+Industriestandorts+Deutschland+steht+bevor.pdf) (9.5.2016).

<sup>47</sup> Vgl. Urban, in: Schröder/Urban (Fn. 5), S. 21, 22.

<sup>48</sup> Vgl. etwa Kuhlmann/Schumann, in: Hoffmann/Bogedan (Fn. 5), S. 122 ff.

App auf sein Smartphone, die Zugang zum Internet gibt und die es möglich macht, den jeweiligen Standort über GPS zu ermitteln. Sobald seine Kreditkartendaten überprüft sind, kann er ein Konto eröffnen und Fahrten bestellen. Zahlreiche Fahrer verfügen ebenfalls über eine Uber-App; derjenige, der dem Kunden im Augenblick der Bestellung am nächsten ist, erhält den Auftrag. Man spricht deshalb hier wie in vergleichbaren anderen Fällen von »economy on demand«. Der Kunde bezahlt an Uber, der ca. 20 bis 30 % einbehält und den Rest dem Fahrer gutschreibt. Der Kunde bewertet den Fahrer, der Fahrer den Kunden (»Rating«), ohne dass dies der jeweiligen anderen Seite bekannt würde. Erhält ein Fahrer mehrere schlechte Ratings, bekommt er keinen Vertrag mehr. Je zahlreicher die abgewickelten Aufträge, umso geringer die Uber-Provision, umso höher das Entgelt für den Fahrer. Die Preise für die einzelnen Fahrt (»München–Nürnberg«) werden von Uber festgelegt. Ist die Firma in einer Stadt noch nicht etabliert, erhalten die Fahrer ein relativ ordentliches Entgelt, das aber im Laufe der Zeit immer mehr abgesenkt wird. Die zu fahrende Route wird im Einzelnen festgelegt; auch die Background-Musik während der Fahrt ist vorgegeben, soweit der Kunde keine abweichenden Wünsche äußert.<sup>49</sup>

Die Firma Uber, deren Geschäftsmodell in Deutschland und Frankreich, nicht aber in Großbritannien bislang an gewerberechtlichen Hindernissen scheiterte,<sup>50</sup> vertritt den Standpunkt, nicht als Arbeitgeber der Fahrer, sondern als reiner Vermittler aufzutreten.

Ein ähnliches, aber den Leistenden gegenüber weniger rigides System wird von TaskRabbit praktiziert, wo ein Kunde, der Privatmann oder Unternehmen sein kann, Dienste der unterschiedlichsten Art – vom Rasenmähen und Einkäufe Erledigen bis zum Personenschutz – bestellen kann. Auch hier findet ein Rating statt, das jedoch nicht zum Ausschluss des negativ Bewerteten führt. Vielmehr werden leistungssteigernde Maßnahmen angewandt oder weniger rentable Aufträge zugeteilt. TaskRabbit vertritt gleichfalls den Standpunkt, nur Vermittler zu sein; ob zwischen Kunde und »Tasker« ein Arbeitsverhältnis entsteht, bleibt unentschieden.<sup>51</sup>

## b) Crowdwork

Unternehmen haben die Möglichkeit, bestimmte, genau definierte Aufgaben im Internet auszuschreiben. Dies tun sie üblicherweise nicht selbst. Vielmehr wenden sie sich an eine der darauf spezialisierten Plattformen, in Deutschland etwa »clickworker« oder »twago«. Dort stellen sie

ihr Angebot ein. Interessenten aus der »Crowd«, der unübersehbaren Menge der Internet-Nutzer, melden sich und erhalten ggf. den Zuschlag. Sie arbeiten die vorgegebene Aufgabe ab, übermitteln das Ergebnis an die Plattform und erhalten ihr Entgelt. Auch hier ist Arbeit zu jeder Tages- und Wochenzeit und auch an Orten möglich, die wie zB. Indien ein völlig anderes Lohnniveau als Deutschland haben. Der Sache nach ist das Crowdsourcing, die Auslagerung einer Aufgabe an die Crowd, nichts anderes als ein Spezialfall des Outsourcings, doch entstehen anders als bei einer Verlagerung von Betriebsteilen oder Betrieben in andere Länder praktisch keinerlei Transaktionskosten.

Welche Arbeiten sich für eine Vergabe im Internet eignen, ist derzeit nicht genau absehbar. Aus der Praxis wird beispielsweise berichtet, dass Texte erst maschinell in eine Fremdsprache übersetzt und dann einem Crowdworker übergeben werden, der die größten Fehler (»Klöpfe«) entfernen soll.<sup>52</sup> Dies geht schneller und ist billiger, als wenn man einen professionellen Übersetzer einschalten würde. Wer kann einen Werbetext für einen genau bezeichneten Gegenstand verfassen, wer einen Beitrag für ein Lexikon schreiben? Wer ist bereit, die Cover-Seiten von CDs anzuschauen und darauf zu achten, dass sie »jugendfrei« sind?<sup>53</sup> Wer gibt Zahlen in einen Rechner ein, die von Stromkunden von Hand auf eine Postkarte eingetragen wurden und die wegen der individuellen Schreibweisen vom Computer nicht sicher erkannt werden können?<sup>54</sup> Häufig werden Arbeitsprozesse in kleine Stücke zerlegt und diese nach »draußen« vergeben. Bei IBM haben solche Überlegungen

49 Schilderung des Geschäftsmodells nach *Prassl/Risak*, Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal Analysis of Crowdwork, erscheint in Kürze in: *Comparative Labor Law and Policy Journal* (Comp. Lab. L. & Pol'y J.) 2016, Manuskript abrufbar unter <http://www.univie.ac.at/arbeitsrecht/php/get.php?id=3300> (9.5.2016). Das Modell ist auch behandelt bei *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B20, B99 ff.

50 Dazu HambOVG, 24.9.2014 – 3 Bs 175/14 – NVwZ 2014, 1528; Verfassungsbeschwerde als unzulässig verworfen durch BVerfG, 13.11.2014 – 1 BvR 2861/14 – juris; S. weiter LG Frankfurt, 18.3.2015 – 3/8 O 136/14 ua. – CR 2016, 126; KG, 11.12.2015 – 5 U 31/15 – GRUR-RR 2016, 84.

51 Schilderung bei *Prassl/Risak*, Comp. Lab. L. & Pol'y J. 2016 (im Erscheinen – Fn. 49), 22 ff.

52 *Kraft*, Magazin Mitbestimmung 12/2013 (Fn. 34), 20 ff. auch zu den folgenden Beispielen.

53 Beispiel bei *Böhm*, CuA 10/2014, 15, 16.

54 Beispiel (aus der Realität) bei *Böhm*, CuA 10/2014, 15, 16. Bei »Amazon Mechanical Turk« werden solche Aufgaben »HITS« genannt, »Human Intelligence Tasks«, mitgeteilt bei *Strube*, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt aM. 2014, S. 75, 76.

eine große Rolle gespielt.<sup>55</sup> Da diesem Vorgehen eine große Zukunft prognostiziert wird, ist in der Wissenschaft auch von einer neuen Taylorisierung der Arbeit die Rede.<sup>56</sup> Bisweilen werden auch anspruchsvolle Aufgaben ohne »Zerstückelung« extern vergeben – insbesondere Softwareentwicklung und Softwareerprobung kommen hier als Gegenstände in Betracht.<sup>57</sup> Als Beispiele werden weiter die Beurteilung eines Finanzierungskonzepts sowie die Entwicklung eines Firmenlogos und von Designvorschlägen für neue Produkte<sup>58</sup> genannt. Mit einem Minimum an finanziellem Aufwand werden zahllose Ideen gesammelt.<sup>59</sup> Eine Marketing-Strategie mit Hilfe der Crowd zu entwickeln, hat den zusätzlichen Vorteil, dass ein Teil der künftigen potentiellen Kunden seine Präferenzen einbringen kann.<sup>60</sup> Der Fantasie sind kaum Grenzen gesetzt.<sup>61</sup> Der Unterschied zu den unter a) geschilderten Fällen besteht darin, dass dort die Arbeit noch in der »realen« Welt geleistet wird, während sie sich hier auf der virtuellen Ebene vollzieht.

Verträge werden oft von beiden Seiten ausschließlich mit einer Plattform (in Deutschland etwa mit »clickworker«) abgeschlossen. Dabei weiß der Crowdworker häufig gar nicht, wer der wirkliche Empfänger seiner Leistung ist. Daneben gibt es aber auch nicht wenige Fälle, in denen die Plattform nur die Infrastruktur für die Verhandlungen zur Verfügung stellt.<sup>62</sup> Die praktische Bedeutung, die diese Arbeitsform heute schon hat, wird an der Zahl der Nutzer deutlich: »clickworker« nennt etwa 400.000 Mitglieder,<sup>63</sup> »twago« teilt mit, ein Auftragsvolumen von über 345 Mio. € mit insgesamt 263.000 Experten und 66.000 Projekten innerhalb eines Jahres abgewickelt zu haben.<sup>64</sup> »TopCoder« mit Sitz in Massachusetts verfügt nach eigenen Angaben über mehr als 700.000 Mitglieder;<sup>65</sup> »Amazon Mechanical Turk« beschäftigt über 500.000 regelmäßige Crowdworker aus 190 Ländern.<sup>66</sup> »Freelancer« spricht von 14,5 Mio. Nutzern und 7,2 Mio. Projekten und dürfte damit Weltmarktführer sein.<sup>67</sup>

Crowdsourcing kann zur »Ausdünnung« der Betriebe führen. Dort bleiben nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten von den bisher mit bestimmten Aufgaben Beschäftigten nur diejenigen, die für die Aufteilung des Arbeitsprozesses und für die Qualitätskontrolle verantwortlich sind.<sup>68</sup> Außerdem können sich in aller Regel Menschen aus vielen Ländern um einen Auftrag bewerben. Wird eine vergleichbare Leistung wie im Inland erbracht, kommen die niedrigeren Löhne in Entwicklungs- und Schwellenländern voll

zur Geltung. Dies führt bei Normal- und Routinetätigkeiten derzeit zu Durchschnittsvergütungen von ca. 2 US-\$ pro Stunde.<sup>69</sup> Das mag für einen Inder unter seinen Lebensbedingungen akzeptabel sein; in Westeuropa lässt sich damit kein einigermaßen angemessenes Leben führen. Erfahrene Crowdworker können bei »Amazon Mechanical Turk« in die Nähe des US-Mindestlohns von 7,80 US-\$ kommen, doch machen diese sog. Power-Turker nur etwa 20% aller für die Firma Arbeitenden aus.<sup>70</sup> Alle anderen sind »digitale Tagelöhner«.<sup>71</sup> Aus Arbeitgebersicht attraktiv sind aber nicht nur die geringen Löhne: Gespart werden auch Kosten für Gebäude und für Sozialversicherung.<sup>72</sup>

Die hier beschriebene Arbeitsform wird als »externes« Crowdsourcing bezeichnet. Daneben gibt es das seltenere »interne« Crowdsourcing: Nur Beschäftigte einer anderen Konzerngesellschaft können sich um einen Auftrag bewerben. Entsprechendes ist zB. von IBM praktiziert worden.<sup>73</sup>

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

56 Kittur/Nickerson/Bernstein ua., in: Benner (Fn. 54), S. 173, 179.

57 Leimeister, CuA 10/2014, 17, 18.

58 Böhm, CuA 10/2014, 15.

59 Böhm, AiB 11/2014, 39, 42.

60 Leimeister, CuA 10/2014, 17, 18.

61 Vgl. Benner, CuA 4/2014, 17, 18: Jede Form von Wertschöpfung kann im Prinzip erfasst sein. S. weiter die Praxisbeispiele bei Leimeister/Zogaj/Blohm, in: Benner (Fn. 54), S. 9, 10 ff.

62 So etwa die US-amerikanische Plattform »Amazon Mechanical Turk«, Nr. 1 des »Participation Agreements«, abrufbar unter <https://www.mturk.com/mturk/conditionsofuse> (9.5.2016). Näher Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1033.

63 Strube, in: Benner (Fn. 54), S. 75, 85 nennt sogar 500.000 bei »clickworker« angemeldete Beschäftigte.

64 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1034; deutlich niedrigere Angaben noch zwei Jahre früher: Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4.

65 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1033. Die Firma ist auf Programmierarbeiten spezialisiert – S. Strube, in: Benner (Fn. 54), S. 75, 85 ff.

66 Zu letzterem Böhm, CuA 10/2014, 15, 16; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1033; Strube, in: Benner (Fn. 54), S. 75 ff.

67 Zur Marktentwicklung in Deutschland S. Nießen, in: Benner (Fn. 54), S. 93 ff.

68 Zum Vorliegen einer Betriebsänderung in einem solchen Fall S. Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl. 2016 (im Folgenden: DKKW), § 111 Nr. 111a.

69 Zu Studien über die Lohnhöhe S. die Übersicht bei Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Eine Literaturstudie, Arbeitspapier Nr. 287 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2013, S. 73. Von Interesse auch der Erfahrungsbericht von Kraft, Magazin Mitbestimmung 12/2013 (Fn. 34), 20 ff.

70 Strube, in: Benner (Fn. 54), S. 75, 79.

71 So die Formulierung bei Böhm, AiB 11/2014, 39.

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

73 S. Fn. 54.

## II. Herausforderungen für das Arbeitsrecht

### 1. Aktuelle und absehbare Friktionen

Durch die schon heute vorfindbare Praxis der mobilen Arbeit und der Arbeit außerhalb der regulären Stunden ist der Schutz der arbeitsfreien Zeit betroffen. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, dass berufliche Pflichten einen beträchtlichen Teil der privaten Existenz überlagern, dass die Trennung von Arbeit und Freizeit weithin verloren geht. Darüber hinaus geht es aber auch darum, dass die Beanspruchung so groß werden kann, dass Arbeitszeiten entstehen, die weit über das hinausgehen, was als »sozialverträglich« und hinnehmbar angesehen wird.<sup>74</sup>

Die arbeitsfreie Zeit zu schützen und im Interesse des Gesundheitsschutzes insbesondere Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten vorzuschreiben, ist Gegenstand des Arbeitszeitrechts. Kann dieses auch unter den gegebenen Bedingungen seine Funktionen erfüllen? Die Einhaltung arbeitszeitrechtlicher Vorgaben lässt sich unschwer kontrollieren, wenn die Arbeit ausschließlich im Betrieb stattfindet, wo es ein Zeiterfassungssystem oder andere Formen der Anwesenheitskontrolle gibt. Doch welche Mechanismen existieren, um die zu Hause erbrachte Arbeit zu messen? Wie will man die außerhäusliche und außerbetriebliche mobile Arbeit erfassen? Lässt sich das ArbZG so handhaben, dass es auch hier »greift«? Zu beachten ist, dass einerseits die Notwendigkeit für einen Schutz vor gesundheitsschädlicher Überforderungen fortbesteht, andererseits viele Arbeitnehmer durchaus interessiert sind, die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit selbst zu bestimmen und deshalb wenig begeistert wären, wollte man nach Verlassen des Büros oder der Fabrikhalle jede Arbeit verbieten. Zu den praktischen Schwierigkeiten, die Einhaltung der Höchstarbeitszeit, der Ruhezeiten und des Verbots der Sonntagsarbeit zu kontrollieren, kommen daher psychologische Hindernisse hinzu. Auch das Problem der Arbeit während des Erholungsurlaubs kann sich stellen. Eine konsequentere Durchsetzung des ArbZG scheint auf den ersten Blick keine ausreichende Lösung zu bringen. Gibt es ggf. andere Mittel, um einerseits die Arbeit in Grenzen zu halten, andererseits dem Beschäftigten die gewünschte Dispositionsfreiheit zu belassen? Dies soll im Einzelnen unter III erörtert werden.

Betroffen ist auch das Arbeitsschutzrecht. Die ergonomischen Standards, die für betriebliche Arbeitsplätze gelten und dort auch (meist) beachtet werden, sind zum Teil für

Arbeiten außerhalb einer Arbeitsstätte gar nicht verbindlich. Wie will man dafür sorgen, dass auch bei der Arbeit in der Bahn oder beim Kunden die benutzten Bildschirmgeräte und die Sitzgelegenheiten den gesetzlichen Anforderungen entsprechen? Außerdem bringt die Informationsflut, der Arbeitnehmer aufgrund der leichten Übermittelbarkeit von Texten ausgesetzt sind, psychische Belastungen mit sich. Die Vielfalt der einzuordnenden Informationen und die verbreitete Erwartung, auf jede Mail und jede andere »Botschaft« möglichst umgehend zu reagieren, schafft Stress, dem nicht alle in gleicher Weise gewachsen sind.<sup>75</sup> Inwieweit hier Gegenmaßnahmen ergriffen werden können, soll uns unter IV beschäftigen.

Digitales Arbeiten führt automatisch zum Anfall zahlreicher personenbezogener oder zumindest personenbeziehbarer Daten. Besonders deutlich wird dies bei der Interaktion zwischen dem Arbeitnehmer und Bestandteilen des »Internets der Dinge«, wie sie oben unter I.3 geschildert wurden. Auch die dargestellte Pflegesituation erinnert trotz ersichtlich guter Absichten und hoher Nützlichkeit an Orwell'sche Dimensionen. Schon in der Gegenwart kann nicht nur Verhalten in allen Details erfasst, sondern mit Hilfe von »Big Data« in gewissem Umfang sogar prognostiziert werden.<sup>76</sup> Das Datenschutzrecht befindet sich in einer Umbruchsituation: Derzeit gilt noch das BDSG samt der dazu ergangenen Rechtsprechung und der Sondervorschrift seines § 32 für den Beschäftigtendatenschutz. Im Laufe des ersten Halbjahres 2018 wird jedoch die EU-Datenschutz-Grundverordnung wirksam werden, die in ihrem Art. 88 »spezifischere« Vorschriften der Nationalstaaten über den Datenschutz im »Beschäftigungskontext« erlaubt.<sup>77</sup> Wie der Datenschutz in Gegenwart und Zukunft funktionieren kann, wird uns unter V interessieren.

Neue Techniken verlangen häufig neue Kenntnisse. Insofern besteht bei zahlreichen Beschäftigten ein Weiterbildungsbedarf. Inwieweit dem Einzelnen hier Rechte zustehen, ist relativ wenig erörtert, wird uns aber unter VI beschäftigen.

74 Dazu auch Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B25 f.; vgl. auch Urban, in: Schröder/Urban (Fn. 5), S. 21, 34 ff. (»Konflikt um die Zeit«).

75 Zu weiteren Problemen S. Kohte, NZA 2015, 1417.

76 Vgl. Schröder, in: Schröder/Urban (Fn. 5), S. 21, 54: Rechner wird zum Propheten.

77 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016, L 119/1. Überblick über den Inhalt bei Däubler, AiB 4/2016, 26; ders., CuA 3/2016, 13.

Die größten Herausforderungen für das Arbeitsrecht bringt die Plattformökonomie. Können die Arbeitenden noch als Arbeitnehmer gesehen werden oder fallen sie aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts heraus? Lassen sich im Einzelfall oder darüber hinaus die Grundsätze über arbeitnehmerähnliche Personen anwenden und möglicherweise weiterentwickeln? Ist auch ein zivilrechtlicher Schutz selbständig tätiger Personen denkbar? Dies wird Gegenstand des Abschnitts VII sein.

Speziell beim Crowdfunding sind grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen eher der Normalfall als die Ausnahme. Welche Rechtsordnung ist anwendbar, wenn ein Vertrag mit einer US-amerikanischen oder einer australischen Plattform geschlossen wird? Wird die Arbeit in Deutschland geleistet, besteht dann (wenigstens) eine Zuständigkeit deutscher Gerichte? Dies ist nicht nur aus Gründen der leichteren Zugänglichkeit, sondern auch deshalb wichtig, weil dann möglicherweise gewisse Schutznormen anwendbar bleiben, die in einem andern Land nicht existieren. Nähere Überlegungen dazu werden sich in Abschnitt VIII finden.

Schließlich stellt sich das Problem, welche Veränderungen sich durch die Digitalisierungsprozesse für die kollektive Interessenvertretung, insbesondere für den Betriebsrat ergeben. Dabei geht es nicht primär um die durchaus traditionelle und viel erörterte Frage, inwieweit die Einführung neuer Techniken als Betriebsänderung zu qualifizieren ist, die Verhandlungen über einen Interessenausgleich und den Abschluss eines Sozialplans zur Folge hat. Vielmehr soll uns ua. das Problem beschäftigen, inwieweit die »Repräsentationseinheit«, für die der Betriebsrat tätig wird, durch die Digitalisierung Veränderungen erfährt oder durch Tarifvertrag neu gestaltet werden kann.<sup>78</sup> Dies wird in Abschnitt IX erörtert.

## 2. Rahmenbedingungen für Problemlösungen

Die aufgeworfenen Fragen können und sollen nicht als isoliert-arbeitsrechtliche behandelt werden. Vielmehr ist zunächst zu fragen, welche Spielräume für die Entwicklung adäquater Lösungen bestehen.

Das Arbeitsrecht war von Anbeginn an eine flexible Größe. Seine Normen änderten sich nicht deshalb, weil neue Techniken oder neue Arbeitsformen entwickelt wurden. Schon vor 90 Jahren galt es gleichermaßen für die Verkäuferin im Kolonialwarenladen, für den Fließbandar-

beiter in der chemischen Industrie wie für den kaufmännischen Angestellten bei einer Versicherung – und dies mit einem Inhalt, der in den Grundstrukturen mit dem heute bestehenden Recht übereinstimmte. Schon 1926 gab es nicht nur Arbeitsschutznormen und arbeitsvertragliche Nebenpflichten, sondern auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, Tarifverträge sowie Betriebsräte, die über Mitbestimmungsrechte verfügten. Lediglich die rechtliche Position des Streiks war eher prekär zu nennen. Damals wie heute macht es rechtlich keinen prinzipiellen Unterschied, ob jemand als Außendienstmitarbeiter über einen relativ hohen Dispositionsspielraum verfügt oder ob er eine Arbeitsaufgabe nach präzisen Vorgaben innerhalb eines genau festgelegten Zeitrahmens zu bewältigen hat.<sup>79</sup> Entscheidend kommt es darauf an, dass er als Person dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist; ob von diesem ein intensiver oder ein eher lockerer Gebrauch gemacht wird, spielt rechtlich keine Rolle. Von daher überrascht es nicht, dass die Arbeit mit dem PC und die Recherche im Internet keine veränderten Regeln erforderten; nur die Gefahr der »Verdatung« ist als neues Element hinzugekommen, das zur Entstehung des Datenschutzrechts und einer weiten Auslegung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG führte.

Die hohe »Absorptionsfähigkeit« des Arbeitsrechts hat jedoch ihre Grenzen. Ändert sich die Basis, auf der arbeitsrechtliche Normen aufbauen, sind grundlegende Neuinterpretationen durch die Rechtsprechung oder gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich. Wird etwa die persönliche Abhängigkeit zum Ausnahmetatbestand, so muss der Arbeitnehmerbegriff neu bestimmt werden, weil sonst das Arbeitsrecht seine Aufgaben nicht mehr erfüllen kann. Unterliegt die Trennung von Arbeit und Freizeit einem sichtbaren Erosionsprozess, so ist das Arbeitszeitrecht zumindest insoweit in Frage gestellt, als sich häusliche und mobile Arbeit nicht in gleicher Weise wie die betriebliche Arbeit erfassen und kontrollieren lassen. Eine Fortschreibung bisheriger Erfahrungen hilft hier ersichtlich nicht weiter.

Einigkeit besteht darüber, dass im Grundsatz politischer Gestaltungsspielraum besteht, dass nicht etwa die Technik

<sup>78</sup> Erste Überlegungen zur Effektivierung der Betriebsratstätigkeit bei Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B88 ff.

<sup>79</sup> Zur so verstandenen Flexibilität des Arbeitsrechts S. näher Däubler, FS Dieterich, 1999, S. 63 ff.

die künftige Stellung des Arbeitnehmers determiniert.<sup>80</sup> Unter den gegebenen Umständen wird es allerdings keine politischen Entscheidungen geben, die – verglichen mit anderen Industriestaaten – die Digitalisierung bremsen und so zu einem Wettbewerbsnachteil deutscher Unternehmen führen; *Krause* spricht zu Recht von einer »erfolgreichen Bewältigung des digitalen Wandels«, der Leitgedanke für jede Gestaltung sein müsse.<sup>81</sup> Zum Zweiten sei dafür zu sorgen, dass die Veränderungsprozesse »nicht einseitig auf dem Rücken der Beschäftigten« ausgetragen werden; die erhoffte Modernisierung und der erhoffte Wachstumsschub könnten nur »im Schulterschluss« mit den Beschäftigten gelingen.<sup>82</sup> Dies trifft zu, doch zeigen etwa die Reaktionen der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände auf das Grünbuch des Arbeitsministeriums, dass diese Einsicht keineswegs generell geteilt wird. Notwendig ist es daher, dass die Arbeitnehmerseite auf der politischen wie auf der betrieblichen Ebene druckvoll verhandelt, um die weitere Entwicklung ansatzweise mitgestalten zu können.<sup>83</sup> Insofern ist die Entwicklung neuer arbeitsrechtlicher Regelungen immer im Rahmen eines Kraftfelds zu sehen, in dem letztlich Verhandlungsstärke und Verhandlungsgeschick darüber entscheiden, wie die Regeln der Zukunft aussehen werden.

### III. Arbeitszeitrecht und Urlaub – Anpassungen an das digitale Zeitalter?

#### 1. Vertrauensarbeitszeit

Insbesondere im Verhältnis zu Führungskräften findet sich häufig die Vereinbarung, dass Dauer und Lage der Arbeitszeit voll in das Ermessen des Arbeitnehmers gestellt werden. Die meist im Arbeitsvertrag erwähnten 40 Wochenstunden werden zur bloßen Richtgröße, der keinerlei rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Bei einer solchen »Vertrauensarbeitszeit« wird der Arbeitseinsatz allein durch inhaltliche Vorgaben gesteuert: Die Projektskizze muss bis Monatsende abgeschlossen, der Auftrag des Kunden X bis dahin erledigt sein. Auch kann es um eine Leitungsfunktion gehen, die der Einzelne nur angemessen erfüllen kann, wenn er bei Bedarf auch sehr lange oder zu höchst ungewöhnlichen Zeiten arbeitet. Häufig sind die Aufgaben so beschaffen, dass sie in der gedachten Normalarbeitszeit von 40 Wochenarbeitsstunden nicht bewältigt werden können. Dies kann

im Einzelfall damit zusammenhängen, dass der Arbeitgeber für die gezahlte pauschale Vergütung eine möglichst hohe Gegenleistung erhalten möchte, was im internationalen Wettbewerb angesichts der vergleichsweise hohen deutschen Stundenlöhne besonders nahe liegen mag. Soweit der Arbeitnehmer über das Arbeitspensum mitentscheiden darf, kann auch der Fall eintreten, dass er seine eigenen Möglichkeiten überschätzt, weil er automatisch störungsfreie Arbeitstage unterstellt.<sup>84</sup> Im Ergebnis kann die Arbeitszeit auf 60 bis 90 Wochenstunden ansteigen.<sup>85</sup> Das BAG hatte über den Fall eines Kochs zu entscheiden, der ein Restaurant leitete und der wegen Ausscheidens seiner »Zuarbeiter« oft zwei Schichten nacheinander machen musste, so dass sich innerhalb von sechs Monaten mehr als 1000 Überstunden ansammelten.<sup>86</sup> Kann Arbeit sehr viel stärker als in der Vergangenheit von jedem Ort aus und zu jeder Zeit geleistet werden, liegen derartige Erweiterungen der Arbeitszeit noch sehr viel näher.

Die rechtliche Bewertung ist relativ eindeutig: Das ArbZG kennt keine Ausnahme zugunsten der Vertrauensarbeitszeit. Seinen Vorschriften ist deshalb in vollem Umfang Rechnung zu tragen; nur innerhalb dieses Rahmens ist eine selbst gewählte Arbeitszeit zulässig.<sup>87</sup> Dies bedeutet, dass die Überschreitung von acht Stunden Arbeit an einem Tag gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG zu dokumentieren ist. Außerdem sind die tägliche Höchstgrenze von zehn Stunden, der sechsmonatige werktägliche Durchschnitt von acht Stunden (= 48 Stunden pro Woche) sowie die elfstündige Ruhezeit nach § 5 ArbZG einzuhalten. Nach einer grundlegenden Entscheidung des BAG muss der Arbeitgeber die Arbeit so organisieren, dass die Einhaltung dieser Grenzen (sowie etwaiger tariflicher Beschränkungen

<sup>80</sup> BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0 (Fn. 3), S. 37: Technik schafft nur neue Möglichkeiten; gegen einen Technikdeterminismus auch *Urban*, in: Schröder/*Urban* (Fn. 5), S. 21, 27 ff.

<sup>81</sup> *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B9.

<sup>82</sup> *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B10.

<sup>83</sup> *Urban*, in: Schröder/*Urban* (Fn. 5), S. 21, 29 ff.

<sup>84</sup> Mit Autoren von Aufsätzen und Buchbeiträgen macht man immer wieder die Erfahrung, dass sie guten Gewissens einen bestimmten Termin zusagen, ihn dann aber doch nicht einhalten. Bisweilen erweckt man als Autor sogar Erstaunen, wenn man pünktlich abgeliefert, weil die Verspätung vom Verlag eingepplant war.

<sup>85</sup> Zur Vertrauensarbeitszeit S. näher *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl., Frankfurt aM. 2015, § 3 Rn. 26; *DKKW-Klebe* (Fn. 68), § 87 Rn. 100.

<sup>86</sup> BAG, 17.4.2002 – 5 AZR 644/00 – AuR 2002, 392 mit Anm. *Unterhinninghofen*.

<sup>87</sup> Ebenso *Steffan*, NZA 2015, 1410; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B34 mwN.

gen) durch den Betriebsrat effektiv kontrolliert werden kann,<sup>88</sup> was gleichermaßen für die Kontrolle durch die Gewerbeaufsicht gilt.<sup>89</sup> Auch die Beachtung der Ruhezeiten muss bei der Einsatzplanung von vorneherein sicher gestellt sein.<sup>90</sup> Beim außerbetrieblichen Teil der Arbeit versagt das übliche innerbetriebliche Zeiterfassungssystem; letztlich bleibt keine andere Möglichkeit, als die Aufzeichnung durch den fraglichen Arbeitnehmer selbst. Seine Verantwortung für die Einhaltung des ArbZG kann der Arbeitgeber allerdings nicht delegieren, so dass durch Stichprobenkontrollen überprüft werden muss, ob die »Selbstaufschreibung« die tatsächlichen Arbeitszeiten widerspiegelt.<sup>91</sup> Die Verwendung digitaler Technik erleichtert dies insoweit, als die Aktivierung dienstlicher Geräte und der Gang ins Internet festgehalten werden können.<sup>92</sup> Eine gelegentliche Überprüfung muss sich auf die Einhaltung des ArbZG bzw. (soweit vorhanden) der Tarifverträge beschränken; für andere Zwecke dürfen die Daten nicht verwendet und müssen deshalb nach ihrer Nutzung bzw. nach einer bestimmten Zeit automatisch gelöscht werden. Eine solche Kontrolle führt wegen der konsequenten Beschränkung des Verwendungszwecks und wegen des Stichprobencharakters nicht zu einer »Totalüberwachung«. Sie lässt allerdings auch Lücken, da der nicht-digitale Teil der Arbeit, der außerhalb des Betriebes geleistet wird, nicht einbezogen werden kann.<sup>93</sup> Diese Lücke kann bis auf weiteres genauso wenig wie bei nicht digitaler Arbeit geschlossen werden. Wird diesen (sowieso schon reduzierten) Anforderungen an die Zeiterfassung nicht Rechnung getragen, ist das ArbZG verletzt, was zur Auferlegung eines Bußgelds nach § 22 ArbZG führen kann.

Treten im Betrieb Verstöße gegen das ArbZG zutage, so kann der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG die zuständige Behörde (in der Regel die Gewerbeaufsicht) einschalten. Ob er ihr in diesem Rahmen auch personenbezogene Daten übermitteln darf, wird unterschiedlich beurteilt. Das BAG nimmt dies nur dann an, wenn der Betriebsrat oder die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten haben und schutzwürdige Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht entgegen stehen.<sup>94</sup> Andere verweisen darauf, diese datenschutzrechtliche Beschränkung sei unionsrechtlich überholt, da der EuGH eine Datenübermittlung gebilligt habe, die die Aufsichtsbehörde in die Lage versetze, die Einhaltung von arbeitszeitrechtlichen Vorschriften zu kontrollieren.<sup>95</sup> Legt man diese zweite Position zugrunde, so könnte die Behörde für

eine konsequente Einhaltung des ArbZG sorgen; die Einhaltung von Tarifverträgen zu überwachen, liegt jedoch außerhalb ihrer Kompetenz.

Ein zweiter Problemkomplex betrifft die Überstundenvergütung. Sind bestimmte zusätzliche Stunden nicht von der üblichen Pauschalabrede erfasst, wird mittelbar auch für den Arbeitgeber ein Anreiz gesetzt, die Arbeitszeit zu begrenzen, um so keine Zusatzleistungen erbringen zu müssen. Eine arbeitsvertragliche Klausel, wonach alle Überstunden durch das vereinbarte Bruttoentgelt abgegolten seien, bezieht sich nach der Rechtsprechung des BAG nicht auf solche Zeiten, die über das nach ArbZG Zulässige hinausgehen.<sup>96</sup> Auch verstoße die Bezahlung dieser Überstunden nicht gegen ein gesetzliches Verbot, da das ArbZG nur eine gesundheits-schädliche Überforderung vermeiden, nicht aber den Vergütungsanspruch ausschließen wolle.<sup>97</sup> Dies bedeutet, dass insoweit nach geltendem Recht auf alle Fälle ein Entgelt zu entrichten ist, das allerdings im Regelfall nur den normalen Stundensatz, keine Zuschläge umfasst.

Auch die Pauschalierung als solche (»Erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten«) lässt sich nach jüngeren BAG-Entscheidungen nicht mehr aufrecht erhalten, wenn die Zahl der voraussichtlich abzuleistenden Stunden unbestimmt bleibt. Insoweit ist der Transparenzgrundsatz des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verletzt, wonach der Einzelne wissen muss, welches Entgelt er für die einzelne Stunde bekommt.<sup>98</sup> An die Stelle der unwirksamen Klausel

88 BAG, 6.5.2003 – 1 ABR 13/02 – AuR 2004, 70 mit Anm. *Krabbe/Rachut*.

89 Für eine entsprechende Organisationspflicht des Arbeitgebers LAG Baden-Württemberg, 23.11.2000 – 4 Sa 81/00 – AuR 2001, 512 mit Anm. *Perreng*; LAG Niedersachsen, 8.11.2004 – 5 TaBV 36/04 – NZA-RR 2005, 424; LAG Köln, 6.9.2010 – 5 TaBV 14/10 – AuR 2011, 266 (Ls.).

90 BAG, 24.3.1998 – 9 AZR 172/97 – AP Nr. 57 zu Art. 101 GG.

91 Ebenso LAG Niedersachsen, 8.11.2004 – 5 TaBV 36/04 – NZA-RR 2005, 424.

92 *Falder*, NZA 2010, 1150, 1154.

93 Dabei kann es sich um Offline Tätigkeiten am Computer, aber auch um die Lektüre von traditionellen Unterlagen oder von gedruckten Büchern handeln.

94 BAG, 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AuR 2003, 265.

95 EuGH, 30.5.2013 – C-342/12 – NZA 2013, 723 (Worten); ebenso DKKW-Buschmann (Fn. 68), § 89 Rn. 25; anders, aber ohne Bezugnahme auf den EuGH, *Kania*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl., München 2016 (im Folgenden: *ErfK*), § 89 BetrVG Rn. 2.

96 BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.

97 S. BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.

98 BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – NZA 2011, 575; BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – NZA 2011, 1335; BAG, 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 – NZA 2012, 861.

tritt die gesetzliche Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn »die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.« An der Vergütungserwartung des Arbeitnehmers soll es allerdings fehlen, wenn es sich um einen überdurchschnittlich bezahlten angestellten Rechtsanwalt handelt, der mit der Möglichkeit seiner Übernahme als Partner rechnet.<sup>99</sup> Ungleich bedeutsamer (und »massenwirksamer«) ist die in der folgenden Entscheidung getroffene Feststellung, auch die Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung lasse im Regelfall die Vergütungserwartung entfallen<sup>100</sup> – eine sehr weitgehende Auffassung, die faktisch alle Führungskräfte aus der speziellen Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausnimmt und die die Unwirksamkeit der Pauschalierungsabrede bei ihnen wirtschaftlich irrelevant macht. Was auf alle Fälle bleibt, ist die Vergütungspflicht in Bezug auf die über das ArbZG hinausgehenden Überstunden; dass auch sie zum »normalen Erscheinungsbild« der vertraglich vereinbarten Arbeit gehören, in Bezug auf die keine »Vergütungserwartung« bestehe, wird man nicht ernsthaft behaupten können.<sup>101</sup>

Hat die Nichtbeachtung des ArbZG beim Arbeitnehmer einen gesundheitlichen Schaden zur Folge, so haftet der Arbeitgeber nach § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Dieselbe Rechtsfolge würde sich auch aus § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung der Gesundheit) sowie aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben, da das ArbZG ein Schutzgesetz zugunsten des Arbeitnehmers ist.<sup>102</sup> Ungeachtet der Rechtsgrundlage wäre nach § 253 Abs. 2 BGB auch ein Ersatz des immateriellen Schadens (»Schmerzensgeld«) geschuldet. Der Ausschluss der Arbeitgeberhaftung nach § 104 Abs. 1 SGB VII erfasst solche Fälle nicht, da er sich nur auf Arbeitsunfälle und anerkannte Berufskrankheiten bezieht, sonstige arbeitsbedingte Gesundheitsschäden aber nicht erfasst. Dies ist vom BAG etwa am Beispiel eines Mobbing-Opfers bestätigt worden.<sup>103</sup> Paradigmatischen Charakter hat der Sachverhalt in einer BAG-Entscheidung aus dem Jahr 1967,<sup>104</sup> wo es um einen leitenden Angestellten ging, der werktags wie sonntags 12 bis 16 Stunden für seinen Arbeitgeber arbeitete und auch nie Urlaub genommen hatte. Als er nach einigen Jahren einen Schlaganfall erlitt, bejahten die Arbeitsgerichte eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers, weil der Gesundheitsschaden nach ärztlichem Urteil insbesondere auf Überarbeitung beruhte; allerdings wurde mitwirkendes Verschulden angenommen, weil er sich nicht um eine Entlastung bemüht hatte. Drei Jahre später beton-

te das BAG in einem vergleichbaren Fall, der Arbeitgeber müsse insbesondere dafür sorgen, dass auch ein Leitender seinen Urlaub nehme.<sup>105</sup> Die wichtigste »Hürde« für den Geschädigten ist der Nachweis, dass die Arbeitsbelastung für den Gesundheitsschaden kausal war. Im Einzelfall kann ein Anscheinsbeweis in Betracht kommen, wonach es genügt, bestimmte Umstände zu belegen, die nach dem typischen Lauf der Dinge zu dem Schaden führen. Der Arbeitgeber müsste dann darlegen und notfalls beweisen, dass im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Kausalverlaufs bestand.<sup>106</sup> Soweit den Arbeitgeber kein Verschulden traf, kann auch ein Aufwendungsersatzanspruch entsprechend § 670 BGB in Betracht kommen.<sup>107</sup>

## 2. Arbeit außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit

Während bei Vertrauensarbeitszeit auf die Festlegung einer verbindlichen Wochenarbeitszeit verzichtet wird, geht die Diskussion in der Gegenwart sehr viel mehr um die Fälle, in denen zwar eine regelmäßige Arbeitszeit besteht, diese aber faktisch aus zwei Gründen überschritten wird. Zum einen kann es darum gehen, dass der Arbeitnehmer kraft ausdrücklicher Vereinbarung oder kraft im Betrieb üblicher Erwartung auch in seiner Freizeit erreichbar sein muss, um im einfachsten Fall eine Auskunft zu geben, ggf. aber auch länger dauernde dringende Arbeiten zu erledigen. Wie häufig schon heute die »Erreichbarkeit« vereinbart oder erwartet wird, ist oben<sup>108</sup> bereits dargelegt worden. Zum andern kann es darum gehen, dass sich das zugewiesene Arbeits-

99 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – NZA 2011, 1335.

100 BAG, 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 – NZA 2012, 861. Im Jahr 2016 beträgt die Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung in den alten Bundesländern brutto € 6.200, in den neuen Bundesländern brutto € 5.400 pro Monat – Angabe nach <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/10/2015-10-14-sozialversicherung.html> (9.5.2016).

101 Ebenso Podewils, AuR 2013, 293, 297; Zimmermann, AuR 2012, 7, 9.

102 Zimmermann, AuR 2012, 7, 9.

103 BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 823. Ebenso im Fall der Ansteckung einer angestellten Lehrerin mit Hepatitis C bei der Wundbehandlung eines Schülers: BAG, 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – NZA 2007, 262.

104 BAG, 13.3.1967 – 2 AZR 133/66 – AP Nr. 15 zu § 618 BGB.

105 BAG, 27.2.1970 – 1 AZR 258/69 – AP Nr. 16 zu § 618 BGB.

106 Zum Anscheinsbeweis bei Kausalitätsfragen S. BGH, 8.12.1970 – VI ZR 174/68 – JZ 1971, 336.

107 Dazu näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 443.

108 Unter I.3.

pensum innerhalb der Regelarbeitszeit von zB. 40 Stunden nicht bewältigen lässt. Der Arbeitnehmer nimmt Arbeit mit nach Hause oder auf die Reise, um sie dort zu erledigen. Ist trotz der BAG-Rechtsprechung<sup>109</sup> eine monatliche Pauschalvergütung vereinbart, werden die außerhalb des Betriebs mit Arbeit verbrachten Zeiten typischerweise nicht erfasst und nicht vergütet. Der Einzelne hat kein Interesse daran, als »Arbeitszeitpedant« angesehen zu werden und so gegen die informellen Regeln im Betrieb zu verstoßen. Auch könnte er sich unschwer dem Verdacht aussetzen, zur Erledigung bestimmter Aufgaben mehr Zeit als seine Kollegen zu benötigen und deshalb ein »low performer« zu sein. Belastbare statistische Erhebungen zu dieser »Überarbeit« und ihren Ursachen sind nicht ersichtlich, doch ist ihnen eine beträchtliche Plausibilität nicht abzusprechen.<sup>110</sup> Auch ist überall dort, wo von der Erreichbarkeit der Beschäftigten in der Freizeit Gebrauch gemacht wird, ersichtlich so viel Arbeit vorhanden, dass diese nicht während der regulären Arbeitszeit erledigt werden kann; dass ein abendlicher Sondereinsatz von zwei Stunden dazu führt, dass am nächsten Tag kürzer gearbeitet wird, dürfte zu den höchst seltenen Ausnahmefällen gehören.

Rechtlich sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

#### a) Heranziehung zur Arbeit außerhalb der vereinbarten Lage

Sind Dauer und Lage der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung verbindlich festgelegt, so ist eine Arbeit außerhalb dieses Rahmens nur möglich, wenn der Arbeitsvertrag Überstunden vorsieht oder ein Notfall vorliegt, der einen Einsatz kraft allgemeiner Arbeitnehmerpflichten gebietet.<sup>111</sup> Außerdem unterliegt die zusätzliche Arbeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats, sofern ein solcher besteht. Praktische Bedeutung hat die Mitbestimmung insbesondere dann, wenn im Betrieb eine Gleitzeitvereinbarung existiert, die – wie üblich – einen bestimmten Gleitzeitrahmen vorsieht. Werden Arbeitnehmer außerhalb dieses Rahmens verschiedentlich zu Hause oder unterwegs angerufen und um eine bestimmte Leistung gebeten, so stellt dies eine Verletzung der Betriebsvereinbarung dar.<sup>112</sup> Wird effektiv gearbeitet, liegt auch eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts über die Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vor, da solche Zeiten bislang nicht vorgesehen und deshalb nur mit Zustimmung des Betriebsrats praktiziert werden dürfen.

Das ArbG Berlin<sup>113</sup> hat dem Betriebsrat deshalb einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber gewährt, der auch im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden kann; dem Arbeitgeber kann daher verboten werden, außerhalb des Gleitzeitrahmens Arbeitsleistungen zu verlangen oder auch nur entgegen zu nehmen.<sup>114</sup> Kommt es dazu, gerät der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr in die problematische Situation, einer Anforderung oder Bitte seines Vorgesetzten mit einem »nein« zu begegnen oder die Zusatzarbeit – meist ohne extra Vergütung – erbringen zu müssen.

#### b) Arbeit oder Nicht-Arbeit?

Liegt kein unter a) beschriebener Fall vor, so stellen sich zahlreiche weitere Probleme des Arbeitszeitrechts. Als erstes sei die Frage betrachtet, wann überhaupt von »Arbeit« im Sinne des ArbZG die Rede sein kann.

Das ArbZG geht ebenso wie die ihm zugrunde liegende EU-Arbeitszeitrichtlinie<sup>115</sup> von einer Zweiteilung zwischen »Arbeit« und »Freizeit« aus. Zur Arbeit gehört nicht nur die sog. Vollarbeit, sondern auch die Arbeitsbereitschaft (man greift ein, wenn die Aufgabe es erfordert) und der Bereitschaftsdienst (man wird aktiv, sobald eine entsprechende Aufforderung ergeht). Keine Arbeit im Sinne des ArbZG stellt demgegenüber die sog. Rufbereitschaft dar, bei der der Arbeitnehmer im Prinzip seinen Aufenthalt frei bestimmen kann, jedoch in der Lage sein muss, innerhalb angemessener Zeit, zB. 45 Minuten, mit der Arbeit zu beginnen. Tritt ein solcher »Abruf« ein, ist die dabei entfaltete Tätigkeit selbstredend Arbeit.<sup>116</sup>

Arbeit kann am betrieblichen Arbeitsplatz, zu Hause oder unterwegs erbracht werden; insoweit bestehen keine Meinungsverschiedenheiten. Auch spielt es keine Rolle, ob

109 Oben Fn. 98.

110 Vgl. auch Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B18: Risiko, dass eine Zielerreichung nur durch eine übermäßige zeitliche Ausdehnung der Arbeit sichergestellt werden kann.

111 Vgl. Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2332.

112 So Baunack, AiB 2012, 500.

113 ArbG Berlin, 22.3.2012 – 54 BV 7072/11 – juris, wiedergegeben bei Baunack, AiB 2012, 500.

114 ArbG Berlin, 22.3.2012 – 54 BV 7072/11 – juris.

115 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABL 2003, L 299/9.

116 Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht, 11. Aufl., Frankfurt aM. 2016, Rn. 593 ff.; ErfK-Wank (Fn. 95), § 2 ArbZG Rn. 20 ff.

sie mit eigenen Geräten oder mit denen des Arbeitgebers erfolgt.<sup>117</sup> Einzelne Autoren vertreten jedoch die Auffassung, von Arbeit könne bei einer außerbetrieblichen Tätigkeit nur dann die Rede sein, wenn eine ausdrückliche oder aus den Umständen rückschließbare Anordnung des Arbeitgebers vorliege.<sup>118</sup> Freiwillig außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Leistungen würden daher keine Arbeit im Rechtssinne darstellen. Damit könnte durch Verlagerung bestimmter Aufgaben in die Freizeit das ArbZG faktisch umgangen werden: Würde man das Arbeitspensum so bestimmen, dass es innerhalb der regulären Arbeitszeit nicht erledigt werden kann, so könnte man die Freizeit weitestgehend in Arbeit verwandeln, solange nicht damit zu rechnen ist, dass sich die betroffenen Arbeitnehmer den Anordnungen ausdrücklich widersetzen. Letztlich würden sie also darüber entscheiden, ob sie sich auf den Schutz des ArbZG berufen oder auf ihn verzichten wollen – ein Ergebnis, das bei einem öffentlichen Interessen zum Ausdruck bringenden Gesetz völlig inakzeptabel ist.<sup>119</sup> Dazu kommt, dass sich der Arbeitgeber das Ergebnis der Arbeit aneignet; darin wird zu Recht eine Art »Genehmigung« von außervertraglichen Leistungen gesehen.<sup>120</sup> Lediglich dann, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich eigene Interessen befriedigt, indem er beispielsweise in alten dienstlichen E-Mails schmökert oder bei reinen Gefälligkeiten, gilt Abweichendes.<sup>121</sup> Dies bedeutet: Wer Unterlagen auf einem Datenträger mit nach Hause nimmt und – auch ohne Wissen des Arbeitgebers – dort weiterarbeitet, erbringt eine vertragsgemäße Arbeitsleistung.

### c) Was bedeutet »Erreichbarkeit«?

Sehr viel weniger Klarheit besteht bei der Frage, wie eine vertraglich fixierte Erreichbarkeit zu bestimmten Zeiten oder rund um die Uhr arbeitszeitrechtlich zu qualifizieren ist. Nach traditioneller Auffassung, die von der nicht-digitalen Arbeit in der realen Welt ausgeht, liegt Bereitschaftsdienst (und damit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG) vor, wenn sich der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz oder in dessen Nähe aufhalten muss, um bei Bedarf sofort mit der Arbeit zu beginnen.<sup>122</sup> Bei der Rufbereitschaft (die nicht zur Arbeitszeit zählt) kann er dagegen seinen Aufenthaltsort im Prinzip frei wählen, muss jedoch bei Bedarf binnen angemessener Zeit »zur Stelle sein«, um mit der Arbeit zu beginnen.<sup>123</sup> Würde der Arbeitgeber den Zeitraum bis zum Arbeitsbeginn sehr knapp bemessen, beispielsweise eine Präsenz innerhalb von 20 Minuten verlangen, so wäre die

freie Wahl des Aufenthaltsorts weitgehend entwertet, so dass nach der Rechtsprechung Bereitschaftsdienst und keine Rufbereitschaft mehr vorliegen würde.<sup>124</sup> Umgekehrt lässt sich ein Zeitraum von 45 Minuten mit der Annahme einer Rufbereitschaft vereinbaren.<sup>125</sup>

Bei Arbeit mit digitalen Mitteln stellt sich die Abgrenzungsfrage neu. Hebt man primär auf die örtliche Bindung ab, so liegt kein Bereitschaftsdienst vor, da es eine solche nicht gibt. Hält man stattdessen den sofortigen oder den erst nach einiger Zeit obligatorischen Arbeitsbeginn für maßgebend, wäre Bereitschaftsdienst und damit Arbeitszeit anzunehmen, wenn nach einer Kontaktaufnahme (etwa per Anruf oder SMS) umgehend mit der Arbeit begonnen werden muss. Das BAG hat sich zum früheren § 15 Abs. 6b BAT für das Vorliegen von Rufbereitschaft entschieden, wenn der Arbeitnehmer ein »Funktelefon« in der Freizeit mitführen und nach einem Anruf über dieses Gerät Anordnungen treffen muss.<sup>126</sup> Dabei wurde aber das Vorliegen von Bereitschaftsdienst überhaupt nicht geprüft, obwohl ein Anruf sofortige weitere Aktivitäten auslösen sollte. Man wird deshalb nicht von einem vollwertigen Präjudiz ausgehen können.

Inhaltlich liegt es nahe, auf den Zweck des ArbZG abzustellen: Wer damit rechnen muss, sofort mit der Arbeit beginnen zu müssen, ist stärker beansprucht als jemand, der erst nach einer Stunde tätig werden muss. Die Örtlichkeit spielt im einen wie im anderen Fall keine Rolle mehr. Dies spricht dafür, im ersten Falle Bereitschaftsdienst und im zweiten Rufbereitschaft anzunehmen.<sup>127</sup> Dies führt allerdings typischerweise zu einer enormen Verlängerung der Arbeitszeit. Im Durchschnitt könnten – eine 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt – nur acht Stunden pro Woche

117 Zur Arbeit mit eigenem Equipment S. Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 210 ff. (»Bring Your Own Device« – BYOD).

118 So etwa Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2053.

119 Ebenso im Ergebnis Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B36.

120 Ebenso außer Krause: Schuchart, in: Latzel/Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, München 2014, S. 175, 196; Zöll/Kielkowski, BB 2012, 2625, 2628.

121 Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B36 f.

122 Buschmann/Ulber (Fn. 85), § 2 Rn. 17.

123 Anzinger/Koberski, Kommentar zum ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 2 Rn. 53.

124 BAG, 31.1.2002 – 6 AZR 214/00 – ZTR 2002, 432.

125 BAG, 22.1.2004 – 6 AZR 544/02 – ZTR 2005, 27.

126 BAG, 29.6.2000 – 6 AZR 900/98 – NZA 2001, 165.

127 Dafür auch Buschmann/Ulber (Fn. 85), § 2 Rn. 26; Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 169i; Podewils, AuR 2013, 293, 295.

als »Erreichbarkeitszeit« verplant werden, es sei denn, man würde von den tariflichen Verlängerungsmöglichkeiten nach § 7 ArbZG Gebrauch machen. Vermutlich wird die Rechtsprechung daher in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der Autoren<sup>128</sup> Rufbereitschaft annehmen, weil die erste Alternative viele Betriebe in ernsthafte Schwierigkeiten bringen könnte.

Wird lediglich »erwartet«, dass der Arbeitnehmer erreichbar ist und bei Bedarf einen Arbeitsauftrag erledigt, so ist dies nicht anders als eine ausdrückliche Abmachung zu behandeln, wenn derartigen »Erwartungen« im Betrieb üblicherweise Rechnung getragen wird. Die Wirkung ist für die Arbeitnehmer dieselbe, der Zweck des ArbZG verlangt, am tatsächlichen Arbeitsverhalten anzuknüpfen und auf dieses abzustellen.<sup>129</sup> Zahlreiche Autoren bejahen daher zumindest eine Behandlung »wie Rufbereitschaft«.<sup>130</sup>

Arbeitszeitrechtlich ist die Rufbereitschaft nur dann von Bedeutung, wenn sie zu einem »Abruf«, zu einer konkreten Arbeitsleistung führt. Die bloße »Bereitschaft« ist keine Arbeitszeit, so dass sie zusätzlich zur vereinbarten Arbeit vorgesehen werden kann. Obergrenzen sind nicht ersichtlich. Sie in der gesamten arbeitsfreien Zeit zuzulassen, stößt gleichwohl auf Einwände. Das Wissen um die Tatsache, man könne jederzeit angerufen und unter Wahrung eines bestimmten zeitlichen Abstands zur Arbeit verpflichtet sein, kann faktisch zu einer erheblichen Belastung des Arbeitnehmers führen, die ein »Abschalten« und den damit verbundenen Erholungseffekt mindert oder aufhebt.<sup>131</sup> Das BAG hat deshalb zu Recht im Bereich des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Rufbereitschaft zur Arbeitszeit gezählt und ihren Umfang wie ihre zeitliche Lage in das Mitbestimmungsrecht einbezogen.<sup>132</sup> Damit soll dem Interesse der Beschäftigten an der (relativ) freien Gestaltung ihres Privatlebens Rechnung getragen werden.<sup>133</sup> Der Betriebsrat kann daher ggf. erreichen, dass bestimmte Stunden des Tages und ggf. das Wochenende von der »Erreichbarkeit« ausgenommen sind. Gelingt dies nicht oder besteht im Betrieb kein Betriebsrat, so stellt sich das Problem, ob es ungeschriebene gesetzliche Grenzen für die Rufbereitschaft gibt. Dies scheint bisher wenig erörtert zu sein. Angesichts fehlender ausdrücklicher Bestimmungen im ArbZG wird man zwei Grenzen bejahen können, die zu anderen vergleichbar unregulierten Sachverhalten entwickelt wurden.

Zum einen kann für bestimmte Fälle der richterrechtlich entwickelte Grundsatz von Bedeutung sein, dass die

»auf Abruf« geleistete Arbeitszeit ein Viertel der fest vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen darf.<sup>134</sup> Beträgt die vereinbarte Arbeitszeit 36 Stunden, so dürfen aus der Rufbereitschaft heraus nur acht zusätzliche Stunden geleistet werden. Zum zweiten ist nach den Grenzen zu fragen, die dort eingreifen, wo die Regeln des ArbZG keine Anwendung finden. Dies betrifft einmal leitende Angestellte (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG), für die allerdings § 618 BGB<sup>135</sup> sowie das ArbSchG gelten, was belegbare gesundheitsschädliche Arbeitszeiten ausschließt. Weiter lässt § 7 Abs. 2a ArbZG eine tarifliche Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit über acht Stunden hinaus zu, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt »und durch besondere Regelungen sichergestellt wird, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird.« Mit diesen Vorschriften trägt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht Rechnung, die aus dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG folgt.<sup>136</sup> Von welchem Punkt an eine zeitlich unbegrenzte »Erreichbarkeit« bzw. Rufbereitschaft die Gesundheit gefährdet, lässt sich abstrakt nicht bestimmen. Entscheidend dürfte sein, inwieweit es effektiv zu Anrufen und nachfolgender Arbeit kommt. Geschieht dies auf der Grundlage der Erfahrungen zB. eines Jahres nur einmal im Monat, werden sehr viel längere Erreichbarkeitszeiten hinnehmbar und zulässig sein als wenn dies bei jeder dritten »Rufbereitschaftseinheit« geschieht. Auch macht es einen Unterschied, ob eine »Störung« mitten in der Nacht auftreten kann oder ob die Rufbereitschaft spätestens um 23 Uhr endet.

128 *Falder*, NZA 2010, 1150, 1151; *Gaul*, Leistungsdruck, psychische Belastung & Stress – Arbeitsrechtliche Handlungserfordernisse, DB 2013, 60, 61; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B38; *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1423 ua.

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

130 *Falder*, NZA 2010, 1150, 1151; *Gaul*, DB 2013, 60, 61; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B38.

131 *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1423.

132 BAG, 21.12.1982 – 1 ABR 14/81 – AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, 23.1.2001 – 1 ABR 36/00 – DB 2001, 1371 (zur Personalvertretung).

133 DKKW-Klebe (Fn. 68), § 87 Rn. 81.

134 BAG, 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423.

135 S. die Fälle oben Fn. 104 und 105.

136 Ebenso für die gesetzliche Einschränkung der Nachtarbeit BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, 191.

#### d) Das Problem der Ruhezeiten

Nach § 5 Abs. 1 ArbZG müssen Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine »ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden« haben. Nach § 5 Abs. 2 ArbZG ist in bestimmten Bereichen wie etwa in Krankenhäusern, Verkehrsbetrieben und Gaststätten eine Verkürzung auf zehn Stunden möglich, wenn dies innerhalb eines Monats oder von vier Wochen durch eine längere Ruhezeit von mindestens 12 Stunden ausgeglichen wird. Für Krankenhäuser enthält § 5 Abs. 3 ArbZG eine weitergehende Sonderregelung, wonach die Ruhezeit durch einzelne Inanspruchnahmen rechtlich nicht beeinträchtigt wird. Von diesem Fall abgesehen, unterbricht jede Arbeitsleistung die Ruhezeit; sobald die Arbeit beendet ist, beginnt ein neuer 11-Stunden-Zeitraum. Wird ein Arbeitnehmer abends um 22 Uhr gebeten, bis zur Sitzung am nächsten Morgen noch eine Powerpoint-Präsentation zu erstellen, und schließt er diese Arbeit erst gegen Mitternacht ab, so darf er am folgenden Tag erst um 11 Uhr mit der Arbeit beginnen. Ist die Sitzung auf 9 Uhr terminiert, ist eine Berufung auf die Ruhezeit in der Praxis gleichwohl schwer vorstellbar. Dies hat zu rechtspolitischen Forderungen geführt, die Ruhezeit zu flexibilisieren, denen an späterer Stelle nachzugehen ist.<sup>137</sup>

Schon heute wird von einem Teil der Literatur der Standpunkt vertreten, eine kurze Inanspruchnahme könne die Ruhezeit nicht unterbrechen. Die Rede ist dabei von »geringfügigen« Tätigkeiten<sup>138</sup> und von einer »nicht nennenswerten Arbeitsleistung«.<sup>139</sup> Eine gesetzliche Grundlage hierfür gibt es nicht.<sup>140</sup> Das Gesetz bietet auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass nur solche Arbeitsansätze ausgeschlossen sein sollen, die die Erholung fühlbar beeinträchtigen<sup>141</sup> – ganz abgesehen davon, dass dies schwierige Abgrenzungsprobleme aufwerfen würde.<sup>142</sup> Auch hier ist möglicherweise der Gesetzgeber gefordert.<sup>143</sup>

#### e) Sonn- und Feiertagsruhe

Nach § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden. Soweit nicht einer der zahlreichen Ausnahmetatbestände des § 10 ArbZG eingreift, ist damit jede Tätigkeit im Rahmen des Arbeitsvertrags ausgeschlossen. Anders als bei der Ruhezeit werden keine Ausnahmen für geringfügige oder nicht nennenswerte Arbeiten diskutiert. Auch eine Rufbereitschaft ist ausgeschlossen;<sup>144</sup> dasselbe muss

für eine erwartete »Erreichbarkeit« gelten. Werden Arbeitnehmer gleichwohl aktiv, hat der Arbeitgeber ihre Tätigkeiten zu verbieten.<sup>145</sup>

#### f) Rechtspolitische Forderungen

Das geltende Arbeitszeitrecht sieht sich in der Literatur<sup>146</sup> und in Stellungnahmen von Arbeitgeberverbänden<sup>147</sup> Angriffen ausgesetzt. Der Acht-Stunden-Tag wird als nicht mehr zeitgemäß angesehen.<sup>148</sup> Trotz der Möglichkeit, am einzelnen Tag zehn Stunden zu arbeiten, könne es Fälle geben, in denen zB. am Abend eine mehrstündige Videokonferenz mit Personen aus einer anderen Zeitzone anstehe, die nicht innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens abgewickelt werden könne. Vorzuziehen sei daher eine (wie bisher flexibilisierte) 48-Stunden-Woche. Auch die Ruhezeiten nach § 5 ArbZG seien dysfunktional geworden. So könne es Fälle geben, in denen ein Arbeitnehmer von 15 bis 21 Uhr nicht gearbeitet habe, weil er sich um seine Kinder kümmern wollte; arbeite er anschließend noch zwei Stunden, bringe die dann folgende Ruhezeit von 11 Stunden automatisch betriebliche Störungen mit sich. Auch insoweit müsse eine Flexibilisierung möglich sein, die beispielsweise im Einzelfall ein Absenken auf acht Stunden möglich mache, wenn innerhalb von vier Wochen ein Aus-

137 S. unten f).

138 Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl., München 2014, § 5 Rn. 14; ähnlich Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054 und Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2333: Unterbrechungen bis 15 Minuten hinnehmbar.

139 Anzinger/Koberski (Fn. 123), § 5 Rn. 13.

140 Buschmann, PersR 2011, 249; Buschmann/Ulber (Fn. 85), § 5 Rn. 8; Falder, NZA 2010, 1150, 1152; Gaul, DB 2013, 60, 62; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2014, § 5 Rn. 15; Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B42; Reim, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Kommentar, Baden-Baden 2014, § 5 ArbZG Rn. 12; ErfK-Wank (Fn. 95), § 5 ArbZG Rn. 4; Zmarzik, BB 1993, 2009, 2011; Zöll/Kielkowski, BB 2012, 2625, 2628.

141 Dafür aber Baeck/Deutsch (Fn. 138), § 5 Rn. 14.

142 Richtig Reim, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Fn. 140), § 5 ArbZG Rn. 12; Zöll/Kielkowski, BB 2012, 2625, 2628.

143 S. unten 4.

144 BAG 22.9.2005 – 6 AZR 579/04 – NZA 2006, 329 (für beschäftigungsfreie Sonntage nach dem Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern); ebenso Buschmann/Ulber (Fn. 85), § 9 Rn. 5.

145 BayObLG, 17.9.1981 – 3 Ob OWi 132/81 – AP Nr. 27 zu § 3 LSchlG.

146 S. etwa Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331.

147 S. etwa die Stellungnahme der BDA, Arbeitswelt 4.0 – Chancen nutzen, Herausforderungen meistern, Positionen der BDA zum Grünbuch »Arbeiten 4.0« des BMAS, abrufbar unter <https://www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/stellungnahmen/bda.html> (9.5.2016).

148 Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2333.

gleich durch längere Ruhezeiten erfolge. Auch könne es nicht angehen, dass ein Kurzeinsatz von bis zu 15 Minuten eine neue Ruhezeit von elf Stunden auslöse; nur bei mehreren Inanspruchnahmen sei die bisherige Lösung noch sinnvoll.<sup>149</sup> Das Verbot der Sonntagsarbeit sei dann nicht mehr einsichtig, wenn der Arbeitnehmer freiwillig am Sonntag arbeite, um innerhalb der Woche weniger belastet zu sein und sich mehr anderen Aufgaben widmen zu können.<sup>150</sup>

Die Vorschläge haben den Nachteil, Regelungen ändern zu wollen, die für alle, also auch für solche Arbeitnehmer gelten, die sich noch immer in einer traditionellen Arbeitssituation befinden oder die nur marginal von den neuen digitalen Arbeitsformen erfasst sind.<sup>151</sup> Bei ihnen würde die Abschaffung des Acht-Stunden-Tags und eine mögliche Verkürzung der Ruhezeiten einen schlichten Sozialabbau bedeuten, dem keine Produktivitätsgewinne gegenüber stehen. Helfen kann hier nur eine differenzierende Lösung, die am besten auf betrieblicher Ebene anzusiedeln wäre.<sup>152</sup> Soweit es um zusätzliche Arbeitnehmerrechte wie zB. einen Anspruch auf ein Homeoffice geht, vertritt auch die BDA den durchaus nachvollziehbaren Standpunkt, bestimmte Regelungen würden nicht für alle Arbeitsplätze passen, man müsse zu einer differenzierenden Lösung kommen.<sup>153</sup> Außerdem sind bestimmte Friktionen zwischen den Vorgaben des ArbZG und betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten keine neue und für das digitale Zeitalter typische Erscheinungen; nirgends wird ein Beweis dafür angetreten, es sei gerade jetzt eine so starke Veränderung eingetreten, dass das ArbZG novelliert werden müsse. Auch wird gerne das Bild eines Arbeitnehmers bemüht, der seine Work-Life-Balance selbst gestalten und deshalb zB. spät abends oder am Sonntag arbeiten möchte. Andere, vermutlich viel zahlreichere Fälle, in denen das Arbeitspensum nur unter Ausschöpfung aller gesetzlich zulässigen Möglichkeiten bewältigt werden kann, spielen in diesen Vorschlägen keine Rolle; für sie würde eine Flexibilisierung des ArbZG noch mehr Belastung bedeuten. Hinzu kommt die Überlegung, dass nach verbreiteter Einschätzung das ArbZG seine handlungsleitende Funktion in der Praxis weithin eingebüßt hat, weil sich gerade die mit digitalen Mitteln Arbeitenden nicht auf ihre gesetzlichen Rechte wie zB. die elfstündige Ruhezeit oder die durchschnittliche 48-Stunden-Woche berufen.<sup>154</sup> Ein Recht verändern zu wollen, das in der Praxis sowieso in vielen Fällen nicht mehr »greift«, geht an den realen Problemen

vorbei und dürfte schon deshalb kein sinnvolles rechtspolitisches Konzept sein.

Ein gleichfalls im rechtspolitischen Rahmen diskutiertes Recht auf Nichterreichbarkeit lässt sich in Betrieben mit Betriebsrat dadurch realisieren, dass bestimmte Zeiten von der Rufbereitschaft ausgeklammert werden. Gelingt dies nicht, könnte man sich eine richterrechtliche Norm vorstellen, die davon ausgeht, dass ein Anruf außerhalb der vereinbarten Arbeitsstunden und außerhalb einer Rufbereitschaft eine Art Angebot zur Vertragsergänzung ist, das bei einer gewissen Häufigkeit die Privatsphäre stört. Als Parallele lässt sich ein vom ArbG Berlin entschiedener Fall heranziehen, bei dem der Arbeitgeber immer wieder Trennungsgespräche angeboten hatte. Als sich der Arbeitnehmer dies verbat und es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kam, wurden weitere Angebote als unerlaubter Eingriff in die Privatsphäre qualifiziert mit der Folge, dass sie dem Arbeitgeber im Wege einer einstweiligen Verfügung verboten wurden.<sup>155</sup> Die Rücksichtnahme auf die Privatsphäre stellt eine unter § 241 Abs. 2 BGB fallende Nebenpflicht des Arbeitgebers dar,<sup>156</sup> die zumindest verlangt, den Arbeitnehmer nur in seltenen und dringenden Fällen »privat« anzurufen. Dies ausdrücklich festzuschreiben, kann eine sinnvolle gesetzliche Regelung sein, weil sie dem bestehenden Rechtszustand mehr Nachdruck verleihen würde.

### 3. Erreichbarkeit im Urlaub

Im Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 BUrlG ist der Arbeitnehmer von jeder Verpflichtung zur Arbeit freigestellt. Damit ist die Vereinbarung einer Rufbereitschaft ebenso wie eine vom Arbeitgeber geäußerte Erwartung, »jederzeit anrufen zu können«, nicht zu vereinbaren. Wird das eine oder das andere dennoch vorgesehen, liegt keine Urlaubsgewährung im Rechtssinne vor; da der Urlaubsanspruch nicht erfüllt wird, bleibt er erhalten.<sup>157</sup> Dasselbe gilt, wenn sich der

149 Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2333.

150 Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2334.

151 Weitere Einwände bei Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B40 ff.

152 Näher dazu unten 4.b).

153 BDA, Arbeitswelt 4.0 (Fn. 147), S. 7.

154 Von »Rechtsnihilismus« spricht zu Recht Buschmann, PersR 2013, 351, 353.

155 ArbG Berlin, 1.12.2003 – 28 Ga 29101/03 – AuR 2004, 235.

156 Dazu Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B53.

157 BAG, 20.6.2000 – 9 AZR 405/99 – NZA 2001, 100, Rn. 28.

Arbeitgeber das Recht vorbehält, den Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückzurufen.<sup>158</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass der Arbeitnehmer nicht selbstbestimmt über die Verwendung seiner Freizeit bestimmen (und sich dadurch erholen) kann, wenn er damit rechnen muss, doch zu einem Stück Arbeit herangezogen zu werden.

Erfolgt trotz dieser Rechtslage und ohne spezielle Abmachungen eine arbeitsbezogene Kontaktaufnahme seitens des Arbeitgeberunternehmens, so ist zu unterscheiden. Geht es nur um ein kurzes Gespräch von nicht mehr als zehn Minuten, in dem zB. der Verbleib bestimmter Dateien oder schriftlicher Unterlagen geklärt wird, so bleibt dies ohne rechtliche Konsequenzen. Will der Arbeitnehmer auch dies vermeiden, steht es ihm frei, sein Handy abzuschalten, das Gespräch mit der dienstlichen Nummer nicht anzunehmen oder eine E-Mail schlicht zu ignorieren. Führt die Kontaktaufnahme zu längeren Gesprächen, insbesondere zur Teilnahme an einer Telefonkonferenz oder wird eine schriftliche Stellungnahme zu einem Problem erwartet, so handelt es sich um keinen »Urlaubstag« mehr; ähnlich wie bei einer Erkrankung, wo § 9 BUrlG die Nichtanrechnung auf den Urlaub ausdrücklich anordnet, kann der Erholungszweck nicht erreicht werden.<sup>159</sup> Erfolgt eine solche Inanspruchnahme mehr als zwei Mal hintereinander, verliert der gesamte restliche Urlaub seinen Charakter. Auch wenn der Arbeitnehmer am Urlaubsort bleibt, muss er als Ersatz für die »verdorbene« Zeit Rest- oder Nachurlaub erhalten. Diesen kann er allerdings nicht an den bisherigen Urlaub anhängen, sondern muss sich mangels anderer Absprache zum vorgesehenen Termin wieder im Betrieb einfinden.<sup>160</sup> Die verbliebenen Urlaubstage sind ihm zu einem späteren Zeitpunkt zu gewähren.

Keine wirksame Urlaubsgewährung liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar vor Urlaubsantritt eine nicht unkomplizierte Aufgabe erhält, die sofort nach Urlaubsende erledigt sein muss. Hier verhält sich der Arbeitgeber widersprüchlich. Seine Erklärungen können deshalb keine Rechtswirkungen entfalten,<sup>161</sup> der Urlaubsanspruch bleibt erhalten. Dasselbe Ergebnis folgt daraus, dass der Weisung nur entsprochen werden kann, wenn ein Teil des Urlaubs geopfert wird – der Erholungszweck wird daher verfehlt.<sup>162</sup>

#### 4. Perspektiven: Das Problem der Arbeitsmenge

Die Berufung auf ein sinnvoll interpretiertes ArbZG und BUrlG mag im Einzelfall höchst hilfreich sein; ein All-

heilmittel ist sie nicht. Die Fähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers, sich gegen Zumutungen zur Wehr zu setzen, ist aus nachvollziehbaren Gründen relativ wenig ausgeprägt. Obwohl der abendliche Anruf keine absolut singuläre Erscheinung sein dürfte, ist der genannte Beschluss des ArbG Berlin<sup>163</sup> der einzige, der sich mit diesem Phänomen auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass er in der Fachliteratur nicht einmal im Wortlaut veröffentlicht wurde.<sup>164</sup> Dies legt den Schluss nahe, dass im Normalfall eben nichts geschieht, wenn am Betriebsrat vorbei in den Abendstunden gearbeitet wird. Auch ist bislang kein Fall bekannt geworden, dass ein Arbeitnehmer sich auf § 5 ArbZG berufen und am folgenden Tag erst um 10.30 Uhr an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre. Dies alles entspringt nicht etwa einer Gleichgültigkeit gegenüber dem geltenden Recht. Vielmehr steht hinter der Verletzung von ArbZG-Vorschriften und dem Ausweichen auf die arbeitsfreie Zeit von Arbeitnehmern, die durch die Digitalisierung erleichtert wird, ein wirtschaftlicher Zwang: Durchrationalisiertes Arbeiten ist aus Gründen des Wettbewerbs notwendig; für knappe Fachkräfte und wichtige Führungskräfte, oft aber auch für andere Mitarbeiter<sup>165</sup> fällt dabei so viel Arbeit an, dass diese nicht ohne (bezahlte oder unbezahlte) Überstunden bewältigt werden kann.<sup>166</sup>

##### a) Neueinstellungen als Ausweg?

Lässt sich der Arbeitsdruck, der für die meisten »Extras« verantwortlich ist, dadurch reduzieren, dass der Arbeitgeber zu Neueinstellungen veranlasst wird? Müsste nicht in vielen Fällen das allzu knapp kalkulierte Personal auf-

158 BAG, 14.3.2006 – 9 AZR 11/05 – AP Nr. 32 zu § 7 BUrlG.

159 Zur Problematik *Buschmann*, PersR 2013, 247, 250; *Gaul*, DB 2013, 60, 62; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B57.

160 LAG Baden-Württemberg, 9.5.1974 – 6 Sa 137/73 – BB 1974, 1300.

161 Dazu *Däubler*, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 8 Rn. 49.

162 Ebenso im Ergebnis *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B56.

163 Oben Fn. 113.

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

165 S. den Fall des Kochs oben Fn. 86.

166 Ähnlich *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B30 f.: Man ist sich weithin darüber einig, »dass man es nicht in erster Linie mit den bloßen Konsequenzen einer technischen Entwicklung zu tun hat, sondern dass sich in der Ausdehnung von Arbeit und Verfügbarkeitsersparungen als eigentliche Ursachen die [...] Trends der Arbeitsverdichtung, Beschleunigung, Flexibilisierung und Internationalisierung manifestieren.«

gestockt werden? Rechtliche Möglichkeiten dazu sind vorhanden, auch wenn von ihnen kaum Gebrauch gemacht wird. Im Folgenden sollen zwei Gerichtsentscheidungen vorgestellt werden, deren Bekanntheitsgrad ähnlich wie im Fall des ArbG Berlin relativ gering geblieben ist.

Im Falle des ArbG Stuttgart<sup>167</sup> ging es um einen Maschinenbaubetrieb mit ca. 900 Beschäftigten. Dort galt eine Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeiten und Arbeitszeitkonten. Bewegten sich die Zeitguthaben in einem definierten Rahmen und schied in einer Gruppe ein Mitarbeiter aus, so konnte der Betriebsrat verlangen, dass an seiner Stelle eine andere Person eingestellt wurde. Erreichte das durchschnittliche Arbeitszeitkonto einer (im Anhang näher beschriebenen) Gruppe mehr als 270 Plus-Stunden oder stieg es im Laufe eines Jahres um mehr als 150 Stunden an, so konnte der Betriebsrat Neueinstellungen verlangen, deren Umfang durch eine Formel festgelegt war. Die Betriebsvereinbarung war im Wege von Verhandlungen im Rahmen einer Einigungsstelle zustande gekommen; ihre Gültigkeit war unbestritten. Die gerichtliche Auseinandersetzung bezog sich nur auf die Frage, ob der Betriebsrat verlangen konnte, dass die Stelle eines ausgeschiedenen unbefristet Beschäftigten wieder auf der Basis eines unbefristeten Arbeitsvertrags besetzt werden musste. Dies lehnte das Gericht ab; die Betriebsvereinbarung lasse auch die Einstellung eines befristet Beschäftigten oder eines Leiharbeitnehmers zu. Wichtiger als diese Interpretationsfrage ist jedoch der zugrunde liegende Gedanke, durch Erhaltung oder Aufstockung des Personals die Arbeitsmenge im Griff zu behalten, also dafür zu sorgen, dass der Einzelne nicht mit zu viel Arbeit überhäuft wird. Insoweit besteht im Ziel Übereinstimmung mit den sog. quantitativen Besetzungsregeln, die es seit Anfang des 20. Jahrhunderts in der Druckindustrie gibt und die vor nicht allzu langer Zeit beim Arbeitskampf in der Berliner Charité eine zentrale Rolle gespielt haben.<sup>168</sup>

Ein zweiter Fall war vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden und betraf das Eingreifen der Gewerbeaufsicht.<sup>169</sup> Ein Presseunternehmen hatte seine Redakteure (konkret: in der BUNTE-Redaktion) weit über die täglichen acht Stunden hinaus beschäftigt, und dies nicht nur vorübergehend sondern auf Dauer. Die zuständige Gewerbeaufsicht erließ daraufhin einen Bescheid, der den Unternehmer zur Einhaltung des (statistischen) Acht-Stunden-Tags verpflichtete und ihm für den Fall der Zuwi-

derhandlung ein Zwangsgeld androhte. Dieser legte Rechtsmittel ein und berief sich auf die Pressefreiheit; er finde keine ausreichende Anzahl von Personen, die seine redaktionelle Linie verfolgen würden. Das Verwaltungsgericht wie der Verwaltungsgerichtshof wiesen diesen Einwand zurück; das Arbeitszeitrecht kenne keine Ausnahme für Pressebetriebe. Wenn er seinen Betrieb im bisherigen Umfang fortführen wolle, müsse er sein Personal aufstocken. Dies war zwar nicht Gegenstand des Bescheids, der sich nur auf die Einhaltung der Arbeitszeit bezog, doch ergab sich dies als unmittelbare Konsequenz.<sup>170</sup> Weitere vergleichbare Entscheidungen sind nicht ersichtlich.

Die beiden Gerichtsentscheidungen zeigen den durchaus erfolgreichen Versuch, der Arbeitszeit Grenzen zu ziehen, doch können sie nur punktuelle Lösungen schaffen. Häufig wird es keinen Betriebsrat geben, der eine so weitgehende Betriebsvereinbarung wie im Stuttgarter Fall durchsetzt, häufig wird sich die Gewerbeaufsicht nicht zu Maßnahmen wie im Münchener Fall veranlasst sehen. Dies legt es nahe, nach generellen Lösungen zu suchen, die durch Richterrecht oder durch den parlamentarischen Gesetzgeber geschaffen werden können.

## b) Beeinflussung der Arbeitsmenge durch den Betriebsrat

Der reibungslose Übergang zum digitalen Arbeiten wird durch eine intensive Beteiligung des Betriebsrats bzw. des Personalrats erleichtert. Diese Einschätzung stimmt mit dem Votum des Achten Zwischenberichts der Enquête-Kommission »Internet und digitale Gesellschaft«<sup>171</sup> überein, die sich nachhaltig zum Gedanken der Mitbestimmung bekennt<sup>172</sup> und die sich dafür ausspricht, ggf. den Betriebsbegriff neu zu fassen, um auf diese Weise einen Verlust von Mitbestimmung zu vermeiden.<sup>173</sup> Eine Weiterentwicklung

167 ArbG Stuttgart, 13.1.2009 – 3 BV 131/08 – soweit ersichtlich unveröffentlicht; nähere Schilderung bei Däubler, AiB 3/2016, 27, 28 f.

168 Dazu Däubler, AiB 3/2016, 27 f. Zum Arbeitskampf in der Charité S. LAG Berlin-Brandenburg, 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15 – AuR 2015, 339.

169 Bayer. VG, 28.10.1993 – 22 B 90.3225 – GewA 1994, 192.

170 Zu anderen Sanktionen bei Verstößen gegen das ArbZG S. Ernst, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (HK-ArbR), § 17 ArbZG Rn. 5 ff. und HK-ArbR-Growe, § 3 ArbZG Rn. 18 ff.

171 BT-Drs. 17/12505.

172 BT-Drs. 17/12505, S. 16.

173 BT-Drs. 17/12505, S. 18.

von Mitbestimmungsrechten vorzuschlagen, fällt unter diesen Umständen nicht aus dem Rahmen.

Nach Arbeitsvertragsrecht ist der Arbeitnehmer verpflichtet, im Rahmen seines individuellen Leistungsvermögens tätig zu werden; der objektive Maßstab des § 243 Abs. 1 BGB (»Leistung mittlerer Art und Güte«) spielt grundsätzlich keine Rolle.<sup>174</sup> Wer zu einer überdurchschnittlichen Leistung in der Lage ist, hat diese zu erbringen. Wer dagegen trotz angemessener Bemühungen unter dem Durchschnitt liegt, begeht keine Pflichtverletzung, wenn er nur in diesem Rahmen tätig wird.<sup>175</sup> Die Pflicht zur Arbeitsleistung muss – so die Formulierung der Rechtsprechung – »unter angemessener Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit« erfolgen;<sup>176</sup> eine Gefährdung der Gesundheit muss nicht in Kauf genommen werden, sie ist nicht geschuldet.<sup>177</sup>

Bei abstrakter Betrachtung würden an sich schon diese Grundsätze genügen, um unzumutbare Belastungssituationen zu vermeiden, also insbesondere überlange Arbeitszeiten oder eine totale Überlagerung des Privatlebens durch die Arbeit, wenn eine ständige Erreichbarkeit und damit eine Bereitschaft zur umgehenden Arbeitsaufnahme geschuldet ist. In der Praxis reicht aber diese arbeitsvertragliche Absicherung nicht aus, weil sich der einzelne Arbeitnehmer darauf in aller Regel nicht berufen wird, will er doch nicht als »weniger engagiert« oder gar als Minderleister erscheinen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, den Betriebsrat als kollektive Instanz einzuschalten, die einer Überforderung entgegenwirken kann, wenn sie sich nachteilig auf das Privatleben und die Gesundheit des Arbeitnehmers auswirken könnte.

Eine Überforderung kann darauf beruhen, dass dem Arbeitnehmer Aufgaben zugewiesen werden, die für ihn zu schwierig sind oder die sich ihres Umfangs wegen nicht in der vorgesehenen Arbeitszeit bewältigen lassen. Hier muss der Betriebsrat korrigierend eingreifen können.

Die Rechte des Betriebsrats sollten sich auf die Zuweisung eines bestimmten Arbeitsbereichs beziehen. Von diesem Begriff geht schon nach geltendem Recht § 95 Abs. 3 in Verbindung mit § 99 BetrVG aus, der die »Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs« einem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats unterwirft, wenn diese voraussichtlich länger als einen Monat dauert oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu erbringen ist. Will man eine Überforderung in dem oben beschriebenen Sinne vermei-

den, so sollte man sich nicht auf eine »Änderung« des Arbeitsbereichs beschränken, sondern schon dessen erstmalige Zuteilung einbeziehen. Ein solches Recht würde sich unschwer in die Systematik des Gesetzes einfügen und keine Friktionen herbeiführen. Auf den Arbeitsbereich statt auf die jeweilige »Aufgabe« abzustellen, schließt es aus, jede Einzelanordnung des Arbeitgebers der Zustimmung des Betriebsrats zu unterwerfen und so eine Art Mit-Direktion der Arbeitnehmerseite zu etablieren. Es soll allein um den grundsätzlichen Zuschnitt der Arbeit gehen.

Wie groß die mit einem bestimmten Arbeitsbereich (»Vertrieb der Ware X«, »Wartung der IT«) verbundene Arbeitsbelastung effektiv ist, lässt sich häufig nicht von vorneherein sicher beurteilen. Gerade deshalb ist es sinnvoll, nicht etwa eine »Genehmigung« vorzuschreiben, sondern in Form eines Beteiligungsrechts des Betriebsrats ein Verfahren vorzusehen, mit dessen Hilfe die Beteiligten jederzeit Erfahrungen verarbeiten und Änderungen initiieren können. Der Sache nach wird eine Aufgabe, die eine gute Personalführung sowieso erfüllt (Ist die Arbeit für den Arbeitnehmer geeignet? Macht er überflüssige Fehler, weil er sich – zu Recht oder zu Unrecht – überfordert fühlt? Gibt es Rückmeldungen von Vorgesetzten und Kunden über sein Verhalten bei der Arbeit? Ist er mit seiner Tätigkeit zufrieden?), auf zwei Schultern verteilt: Der Betriebsrat muss sich in gleicher Weise wie die Arbeitgeberseite Gedanken darüber machen, ob sich die richtige Person am richtigen Platz befindet oder ob man den Aufgabenzuschnitt ändern, evtl. auch den Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsplatz versetzen soll.

Die Frage, welchen Charakter das Beteiligungsrecht des Betriebsrats haben soll, kann unterschiedlich beantwortet werden. Möglich ist ein Mitbestimmungsrecht, gewissermaßen ein neuer § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG, der die »Zuweisung eines Arbeitsbereichs« als Gegenstand aufführen würde. Dies hätte gegenüber anderen Beteiligungsformen den Vorzug, dass auch ein Initiativrecht umfasst wäre. Würde sich beispielsweise ein Arbeitnehmer an den Betriebsrat wenden und eingehend seine ihn überfordernde Arbeitssituation schildern, so könnte der Betriebsrat von sich aus

174 BAG, 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 – NZA 2004, 784; BAG, 17.1.2008 – 2 AZR 536/06 – NZA 2008, 693.

175 *ErfK-Preis* (Fn. 95), § 611 BGB Rn. 644.

176 BAG, 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 – NZA 2004, 784, 786.

177 *ErfK-Preis* (Fn. 95), § 611 BGB Rn. 643, allgemeine Meinung.

aktiv werden und über die Reduzierung der Aufgaben mit dem Arbeitgeber verhandeln.

Zum zweiten gibt es auch die weniger weit gehende Möglichkeit, in Anlehnung an § 99 BetrVG dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Zuweisung eines Arbeitsbereichs zu gewähren. Damit wäre automatisch auch die erstmalige Zuweisung erfasst.

Die Zustimmung könnte anders als bei einem Mitbestimmungsrecht nicht aus beliebigen Gründen, sondern nur verweigert werden, wenn die Erfüllung der vorgesehenen Aufgaben über die arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers hinausgehen, wenn sie eine unzumutbare Belastung für den betroffenen Arbeitnehmer darstellen würde. Kommt darüber keine Einigung zustande, müsste wie in den Fällen des § 99 BetrVG das Arbeitsgericht entscheiden; dem Arbeitgeber bliebe die Möglichkeit, eine vorläufige Maßnahme nach § 100 BetrVG zu treffen. Dabei würde häufig deutlich werden, ob die Einschätzung des Arbeitgebers oder die des Betriebsrats zutreffend ist.

Kommt es nicht zu einer solchen vorläufigen Maßnahme, erweist sich die zunächst gegebene Einschätzung aber nachträglich als verfehlt, so muss eine Korrektur möglich sein. Wendet sich etwa der Arbeitnehmer mit einer »Überlastungsanzeige« an den Betriebsrat, so müssen Verhandlungen mit dem Arbeitgeber stattfinden, bei denen geklärt wird, ob eine Abhilfe notwendig ist und wie sie im Einzelnen beschaffen sein muss. Insoweit könnte man ein Beschwerdeverfahren entsprechend §§ 84, 85 BetrVG vorsehen, das jedoch entgegen § 85 Abs. 2 S. 3 BetrVG auch dann stattfinden muss, wenn sich am Ende herausstellen sollte, dass der Arbeitnehmer von Anfang an einen Anspruch auf Beseitigung bestimmter belastenden Umstände hatte. Im Streitfall müsste die Einigungsstelle entscheiden.

Der Übersichtlichkeit wegen wäre eine solche Neuregelung nicht in den bereits recht unübersichtlichen § 99 BetrVG zu integrieren, sondern in einer besonderen Bestimmung niederzulegen. Diese könnte etwa lauten:

» § 101a: Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Zuweisung eines Arbeitsbereichs

- (1) Wird einem Arbeitnehmer bei der Einstellung ein bestimmter Arbeitsbereich zugewiesen oder ein ihm bisher zustehender erweitert, so ist § 99 Abs. 1 entsprechend anwendbar.
- (2) Der Betriebsrat kann seine Zustimmung nur verweigern, wenn der zugewiesene Arbeitsbereich voraussichtlich unzumutbare Belastungen für den Arbeitnehmer mit sich bringen würde.

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

(4) Die Rechte nach § 99 bleiben unberührt.

(5) Wendet sich ein Arbeitnehmer mit einer Überlastungsanzeige an den Betriebsrat, so finden die §§ 84 bis 86 mit Ausnahme von § 85 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

Kann durch eine solche Regelung eine Überforderung von Arbeitnehmern im Grundsatz vermieden werden, verlieren die arbeitszeitrechtlichen Schutznormen an Bedeutung. Wer nur so viel Arbeit hat, dass er sie im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit und gelegentlicher Überstunden bewältigen kann, wird nicht unbillig belastet, wenn er wegen unregelmäßigen Arbeitsanfalls im Einzelfall länger als bisher zulässig arbeiten muss oder wenn ihm im Einzelfall eine kürzere Ruhezeit als nach dem heutigen § 5 ArbZG zugebilligt wird. Auch lässt sich in vielen Fällen die Möglichkeit schaffen, die Arbeitszeit so zu legen, dass eine Work-Life-Balance nach den Vorstellungen des Arbeitnehmers möglich ist. Was heute nur wie ein optimistisches Modell erscheint (der Arbeitnehmer kümmert sich von 14 Uhr bis 21 Uhr um seine Familie und arbeitet dann noch drei Stunden), könnte dann Realität werden.

Existiert im Betrieb kein Betriebsrat, muss eine andere Stelle eingeschaltet werden, um eine Überforderung zu vermeiden. Dies könnte die Gewerbeaufsicht sein, die ggf. aufgrund von Hinweisen der Beschäftigten tätig werden und bestimmte Formen der Beschäftigung verbieten könnte.

Im Kern geht es bei den hier vorgeschlagenen Veränderungen um einen weitreichenden »Tausch«: Die Arbeitnehmerseite gibt einzelne Bestimmungen des ArbZG, insbesondere die völlige »Abschottung« der Freizeit, auf. Die Arbeitgeberseite akzeptiert auf der anderen Seite eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitsintensität, was bisher in dieser Form nicht zur Debatte stand.

## IV. Arbeitsschutzrecht

Die Regeln über den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bedürfen bisweilen der Anpassung an die Digitalisierung der Arbeitsprozesse. Bildschirmgeräte werden zum normalen Bestandteil fast jedes Arbeitsplatzes; psychische Belastungen werden bedeutsamer als die überkommenen physischen Gefahren durch schlechte Beleuchtung, sich lösende Maschi-

nenteile oder rutschige Böden.<sup>178</sup> Die Änderungen sind gradueller Natur, so dass ein cursorischer Überblick im vorliegenden Zusammenhang genügen mag.<sup>179</sup>

## 1. Technischer Arbeitsschutz

Im Betrieb darf nur mit sicheren Geräten gearbeitet werden. Diese schon fast banale Aussage, die sich im Übrigen auch als Teil der Verkehrssicherungspflicht verstehen ließe, erfährt nicht nur durch inhaltliche Vorgaben wie DIN-Normen und technische Regeln, sondern auch vom Verfahren her eine wichtige Konkretisierung. Nach § 4 Abs. 1 Betriebssicherheitsverordnung<sup>180</sup> (BetrSichV) dürfen Arbeitsmittel wie zB. Werkzeuge und Maschinen erst dann verwendet werden, wenn zuvor eine Gefährdungsbeurteilung stattgefunden hat und etwaige Sicherheitsmängel behoben sind.<sup>181</sup> Erfasst sind im Übrigen nicht nur Arbeitsmittel, die der Arbeitgeber zur Verfügung stellt, sondern auch solche, die er lediglich »verwenden lässt« (§ 4 Abs. 1 BetrSichV), die beispielsweise von den Beschäftigten in den Betrieb mitgebracht werden. Für Schutzmaßnahmen gilt das sog. Top-Prinzip: Technische Vorkehrungen haben Vorrang vor organisatorischen; erst an dritter Stelle folgen die personenbezogenen Maßnahmen. Soweit im Zusammenhang mit der Digitalisierung Veränderungen stattfinden, ist der Betriebsrat nach § 90 Abs. 1 BetrVG umfassend zu informieren; nach § 90 Abs. 2 BetrVG steht ihm ein Recht auf eingehende Beratungen zu.

Bildschirmarbeit ist mittlerweile zu einer universellen Erscheinung geworden. Die spezifischen Regeln, die den Gefahren der Bildschirmarbeit (zB. Augenbeschwerden, schwere Verspannungen) begegnen wollen, finden sich in der Bildschirmarbeitsverordnung vom 4. Dezember 1996<sup>182</sup> (BildscharbV), die auf einer EG-Richtlinie beruht. Nach ihrem § 1 Abs. 2 ist sie in bestimmten Fällen wie zB. bei Bedienerplätzen von Maschinen, nicht anwendbar, doch sind diese Ausnahmen nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>183</sup> eng auszulegen. Häusliche Bildschirmarbeitsplätze sind erfasst, doch nimmt § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV »Bildschirmgeräte für den ortsveränderlichen Gebrauch« aus, sofern sie nicht regelmäßig an einem Arbeitsplatz eingesetzt werden. Ob die gebotene enge Auslegung so weit geht, dass diese Ausnahme auf eine sporadische Nutzung beschränkt ist, erscheint zweifelhaft.<sup>184</sup> Nimmt man einen Ausnahmefall an, so gelten als »Auffanggröße« jedenfalls die allgemeinen Vorschriften des ArbSchG, die eine Konkretisierung im Sinne der BildscharbV erfahren können.

Die Arbeitsstätten-Verordnung<sup>185</sup> (ArbStättV) bezieht sich lediglich auf »Arbeitsstätten«, die sich auf dem Gelände eines Betriebs oder einer Baustelle befinden (§ 2 Abs. 1 ArbStättV). Häusliche Arbeitsplätze und erst recht ein Mobile Office sind nicht erfasst. Bei der geplanten Integration von Bildschirm- und Arbeitsstätten-VO sollte dies geändert werden, doch kam die neue VO wegen des Widerstands der Arbeitgeberseite bislang nicht zustande.<sup>186</sup>

## 2. Psychische Belastungen

Psychische Erkrankungen von Beschäftigten nehmen zu. Nach der Statistik der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) waren sie im Jahr 2001 für 6,6 %, im Jahre 2012 für 15,5 % aller Arbeitsunfähigkeitstage verantwortlich.<sup>187</sup> Im selben Zeitraum stieg der Anteil der Frühverrentungen, die auf psychischen Erkrankungen beruhten, von 26 % auf 42 %.<sup>188</sup> Dabei wird den konkreten Arbeitsbedingungen ein erheblicher Einfluss beigemessen. Dies gilt insbesondere für solche Stressfaktoren, die in einer IT-geprägten Umwelt häufig auftreten: Einzelne Prozessschritte werden für den Arbeitnehmer intransparent, doch muss er gleichwohl bei Störungen eingreifen.<sup>189</sup> Weiter ist von »digitalem Stress« die Rede, der sich aus der Situation ergibt, zahllose Informationen ständig zu filtern, einzuordnen, zu bewerten und zur Grundlage von Entscheidungen zu machen.<sup>190</sup> Zwischen dauernder Erreichbarkeit und

178 Vgl. *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1418.

179 Eingehender dazu *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B58–B73.

180 Vom 3. Februar 2015, BGBl. I, S. 49, zuletzt geändert durch VO vom 13. Juli 2015, BGBl. I, S. 1187.

181 Näher *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1419 f.

182 BGBl. I, S. 1841, zuletzt geändert durch VO vom 31. August 2015, BGBl. I, S. 1474.

183 EuGH, 6.7.2000 – C-11/99 – Slg. 2000, I-5589 (Dietrich).

184 Dagegen *Oberthür*, NZA 2013, 246; *Rieble/Picker*, ZfA 2013, 383, 391; dafür *Calle-Lambach/Prümper*, RdA 2014, 345, 347; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B63.

185 Vom 12. August 2004, BGBl. I, S. 2179, zuletzt verändert durch VO vom 31. August 2015, BGBl. I, S. 1474.

186 *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1421.

187 Mitgeteilt bei *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B66.

188 Mitgeteilt nach *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B67. Weitere Angaben bei *Balicioглу*, NZA 2015, 1424.

189 *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1418.

190 *Vagt*, Stress am digitalen Arbeitsplatz, 8.7.2014, abrufbar unter <http://besser20.de/author/katrin/> (9.5.2016); ähnlich *Kastner*, Magazin Mitbestimmung 12/2013 (Fn. 34), 24 ff.

Stress besteht ein unmittelbarer Zusammenhang: 36 % derjenigen, die sich als »häufig gestresst« empfinden, geben zugleich an, fast durchgehend online zu sein. Weiter gibt es nach dem Gesundheitsreport 2013 der DAK einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Umfang der Erreichbarkeit und dem Risiko, unter einer psychischen Störung zu leiden.<sup>191</sup>

Die Rechtsordnung kann auf dieses Phänomen einmal durch das Betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX reagieren, das nach den Ursachen von bereits eingetretenen Erkrankungen fragt und Maßnahmen initiieren will, die eine Verbesserung der Situation des Betroffenen bewirken. In Bezug auf das dabei zu beachtende Verfahren kommt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zu.<sup>192</sup> Zum Zweiten kommt eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG in Betracht, die ihrer großen praktischen Bedeutung wegen etwas eingehender behandelt werden soll.

### 3. Gefährdungsbeurteilung

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

» § 3 Gefährdungsbeurteilung

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

In der Literatur wird betont, man könne die wichtigsten Krankmacher ermitteln: »zu wenig Handlungsspielraum, fehlender Sinn bei der Arbeit, fehlende Transparenz, mangelnde Wertschätzung«.<sup>193</sup> Auch die Softwareergonomie ist einzubeziehen.<sup>194</sup> Zu den Auswirkungen der »Arbeitsorganisation« und der »Arbeitsabläufe« gehören auch Stress und andere psychische Drucksituationen, die sich negativ auf die Gesundheit auswirken können. Auch sie sind damit in die Gefährdungsbeurteilung einzubeziehen. Weiter wird betont, Gefährdungen könnten durch Arbeitsverdichtung (bedingt durch Personalabbau oder Fehlzeiten von Arbeitskollegen), Beschleunigung aller Vorgänge, Abbau der Trennung von Arbeit und Freizeit und Multitasking entstehen.<sup>195</sup> Dies alles gilt auch für mobile und zu Hause erbrachte Arbeit, die im ArbSchG nicht ausgenommen ist.<sup>196</sup> Die dabei auftretenden Gefahren mögen zwar für den Arbeitgeber nicht immer beeinflussbar sein, doch sind sie gleichwohl relevant, weil der Beschäftigte entweder die entsprechenden Situationen vermeiden oder der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen ergreifen kann.<sup>197</sup> Als Methoden haben sich insbesondere standardisierte Mitarbeiterbefragungen sowie Beobachtungsinterviews, Analyse von Dokumenten und moderierte Analyseworkshops herausgebildet.<sup>198</sup> Sinnvoll ist auch eine Begleitung durch qualifizierte externe Experten.<sup>199</sup>

Dem Betriebsrat kommt nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei allen Fragen des betrieblichen Arbeitsschutzes zu, soweit die einschlägigen Vorschriften Spielräume offen lassen. Diese »Ausfüllungskompetenz« ist gerade auch bei der Gefährdungsbeurteilung von Bedeutung, da die Regelungen in § 5 ArbSchG und in § 3 ArbStättV keine Vorgaben enthalten (können), wie im konkreten Betrieb zu verfahren ist.<sup>200</sup> Die Mitbe-

191 Mitgeteilt bei Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B68.

192 BAG, 22.3.2016 – 1 ABR 14/14 – Pressemitteilung Nr. 16/16, abrufbar unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/presse.html> (9.5.2016).

193 Kastner, Magazin Mitbestimmung 12/2013 (Fn. 34), 24 ff.

194 Martin, CuA 3/2014, 4 ff.

195 Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1426.

196 Ebenso Schwemmler/Wedde (Fn. 27), S. 92.

197 Anders vbw, Die bayerische Wirtschaft, Moderne Arbeitswelt – Modernes Arbeitsrecht, Stand: November 2014, abrufbar unter <http://vbw-agenda.de/downloads/pdf-neu/03/moderne-arbeitswelt-modernes-arbeitsrecht-nov-2014.pdf> (9.5.2016), S. 9, wonach die Gefährdungsbeurteilung auf die vom Arbeitgeber beherrschten Gefahren zu begrenzen sei.

198 Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1426.

199 Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1427.

200 Richtig Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1425: Auf die Besonderheiten jedes einzelnen Unternehmens ist Rücksicht zu nehmen.

stimmung erstreckt sich insbesondere darauf, welche konkreten Gefahren zu analysieren sind und nach welchen Kriterien die Person oder Institution für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung ausgesucht wird.<sup>201</sup> Dass bereits eine bestimmte Gesundheitsgefahr besteht (und bewiesen werden kann!), ist nicht erforderlich.<sup>202</sup> Der Betriebsrat kann jederzeit von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und eine Gefährdungsbeurteilung verlangen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Umstände geändert haben, die einer in der Vergangenheit durchgeführten Gefährdungsbeurteilung zugrunde lagen: Eine andere Arbeitsorganisation oder andersartige Arbeitsabläufe rechtfertigen eine erneute Untersuchung, es sei denn, es läge nur eine geringfügige Modifikation vor. Dass seit 2013 ausdrücklich auch die psychischen Belastungen einzubeziehen sind, rechtfertigt für sich allein eine neue Untersuchung, sofern entsprechende Belastungen nicht von vorneherein einbezogen wurden oder denkbar fernliegend sind.<sup>203</sup>

Auch der einzelne Arbeitnehmer wird vom Gesetz in die Pflicht genommen. Nach § 15 Abs. 1 ArbSchG muss er entsprechend seinen Möglichkeiten für die Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge tragen. Außerdem besitzt er gleichfalls einen Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung. Allerdings kann er nicht verlangen, dass diese nach bestimmten, von ihm gewünschten Kriterien erfolgt: Insoweit haben allein die Betriebsparteien zu entscheiden.<sup>204</sup> Kommen sie nicht zu einem Konsens, muss die Einigungsstelle festlegen, wer eine Untersuchung über welche Fragen vornimmt.<sup>205</sup>

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

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

Kommt die Untersuchung zu weitergehenden Schlüssen und macht deshalb konkrete Vorgaben, müssen diese umge-

setzt werden: Die Generalklauseln des Arbeitsschutzgesetzes werden dadurch ausgefüllt und konkretisiert. Dies gibt allen Belegschaftsangehörigen einschließlich der Betriebsratsmitglieder einen Anspruch, der sich zumindest auf § 618 BGB stützen lässt. Genauso hat das BAG in Bezug auf Empfehlungen entschieden, die im Rahmen eines BEM-Verfahrens abgegeben wurden.<sup>206</sup> Als Gremium kann der Betriebsrat eine Umsetzung dann verlangen, wenn dem Verfahren eine Einigung mit dem Arbeitgeber zugrunde lag, die sich zB auf die zu untersuchenden Fragen und die auszuwählende Person bezog. Dem Betriebsrat steht insoweit ein Durchführungsanspruch zu, der sich nicht auf das Verfahren als solches beschränkt, sondern dem Sinn der Regelung nach auch das Ergebnis mit einbezieht. Erst recht gilt dies, wenn die Betriebsvereinbarung bzw. der Einigungsstellenspruch ausdrücklich zu einem Verhalten »entsprechend der Gefährdungsbeurteilung« verpflichteten. Auch auf dieser letzten Etappe konsequent zu bleiben und ggf. etwas Verärgerung in Kauf zu nehmen, ist in der Praxis eine wichtige Betriebsratsaufgabe. Die »Verärgerung« muss im Übrigen keineswegs automatisch eintreten: Für jeden in das betriebliche Gesundheitsmanagement investierten Euro kommen in Deutschland Beträge zwischen, 1,60 € und 2,70 € zurück.<sup>207</sup>

## V. Datenschutz

### 1. Arbeitnehmerdaten im Internet

Je mehr digitale Arbeitsmittel benutzt werden, umso häufiger fallen personenbezogene Daten an. Diese sind immer weniger

201 BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – AP Nr. 29 zu § 618 BGB. Aus der Literatur S. etwa *Balikcioglu*, NZA 2015, 1424, 1426; *DKKW-Klebe* (Fn. 68), § 87 Rn. 230; *Fitting* (Begr.), BetrVG, Handkommentar, 27. Aufl., München 2014 (im Folgenden: *Fitting*), § 87 Rn. 299; *Wiese/Gutzeit*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker* ua. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Köln 2014, § 87 Rn. 609 mwN.

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

203 Über eine positiv zu beurteilende Betriebsvereinbarung zur Gefährdungsbeurteilung bei SAP berichtet *Kronig*, CuA 11/2014, 13 ff.

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

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

206 BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 – NZA 2010, 398 Ls. 4; zustimmend *Balikcioglu*, NZA 2015, 1424, 1429.

207 Nachweise bei *Balikcioglu*, NZA 2015, 1424, 1433.

auf die »geschlossene Einheit« des Unternehmens beschränkt, wo sie trotz aller Schwierigkeiten im Prinzip kontrollierbar bleiben. Vielmehr entstehen sie von vorneherein im Internet oder werden dorthin verbracht, was Datenschutzprobleme auslöst, die weit über den traditionellen Rahmen hinausgehen. Die wichtigsten Erscheinungsformen seien erwähnt.

Einer der ersten, vergleichsweise harmlosen Schritte war es, dass Arbeitgeber und Dienststellenleitungen bestimmte Angaben über ihre Beschäftigten ins Netz stellten.<sup>208</sup> Dies dient der besseren Orientierung der Kunden bzw. der Bürger, aber auch Werbezwecken, wenn beispielsweise die besondere Qualifikation bestimmter Mitarbeiter hervorgehoben wird. Ob der Arbeitgeber auch ein Foto einstellen darf, ist ein noch nicht definitiv entschiedener Streitpunkt.<sup>209</sup>

Bestimmte Arbeitnehmergruppen sehen sich auf »Plattformen« einer öffentlichen Beurteilung ihrer Leistungen ausgesetzt. Dies gilt etwa für angestellte Lehrer und Ärzte sowie für Freiberufler, deren zufriedene oder unzufriedene Kunden ihre Meinung zum Besten geben. Bislang ist dies keine Massenerscheinung, aber für die im Einzelfall Betroffenen kann es eine erhebliche Belastung darstellen, öffentlich als »nicht besonders motiviert« oder »schlecht vorbereitet« dargestellt zu werden.<sup>210</sup> Wie kann sich der Betroffene wehren? Den Plattformbetreiber verklagen? Muss der Arbeitgeber in einem solchen Fall auf seine Kosten einen Anwalt zur Verfügung stellen?

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

Arbeit wird weiter »nach außen« verlagert, wenn der Einzelne im Auftrag seines Arbeitgebers soziale Netzwerke nutzt oder in ihnen durch eigene Beiträge präsent ist. Er schreibt beispielsweise dort dienstliche E-Mails und bereichert die Fan-Seite seines Arbeitgebers, indem er die Firmenprodukte mit subtilem oder offenem Lob versieht. Auch der private

Account kann für dienstliche Zwecke eingesetzt werden. Mittelbar ist dies sogar dann der Fall, wenn die eigene Person bei LinkedIn oder Xing im »Profil« angepriesen und zugleich auf die Stellung im Arbeitgeberunternehmen hingewiesen wird.

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

## 2. Spezifische Schwierigkeiten

Das BDSG orientiert sich an der geschlossenen Einheit »Unternehmen« und nimmt die vielfältigen Probleme nicht wirklich zur Kenntnis, die sich im Internet ergeben. Die wichtigsten seien kurz erwähnt:

- Für den Betroffenen wird unklar, wo seine Daten gespeichert sind und wer dort auf sie zugreifen kann. Was in durchaus legaler Weise ins Internet gestellt wurde, kann von beliebigen Menschen und Organisationen »abge-

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

209 Nachweise bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 369a–369c.

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

griffen« und gespeichert werden. Um wen es sich dabei handelt, lässt sich vom Betroffenen nicht kontrollieren. Sein informationelles Selbstbestimmungsrecht steht auf dem Papier, weil er nicht mehr beurteilen kann, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß.<sup>211</sup>

- Auch wo der Datenfluss an sich nachvollziehbar ist, bleibt oft zweifelhaft, welche Rechtsordnung für die Datenverarbeitung maßgebend ist. Wenn beispielsweise Google seine europäischen Aktivitäten von Irland aus betreibt, ist dann irisches Datenschutzrecht anwendbar?<sup>212</sup> Oder muss stattdessen auf das wirkliche Entscheidungszentrum in den USA abgestellt werden?<sup>213</sup> Letzteres hätte zur Folge, dass nach § 1 Abs. 5 BDSG deutsches Recht anwendbar ist, soweit die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung im Inland erfolgt. Auch dann bleiben allerdings Unsicherheiten, wenn die verantwortliche Stelle keinerlei »technische Mittel« im Inland einsetzt und der Einzelne lediglich auf eine Website zugreift, die von einem Server in den USA aus betrieben wird. Auch gibt es Länder, die über keinerlei Datenschutzrecht verfügen. Wie soll man mit einer Datenverarbeitung umgehen, die dort stattgefunden hat?
- Was kann der Betroffene in dem unwahrscheinlichen Fall tun, dass er Kenntnis davon erhält, wer mit seinen Daten Schindluder getrieben hat? Natürlich kann er mit Hilfe einer E-Mail protestieren und Löschung des unerlaubt Erlangten einfordern, doch wie will er das durchsetzen? Soll er einen Prozess in den USA, in China oder in Indien, vielleicht gar in Ghana oder in Neu-Guinea führen? Nicht mal ein Michael Kohlhaas würde das versuchen. Das »Recht auf Vergessenwerden« ist hier nur ein schwacher Ausgleich.

Im ersten Halbjahr 2018 wird die EU-Datenschutz-Grundverordnung wirksam werden.<sup>214</sup> Sie löst in weiten Teilen das BDSG ab und regelt als »Unionsgesetz« auch die Beziehungen zwischen Privaten. Ihr Ansatz ist jedoch kein anderer als der des BDSG: Auch sie geht von einer überschaubaren »Informationseinheit« wie dem Unternehmen aus, für das es einen »Verantwortlichen« gibt.

### 3. Versuche des Datenschutzes

Was kann man tun? Schon die Probleme zu erkennen, ist keine Selbstverständlichkeit, weshalb es nur wenige Lösungsvorschläge gibt.<sup>215</sup> Einige Überlegungen sollen gleichwohl vorgestellt werden, wobei Einigkeit besteht, dass kein einzelnes Mittel zur Lösung der Probleme ausreicht;

vielmehr ist ein »Instrumentenmix« unabdingbar.<sup>216</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen hier einige der in Betracht kommenden Möglichkeiten skizziert werden.

#### a) Datenvermeidung und Datensparsamkeit – Datenschutz durch Technik

Der in § 3a BDSG niedergelegte Grundsatz der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit hat bislang nur wenig praktische Bedeutung erlangt,<sup>217</sup> obwohl er gerade in Bezug auf Daten, die ins Internet gelangen oder dort generiert werden, besonders hilfreich sein könnte: Wo keine oder nur wenige Daten erzeugt werden, spielt auch ihre »Unbeherrschbarkeit« nur noch eine untergeordnete Rolle. Bislang fehlt zu Unrecht ein ausreichender Anreiz für IT-Unternehmen, sich um eine entsprechende Ausgestaltung der Technik zu kümmern. Mittel hierfür könnte einmal – positiv – die Gewährung eines Gütesiegels sein, zum andern – negativ – die Verhängung von Bußgeldern. Letzteres käme in Betracht, wenn naheliegende technische Gestaltungen, deren Machbarkeit außer Zweifel steht, nicht realisiert werden. In diesen Kontext gehört auch ein weit gefasstes Gebot der Anonymisierung, wodurch beispielsweise eine unbeobachtete Inanspruchnahme elektronischer Dienste sichergestellt werden kann.<sup>218</sup> Nutzerprofile mag man erstellen, sie dürfen aber nicht mehr personenbeziehbar sein. Soweit in Deutschland eingesetzte technische Geräte diesen Anforderungen gerecht werden, muss es die Betroffenen nicht interessieren, dass man andernorts nach abweichenden Grundsätzen verfährt.

#### b) Transparenz durch Technik

Noch nicht ausreichend diskutiert ist die auch Arbeitnehmer betreffende Frage, inwieweit die Erhebung und Spei-

211 So die Formulierung in der Volkszählungsentscheidung des BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 109/83 ua. – BVerfGE 65, 1, 43.

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

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

214 S. oben Fn. 77.

215 Weiterführend jedoch *Schaar*, Überwachung total, Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen, Berlin 2014.

216 *Weichert*, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen, Bonn 2012, S. 345, 348.

217 *Schaar*, in: Schmidt/Weichert (Fn. 216), S. 363, 366 ff.

218 Dafür auch Konferenz der Datenschutzbeauftragten, Ein modernes Datenschutzrecht für das 21. Jahrhundert, Eckpunkte, 2010, S. 24, abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Allgemein/79DSKEckpunktepapierBroschuere.pdf> (9.5.2016).

cherung personenbezogener Daten sichtbar gemacht werden kann. Geht es beispielsweise um das Einnähen von RFID-Chips in Kleidungsstücke, um die Verbrauchergewohnheiten und die Abnutzung zu erkunden, so sollte gleichzeitig dafür gesorgt werden, dass das Vorhandensein eines derartigen Chips von Smartphones angezeigt wird.<sup>219</sup> Soweit ein Nutzerprofil notwendig ist, damit ein Produkt seine Funktion erfüllt,<sup>220</sup> sollte der Nutzer darüber entscheiden können, ob sein Profil beim Anbieter oder bei ihm selbst im Endgerät gespeichert wird. Auch die Benutzung von Google Glass kann kenntlich gemacht werden.<sup>221</sup>

### c) Recht auf Vergessenwerden

Im Internet besteht keine Kontrolle darüber, wer eine verfügbare Information kopiert und gespeichert hat. Dies gilt insbesondere für soziale Netzwerke. Der Betroffene kann aber ein vitales Interesse daran haben, dass ihm »Jugend-sünden« oder wirtschaftliche Fehlschläge nicht noch nach Jahrzehnten entgegen gehalten werden. Der EuGH hat in seiner Google-Entscheidung deshalb die Suchmaschinenbetreiber verpflichtet, ein Ereignis (konkret: die Zwangsverwaltung eines Grundstücks), das zwölf Jahre zurück lag und für die heutige wirtschaftliche Situation der fraglichen Person irrelevant geworden war, seinen Nutzern nicht mehr anzuzeigen.<sup>222</sup> Dies ist zu begrüßen, stellt aber nur einen ersten Schritt dar. Um Daten effektiv aus dem Internet zu verbannen, wird in der Literatur vorgeschlagen, sie von Anfang an zu verschlüsseln und im Zeitpunkt der gewollten Löschung den Schlüssel zu vernichten.<sup>223</sup> Dies mag bei konzerninternen Daten sinnvoll sein, die nur dort gespeichert und genutzt werden. Stellt man die Daten dagegen ins Internet, würde durch die Verschlüsselung die allgemeine Zugänglichkeit (an der einem ja gelegen ist) erheblich leiden. Weitergehend wird ein »digitaler Radiergummi« diskutiert, der bei Erreichen eines bestimmten Verfallsdatums die Datei automatisch vernichtet.<sup>224</sup> Auch hier kommt der Technik eine ganz wesentliche Bedeutung zu; sie müsste dafür sorgen, dass sich das eingebaute Verfallsdatum auch auf alle Kopien überträgt.

### d) Schutz des Persönlichkeitsrechts im Internet

Befinden sich Arbeitnehmerdaten im Internet, so kann dies zur Folge haben, dass der Betroffene persönlichen Angriffen ausgesetzt ist, etwa in einem Bewertungsportal oder in sozialen Netzwerken verunglimpft wird. Soweit seine Internetpräsenz beruflichen Charakter hat, stellt sich das spezi-

fisch arbeitsrechtliche Problem, ob ihn der Arbeitgeber bei der Abwehr solcher Angriffe unterstützen, ihm beispielsweise einen Rechtsanwalt zur Verfügung stellen muss. Soweit der Arbeitnehmer seine Rechte selbst verteidigt und ihm dadurch Aufwendungen entstehen, muss sie der Arbeitgeber entsprechend § 670 BGB ersetzen. Dies legt es nahe, von vorneherein eine Nebenpflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB anzunehmen, dem durch die Arbeit in Schwierigkeiten gekommenen Arbeitnehmer einen Anwalt seiner Wahl zur Verfügung zu stellen.<sup>225</sup> Die Rechtsprechung hatte über eine solche Unterstützungspflicht bisher nur in eher atypischen Fällen zu entscheiden. Verlangen etwa Belegschaftsangehörige oder Kunden die Kündigung eines Beschäftigten, muss sich der Arbeitgeber »vor den Arbeitnehmer stellen«, also insbesondere den Versuch unternehmen, die Druck-Ausübenden von ihrer Forderung abzubringen.<sup>226</sup> Weiter hat das BAG den Arbeitgeber für verpflichtet angesehen, einem angestellten Lkw-Fahrer eine Kautionsversicherung zu ersetzen, die er im Ausland im Rahmen eines Strafverfahrens hinterlegt hatte und die verfallen war, weil er sich nicht den unzumutbaren Bedingungen des dortigen Strafvollzugs aussetzen wollte.<sup>227</sup> Eine klarstellende gesetzliche Regelung wäre allerdings durchaus wünschenswert.

### e) Eine internationale Konvention?

Die Probleme könnten sehr viel geringer werden, würden sich die Staaten auf eine universelle Datenschutzkonvention verständigen. Dabei darf es jedoch niemanden geben, der effektiv ausschert, weil wenig datenschutzfreundliche Unternehmen sonst in eine solche »datenschutzfreie Zone«, in eine solche »Datenoase«, ausweichen würden. Auch nützt die Unterzeichnung einer Konvention wenig, wenn einzelne Länder über keinen Apparat verfügen, der die Einhal-

219 Beispiel bei *Rofsnagel*, in: Schmidt/Weichert (Fn. 216), S. 331, 336

220 Beispiel bei *Rofsnagel*, in: Schmidt/Weichert (Fn. 216), S. 331, 337; Adaptive Navigationssysteme, die sich automatisch auf die Gewohnheiten und den Informationsbedarf des Nutzers einstellen.

221 *Solmecke/Kocatepe*, ZD 2014, 22 ff.

222 EuGH, 13.5.2014 – C-131/12 – CuA 6/2014, 30 (Google Spain SL).

223 *Greveler/Wegener*, DuD 2010, 467. Zur »Zukunftstechnologie Verschlüsselung« S. insbes. *Schaar*, Überwachung total (Fn. 215), S. 244 ff.

224 Dazu *Federrath* ua., DuD 2011, 403 ff.; *Kalabis/Selzer*, DuD 2012, 670 ff. Zur Gestaltung der Hardware *Gerling/Gerling*, DuD 2013, 445.

225 Näher *Däubler*, Arbeitsrecht 2 (Fn. 107), Rn. 897.

226 BAG, 11.2.1960 – 5 AZR 210/58 – AP Nr. 3 zu § 626 BGB Druckkündigung.

227 BAG, 11.8.1988 – 8 AZR 721/85 – AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

tung der vereinbarten Regeln überwachen und notfalls sanktionieren würde.<sup>228</sup> Wunsch und Wirklichkeit liegen auf diesem Gebiet noch sehr weit auseinander.

## VI. Weiterbildung

Die fortschreitende Digitalisierung verlangt von vielen Arbeitnehmern eine fortlaufende Weiterqualifizierung. Wer mit SAP-Systemen arbeitet, muss sich schon heute darauf einstellen. Erst recht gewinnt eine solche Vorstellung an Überzeugungskraft, wenn es um die Etablierung des »Internets der Dinge« geht. Dies wirft die Frage auf, ob der einzelne Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich weiterzubilden (unten 1) und ob er vom Arbeitgeber zumindest bei veränderten Anforderungen verlangen kann, während der Arbeitszeit mit dem nötigen neuen Wissen versorgt zu werden (unten 2).

### 1. Arbeitsvertragliche Pflicht zur Weiterbildung?

Soweit die Ausübung einzelner Tätigkeiten wie beim Ingenieur oder beim Arzt bestimmten professionellen Standards genügen muss, schuldet der Arbeitnehmer nicht nur die Arbeit als solche, sondern auch die Aktualisierung seiner Kenntnisse. Ein Ingenieur kann sich nicht damit entschuldigen, aus Zeitmangel habe er die neuesten Erkenntnisse in seinem Fach leider nicht zur Kenntnis nehmen können, und auch von einem angestellten Juristen wird verlangt, dass ihm in seinem Tätigkeitsfeld der aktuelle Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung bekannt ist. Die Weiterbildung ist insoweit Teil der Arbeitspflicht und muss deshalb während der Arbeitszeit stattfinden. Der Arbeitgeber muss diese von vorneherein so kalkulieren, dass die Verarbeitung der einschlägigen Informationen möglich ist. Setzt er »Weiterbildungsveranstaltungen« an, so ist die Teilnahme für den Einzelnen verbindlich.<sup>229</sup> Liegt der Zeitpunkt außerhalb der Kernarbeitszeit, kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmen. Dies ist vom BAG ausdrücklich anerkannt worden,<sup>230</sup> was die Feststellung impliziert, dass es sich um einen Teil der Arbeitszeit handelt. Der Arbeitgeber hat auch die erforderlichen Zeitschriften, Bücher usw. zur Verfügung zu stellen.<sup>231</sup>

Handelt es sich nicht um eine in dieser Weise standardisierte Tätigkeit, so hat der Arbeitnehmer seinen Fähigkeiten entsprechend zu arbeiten.<sup>232</sup> Nach § 81 BetrVG muss

ihn der Arbeitgeber lediglich über die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs unterrichten. Es geht grundsätzlich nicht um die Vermittlung von »Kenntnissen« und »Bildung«; diese soll der betreffende Beschäftigte von vorneherein mitbringen.

Die Abgrenzung zur Weiterbildung ist allerdings manchmal höchst zweifelhaft. Nachdem sich die Kunden eines großen Möbelgeschäfts verschiedentlich über die »Ruppigkeit« des Verkaufspersonals beschwert hatten, organisierte der Arbeitgeber eine »Freundlichkeitsschulung«. Nach Auffassung des BAG war dies nur ein Anwendungsfall des § 81 BetrVG,<sup>233</sup> obwohl der Erwerb von sozialer Kompetenz nicht weniger Erkenntnisfortschritte verlangt als die Einführung in ein neues Gesetz oder in eine veränderte SAP-Version.

In der Praxis steht das »informelle« Lernen im Vordergrund: Man bekommt Informationen von Arbeitskollegen oder Vorgesetzten, man beobachtet, wie andere mit einem Problem fertig werden.

### 2. Anspruch auf Weiterbildung bei veränderten Anforderungen?

Häufig ändern sich die Anforderungen an den einzelnen Beschäftigten: Er muss mit einem neuen Informationssystem arbeiten, er hat zusätzliche Aufgaben zu erfüllen, er muss einem Kollegen, der nur Englisch versteht, bestimmte Arbeitsvorgänge erklären. In Zukunft werden solche Situationen eher noch häufiger auftreten. Kann der Arbeitnehmer verlangen, dass ihm die nötigen Vorinformationen gegeben werden? Die Frage ist in der Rechtsprechung nur selten praktisch geworden. Unmittelbar einschlägig ist im Grunde nur ein Urteil des ArbG Bonn,<sup>234</sup> wo es heißt:

» Schon aufgrund seiner Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass auch ältere Mitarbeiter geschult werden, um nicht den Anschluss an die technische Entwicklung zu verlieren und möglicherweise sogar ihren Arbeitsplatz zu riskieren, weil sie mit den neu eingeführten Systemen nicht umgehen können.«

228 Eingehend Weichert, RDV 2013, 8 ff.

229 ArbG Bonn, 4.7.1990 – 4 Ca 751/90 – NZA 1991, 512.

230 BAG, 18.4.1989 – 1 ABR 3/88 – DB 1989, 1978.

231 Auch bei sonstigen angestellten (Natur-)Wissenschaftlern ist dies im Grunde selbstverständlich – zu den Auswirkungen des Art. 5 Abs. 3 GG im Arbeitsverhältnis siehe Däubler, NZA 1989, 945 ff.

232 Oben III.4.b).

233 BAG, 28.1.1992 – 1 ABR 41/91 – AP Nr. 1 zu § 96 BetrVG 1972.

234 ArbG Bonn, 4.7.1990 – 4 Ca 751/90 – NZA 1991, 512.

Die Annahme einer solchen Nebenpflicht des Arbeitgebers lässt sich auf verschiedene Gesichtspunkte stützen:<sup>235</sup>

- Der Arbeitgeber hat die Aufgabe, die für die Erbringung der Arbeitsleistung notwendigen Voraussetzungen zu schaffen. Deshalb muss er beispielsweise Schutzausrüstungen bereitstellen, an deren Kosten die Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 3 ArbSchG nicht beteiligt werden dürfen. Auf demselben Grundgedanken beruht die Rechtsprechung über das Betriebs- und das Wirtschaftsrisiko, wonach der Arbeitgeber das Entgelt auch dann fortbezahlen muss, wenn die Arbeit aufgrund von Umständen, die er nicht zu vertreten hat, unmöglich (Stromausfall!) oder wirtschaftlich sinnlos wird (beim Abnehmer wird gestreikt und das Lager ist voll). Auch dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Arbeitgeber die Möglichkeiten zur Arbeit sicherstellen muss.
- Wer nicht über die volle Qualifikation zur Bedienung seiner Arbeitsgeräte verfügt, wird häufig in Stresssituationen geraten, die ihn erheblich belasten können.
- Die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die arbeitsnotwendige Weiterqualifizierung zu ermöglichen, wird mittelbar durch § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG bestätigt. Danach ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, »wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen [...] möglich ist.« Können Kündigungen durch Weiterbildung vermieden werden, ist von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen; insoweit haben die Nebenpflichten des Arbeitgebers eine gesetzliche Konkretisierung erfahren.<sup>236</sup>
- § 75 Abs. 2 BetrVG verpflichtet neben dem Betriebsrat auch den Arbeitgeber, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu fördern. Zu letzterem gehört auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte berufliche Entfaltungsfreiheit, die der Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter auch im Arbeitsverhältnis zu schützen hat.<sup>237</sup>

Der Anspruch auf Weiterbildung reicht nur so weit, wie ein Bedarf auf Arbeitnehmerseite besteht. Es muss feststehen, dass sich die Anforderungen geändert haben oder sich in absehbarer Zeit ändern werden, und dass der Betroffene insoweit Informationsdefizite hat. »Schulungen auf Vorrat« anzubieten, ist dem Arbeitgeber unbenommen, doch besteht insoweit kein Anspruch des Arbeitnehmers.

Die Weiterqualifizierung muss während der Arbeitszeit erfolgen. Sie ist Teil der Aufgabenerfüllung durch den Arbeitnehmer, sie gehört gewissermaßen (untechnisch gesprochen) zur notwendigen Arbeitsvorbereitung. Auch in der Literatur wird dieser Standpunkt vertreten.<sup>238</sup> Das BAG dürfte gleichfalls zu diesem Ergebnis neigen. Anders lässt es sich nicht erklären, dass es eine Betriebsvereinbarung über Gleitzeit als verletzt ansah, weil der Arbeitgeber eine Schulungs- und Informationsveranstaltung für Kundenberater nicht in die Kernarbeitszeit gelegt hatte: Der Besuch war ohne Rücksicht auf das in der Betriebsvereinbarung garantierte freie Entscheidungsrecht des Arbeitnehmers verlangt bzw. nahe gelegt worden.<sup>239</sup> In einem anderen Fall ging es um die Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer an der vom Arbeitgeber vorgeschriebenen einheitlichen Dienstkleidung: Auch hier ging das BAG davon aus, dass keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Beteiligung an den für die Erbringung der Arbeitsleistung notwendigen Kosten in Betracht kam und dass eine solche Pflicht auch nicht durch Betriebsvereinbarung geschaffen werden konnte.<sup>240</sup>

Der im Jahre 2001 eingeführte § 97 Abs. 2 BetrVG enthält ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für die hier behandelten Fälle, in denen sich die Anforderungen so ändern, dass die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten der Arbeitnehmer nicht mehr ausreichen, um ihnen gerecht zu werden. Die Vorschrift impliziert wie andere Mitbestimmungsrechte auch ein Initiativrecht, so dass der Betriebsrat insbesondere dann aktiv werden kann, wenn sich Einzelne nicht in dieser Weise exponieren wollen. In der Rechtsprechung hat die Vorschrift bisher eine geringe Rolle gespielt. Dies mag auch damit zusammen hängen, dass in den wenigen entschiedenen Fällen die Vorschrift uneinheitlich ausgelegt wurde: So sei etwa die Einweisung des Arbeitnehmers in die Bedienung einer neu angeschafften Maschine nicht erfasst,<sup>241</sup> während es umgekehrt genügen soll, dass durch »gestaltendes Tätigwerden« des Arbeitgebers eine »Diskre-

235 Eingehend dazu *Käufer*, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2002, S. 199 ff.

236 *Birk*, FS Kissel, 1994, S. 51, 55.

237 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169.

238 DKKW-Buschmann (Fn. 68), § 97 Rn. 24; *Käufer* (Fn. 235), S. 233; ähnlich *Fitting* (Fn. 201), § 97 Rn. 31; *Kramer*, NZA 2004, 457, 458; aA. *Franzen*, NZA 2001, 865.

239 BAG, 18.4.1989 – 1 ABR 3/88 – DB 1989, 1978.

240 BAG, 1.12.1992 – 1 AZR 260/92 – NZA 1993, 711.

241 LAG Hamm, 8.11.2002 – 10 (13) TaBV 59/02 – NZA-RR 2003, 543.

panz« zwischen den Anforderungen und dem Ausbildungsstand der Arbeitnehmer zu entstehen drohe.<sup>242</sup> Dies sollte einen Betriebsrat aber nicht davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen, zumal nach § 100 Abs. 2 ArbGG eine Einigungsstelle schon dann vom Gericht eingesetzt wird, wenn ein Mitbestimmungsrecht nicht »offensichtlich« fehlt.

Soweit Weiterbildungsmaßnahmen über das »Arbeitsnotwendige« hinausgehen, gibt es keine Pflicht des Arbeitgebers, die Kosten zu übernehmen und den Teilnehmern Entgeltfortzahlung zu gewähren. Tarifliche oder betriebliche Regeln verteilen bisweilen die »Lasten« zwischen beiden Seiten in der Weise, dass der Arbeitnehmer Freizeit, der Arbeitgeber finanzielle Mittel aufwendet. Sonderregeln bestehen in den 14 Bundesländern, die einen »Bildungsurlaub« oder eine »Fortbildungszeit« eingeführt haben; lediglich Bayern und Sachsen stehen dabei noch abseits.

## VII. Rechtsprobleme der Plattformökonomie

Im Rahmen der Plattformökonomie stellt sich bei allen bisher bekannten Erscheinungsformen die Frage, ob der die Dienste Leistende – sei es ein Uber-Fahrer, sei es ein Crowdworker – als Arbeitnehmer angesehen werden kann.<sup>243</sup> Ist dies der Fall, findet Arbeitsrecht mit allen Konsequenzen einschließlich des Kündigungsschutzes und der Möglichkeit zur Bildung von Betriebsräten Anwendung. Sind die Arbeitenden dagegen keine Arbeitnehmer, ist zu prüfen, ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einer bestimmten Plattform besteht. Ist dies der Fall, dürfte es sich meist um arbeitnehmerähnliche Personen handeln, auf die eine Reihe arbeitsrechtlicher Vorschriften Anwendung findet – allerdings unter Ausschluss so zentraler Bestimmungen wie des gesetzlichen Kündigungsschutzes und der Betriebsverfassung. Liegt im Einzelfall auch keine Arbeitnehmerähnlichkeit vor, so bestimmt sich die rechtliche Behandlung der Arbeit ausschließlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen, was möglicherweise zu erheblichen Schutzdefiziten führt. Als erstes ist daher der Frage nachzugehen, ob generell oder in bestimmten Fällen die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs erfüllt sind.

### 1. Der überkommene Arbeitnehmerbegriff

Das deutsche Recht kennt bislang keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs.<sup>244</sup>

Es enthält allerdings zwei Regeln, die gewisse Anhaltspunkte gewähren.

- § 84 Abs. 1 S. 2 HGB bestimmt in Bezug auf Handelsvertreter: »Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.« Dies lässt den Rückschluss zu, dass derjenige, dessen Arbeit von einem anderen festgelegt wird und der nicht frei über seine Zeit verfügen kann, unselbständig und deshalb Arbeitnehmer ist.
- Der für alle Arbeitnehmer geltende § 106 GewO legt fest, der Arbeitgeber könne »Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.« Dies gelte auch »hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.«

Definitive Klarheit ist dadurch nicht geschaffen. Die Rechtsprechung hat auf eine exakte begriffliche Definition verzichtet, sondern benennt lediglich eine bestimmte Anzahl von »Gesichtspunkten« und »Indizien«, die für (oder gegen) das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen. Entscheidend kommt es darauf an, ob die fragliche Person dem »Typus« eines Arbeitnehmers entspricht. Trotz ihrer Unbestimmtheit und der weitgehenden Folgen, die eine Bejahung oder Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft hat, ist diese Herangehensweise vom BVerfG<sup>245</sup> gebilligt worden.

Zentrale Charakteristika des »Arbeitnehmer-Typus« sind die Weisungsabhängigkeit und die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers,<sup>246</sup> was sich unschwer aus den §§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB und 106 GewO ableiten lässt.<sup>247</sup> Man spricht insoweit von persönlicher

242 LAG Hamm, 9.2.2009 – 10 TaBV 191/08 – AiB 2009, 450.

243 Zu den Geschäftsmodellen S. oben I.4.

244 Der seit 2015 diskutierte Referentenentwurf zur Reform des AÜG unternimmt jedoch den Versuch, einzelne Elemente des Arbeitnehmerbegriffs im Gesetz festzuschreiben. Die Verabschiedung durch den Gesetzgeber erscheint derzeit (2.6.2016) noch nicht sicher.

245 BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96 – NZA 1996, 1063.

246 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 469/98 – NZA 1999, 983, 984 linke Spalte.

247 Auch § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV bestimmt für das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis: »Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.«

Abhängigkeit. Beide Elemente werden in aller Regel gleichzeitig vorliegen; die »Einbindung« in die betriebliche Organisation setzt die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers als selbstverständlich voraus.<sup>248</sup> Möglich ist aber auch, dass es – wie zB. im Haushalt oder bei einer Außendiensttätigkeit – an einer Eingliederung fehlt; in diesem Fall kommt es allein auf die Weisungsabhängigkeit an.<sup>249</sup> Mit der begrifflichen Unschärfe ist ein erheblicher Zuwachs an Flexibilität verbunden, was auch neue Tätigkeitsfelder »integrierbar« macht. Die wirtschaftliche Abhängigkeit vom »Arbeitgeber« oder »Auftraggeber« spielt keine Rolle; sie wird als ungeeignetes Abgrenzungskriterium angesehen, da sie auch bei vielen andern Vertragstypen auftauchen kann.<sup>250</sup>

Dem typologischen Ansatz der Rechtsprechung entsprechend ist es nicht erforderlich, dass sich die Weisungsbefugnis auf alle »Felder« des Arbeitsverhältnisses erstreckt; entscheidend ist, ob die fragliche Person dem andern zur Verfügung steht. So ist ein Chefarzt beispielsweise Arbeitnehmer,<sup>251</sup> weil ihm zwar niemand inhaltliche Weisungen erteilen kann, jedoch eine örtliche und zeitliche Bindung bei seiner Tätigkeit besteht. Umgekehrt ist auch der Fall der sog. Vertrauensarbeitszeit<sup>252</sup> denkbar, wo der Beschäftigte selbst über den Zeitpunkt und die Dauer sowie oft auch über den Ort seiner Arbeit bestimmt, jedoch inhaltlich durch die übertragenen Aufgaben voll in Anspruch genommen ist; auch hier zweifelt niemand an der Arbeitnehmereigenschaft.<sup>253</sup>

Ist die Tätigkeit im Arbeitsvertrag so genau bezeichnet, dass kein Anlass mehr für weitere Anweisungen besteht, so soll dies bei Lehrern an Volkshochschulen und Musikschulen nach der früheren BAG-Rechtsprechung wohl gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen, doch wurde diese im konkreten Fall gleichwohl bejaht, weil die zeitliche Lage des Unterrichts unter Berücksichtigung der Wünsche des Lehrers und der Eltern und Schüler von den Leitung festgelegt wurde.<sup>254</sup> Dem lässt sich entgegen halten, dass auch vertragliche Fixierungen, gewissermaßen als vorweggenommene und gebündelte Weisungen, Abhängigkeit schaffen können. Inzwischen hat das BAG dem im Prinzip angeschlossen und im Falle eines Zeitungszustellers die Arbeitnehmereigenschaft bejaht.<sup>255</sup> Im Einzelnen führte das Gericht aus:

»Für Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden können, gilt der Grundsatz, dass bei untergeordneten, einfachen Arbeiten eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen ist als bei gehobenen Tätigkeiten. Das entspricht auch der Verkehrsanschauung. Bei einfachen Tätigkeiten, insbesondere

manchen mechanischen Handarbeiten, bestehen schon von vornherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten. Daher können schon wenige organisatorische Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit so festlegen, dass von einer im wesentlichen freien Gestaltung der Tätigkeit (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB) nicht die Rede sein kann. *In derartigen Fällen kann die Arbeitnehmereigenschaft auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass der Dienstgeber die wenigen erforderlichen Weisungen bereits in den Vertrag aufnimmt.*« [Hervorhebung d. Verf.]

Daneben existieren weitere Indizien, die auch in dem hier interessierenden Bereich von Interesse sein können.

Arbeitnehmer müssen ihre Tätigkeit in aller Regel in eigener Person erbringen; die Möglichkeit, sich durch einen andern vertreten lassen zu können, ist eher für eine selbstständige Tätigkeit typisch.<sup>256</sup> Allerdings ist es denkbar, dass andere Indizien höheres Gewicht besitzen; ein Zeitungszusteller, der sich der Mithilfe von Familienangehörigen oder anderer Personen bedient, und ein weisungsabhängiger Lkw-Fahrer, der sich bei Krankheit oder Urlaub durch eine Ersatzperson vertreten lassen kann, verlieren allein deshalb nicht ihren Arbeitnehmerstatus.<sup>257</sup>

Die Arbeitsmittel werden normalerweise vom Arbeitgeber gestellt; Arbeit mit fremden Ressourcen ist daher ein Indiz für Arbeitnehmertätigkeit. Auch hier gibt es jedoch den Üblichkeiten des fraglichen Lebensbereichs entsprechend Ausnahmen: Muss ein Model in bestimmter Klei-

248 Vgl. etwa BAG, 6.5.1998 – 5 AZR 247/97 – NZA 1999, 205, 207: »Die Klägerin war in die betriebliche Organisation der Beklagten insbesondere dadurch eingebunden, dass sie ihre Dienste zu Zeiten zu erbringen hatte, auf deren Lage sie selbst keinen maßgeblichen Einfluss hatte.«

249 BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 469/98 – NZA 1999, 983, 984: Gebührenbeauftragter für Rundfunkgebühren ist nicht in eine betriebliche Organisation integriert.

250 ErfK-Preis (Fn. 95), § 611 BGB Rn. 58.

251 BAG, 27.7.1961 – 2 AZR 255/60 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche.

252 S. oben III.1.

253 Ebenso zum Fall eines Gebührenbeauftragten mit freier Zeiteinteilung BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 469/98 – AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit, sowie zum Fall eines Nachrichtenredakteurs bei der Deutschen Welle, der jeden Tag um 18.00 Uhr die von ihm zusammengestellten Nachrichten über den Sender verlesen musste, BAG, 3.10.1975 – 5 AZR 162/74 – AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

254 BAG, 24.6.1992 – 5 AZR 384/91 – AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

255 BAG, 16.7.1997 – 5 AZR 312/96 – NZA 1998, 368, 369.

256 BAG, 12.12.2001 – 5 AZR 253/00 – NZA 2002, 787.

257 LAG Düsseldorf, 5.3.1996 – 16 Sa 1532/95 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 30 (Zeitungszusteller); LAG Niedersachsen, 26.1.1999 – 7 Sa 1192/98 – LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 38 (Lkw-Fahrer).

derung erscheinen oder der angestellte Taxifahrer sein eigenes Taxi benutzen, so steht dies einer Arbeitnehmertätigkeit nicht entgegen.<sup>258</sup>

Ohne Bedeutung ist die Dauer eines Rechtsverhältnisses; Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse sind ebenso denkbar wie ein entsprechend kurzer Einsatz als Selbständiger. Kann der »Auftraggeber« die unentgeltliche Teilnahme an Trainingsmaßnahmen verlangen, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis;<sup>259</sup> dasselbe gilt, wenn Termine von Kunden bestimmt werden.

Bisweilen wird der Versuch unternommen, durch Vereinbarung das Rechtsverhältnis so umzugestalten, dass es sich nicht mehr als Arbeitsverhältnis darstellt.

Einigkeit besteht darüber, dass der Arbeitnehmerbegriff zwingenden Charakter besitzt. Weder durch Arbeits- noch durch Tarifvertrag kann aus einem Arbeitnehmer ein Nicht-Arbeitnehmer gemacht werden.<sup>260</sup> Andernfalls könnten die Arbeitsvertragsparteien das gesamte Arbeitsrecht abbedingen; auch dessen zwingende Vorschriften stünden dann auf dem Papier. Ohne rechtliche Bedeutung ist es deshalb, wenn man dem Vertrag einen anderen Namen gibt, ihn etwa trotz arbeitnehmertypischer Pflichten als »Werkvertrag« bezeichnet. Denkbar ist auch eine Gestaltung, wonach der Beschäftigte formal zu einem Selbständigen gemacht wird, der sein eigenes Gewerbe anmeldet und dies auch den Finanzbehörden anzeigt, gleichzeitig jedoch so weitgehende Vorgaben für seine Tätigkeit erhält, dass ihm so gut wie kein Spielraum für die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Ziele verbleibt. Genau deshalb wurde bei Verkaufsfahrern der Firma Eismann sowohl vom BAG<sup>261</sup> als auch vom BGH<sup>262</sup> die Selbständigkeit verneint.

Verschiedentlich hatte sich die Rechtsprechung mit dem Fall zu befassen, dass der Arbeitnehmer das Recht hatte, die im Schichtplan vorgesehenen Einsatzzeiten abzulehnen<sup>263</sup> oder die gewünschten Zeiten selbst in den Schichtplan einzutragen.<sup>264</sup> Mit Recht betonte das BAG, dass im ersten Fall regelmäßig ein schichtplankonformes Verhalten erwartet werde und im zweiten das Anordnungsrecht des Arbeitgebers wieder auflebe, wenn sich für bestimmte Zeiten kein Freiwilliger findet; am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bestehe daher kein Zweifel. Auch die Tatsache, dass man bestimmte Tage im Voraus ausklammern und so sogar den Jahresurlaub verlängern könne, ändere am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nichts.<sup>265</sup> Schließlich wurde ein Arbeitsverhältnis sogar dann angenommen, wenn zwar der einzelne Einsatz jeweils der Vereinbarung bedurfte, über längere Zeit dh. über mehr als sechs Monate hinweg

jedoch eine häufige Heranziehung erfolgte.<sup>266</sup> Die Freiheit des Arbeitnehmers, »ja« oder »nein« zu einer bestimmten Tätigkeit zu sagen, beeinflusst die persönliche Abhängigkeit nicht, da diese sich in der Arbeit selbst manifestiert. Auch wird die fragliche Person in den meisten Fällen ihre Zustimmung schon deshalb nicht versagen, weil sie die Fortsetzung der Tätigkeit nicht aufs Spiel setzen möchte; von einer freiwilligen Einigung kann daher nicht die Rede sein.

Zum Abschluss ist an die Fälle zu denken, in denen Vertrag und tatsächliche Durchführung auseinander fallen: Auf dem Papier hat die fragliche Person volle Freiheit bei der Organisation ihrer Arbeit und der Verwendung ihrer Zeit, in der Praxis wird sie jedoch wie ein Arbeitnehmer »nach Weisung« beschäftigt. Hier stellt die Rechtsprechung auf die tatsächliche Durchführung ab; wird ein freier Mitarbeiter effektiv wie ein Arbeitnehmer behandelt, findet das Arbeitsrecht Anwendung.<sup>267</sup>

## 2. Anwendung auf die internetbasierte Vermittlung von Aufträgen

Oben<sup>268</sup> ist im Einzelnen die Praxis des kalifornischen Unternehmens Uber geschildert worden. Bei ihr stellt sich nach dem eben Gesagten die Frage, ob die einzelnen Fahrer nicht als Arbeitnehmer qualifiziert werden müssen.<sup>269</sup>

Anders als ein angestellter Taxifahrer sind sie nicht verpflichtet, eine auf der App für sie vorgesehene Tour auch wirklich anzunehmen; sie unterliegen insoweit keinem Weisungsrecht, sondern können den einzelnen Auftrag ablehnen. Allerdings wird man davon ausgehen können,

258 BSG, 12.12.1990 – 11 RAr 73/90 – NZA 1991, 907, 908 (Model); BAG, 29.5.1991 – 7 ABR 67/90 – AP Nr. 2 zu § 9 BetrVG 1972 (Taxifahrer).

259 BAG, 6.5.1998 – 5 AZR 247/97 – NZA 1999, 205, 207.

260 BAG, 22.3.1995 – 5 AZR 21/94 – NZA 1995, 823, 833; BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 602.

261 BAG, 16.7.1997 – 5 AZB 29/96 – NZA 1997, 1126.

262 BGH, 4.11.1998 – VIII ZB 1298 – NZA 1999, 53.

263 BAG, 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – NZA 1995, 622.

264 BAG, 12.6.1996 – 5 AZR 960/94 – NZA 1997, 191.

265 BAG, 16.2.1994 – 5 AZR 402/93 – NZA 1995, 21, 23.

266 BAG, 22.4.1998 – 5 AZR 92/97 – NZA 1999, 82.

267 So ausdrücklich BAG, 12.9.1996 – 5 AZR 104/95 – NZA 1997, 600, 602. Ebenso im Ergebnis BAG, 20.7.1994 – 5 AZR 627/93 – NZA 1995, 161 Ls. 2; BAG, 19.11.1997 – 5 AZR 653/96 – NZA 1998, 364, 365; BAG, 20.8.2003 – 5 AZR 610/02 – NZA 2004, 39.

268 I.4.a).

269 Dazu auch *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042, 1043.

dass ähnlich wie bei der Handhabung von Schichtplänen im Medienbereich<sup>270</sup> die Annahme die absolute Regel und die Ablehnung die absolute Ausnahme sind.<sup>271</sup> Insoweit kommt dem Ablehnungsrecht nach der Rechtsprechung keine entscheidende Bedeutung zu.<sup>272</sup>

Was die Arbeit selbst, dh. das Transportieren von Fahrgästen von A nach B betrifft, so muss der Fahrer detaillierte Vorgaben beachten.<sup>273</sup> Diese beziehen sich einmal auf seine Person; um Vertragspartner zu werden, muss ein polizeiliches Führungszeugnis vorgelegt und der Punktestand im Verkehrszentralregister in Flensburg mitgeteilt werden. Außerdem muss für das Fahrzeug Versicherungsschutz bestehen. Ordentliche Kleidung ist Pflicht. Das Fahrzeug muss gepflegt sein und vier Türen haben. Zum Teil wird vorgeschrieben, dass man dem Fahrgast die Tür öffnet und ihm beim Gepäck hilft; weiter sind bestimmte Begrüßungs- und Verabschiedungsformeln verbindlich.<sup>274</sup> Während der Fahrt ist für Hintergrundmusik zu sorgen; soweit der Kunde keine abweichenden Wünsche äußert, ist diese ebenfalls vorgegeben. Dies alles wird in einem »Fahrertraining« vermittelt, ohne dessen Besuch keine Aufnahme in den Fahrerpool stattfindet.

Den Fahrpreis bestimmt Uber als »Vermittler«; nach Abzug einer »Provision« von 20 bis 30 % wird der Rest dem Fahrer gutgeschrieben. Ihm wird auch ein Smartphone mit Uber-App zur Verfügung gestellt, um so eine Ortung und einen möglichst günstigen Einsatz sowie die Kommunikation mit dem Dispatcher und dem Kunden zu ermöglichen. Das Auto ist Eigentum des Fahrers. »Ordentliches Verhalten« und Pflichterfüllung werden nicht durch stichprobenartige Kontrollen oder gar durch Videokameras sichergestellt. Vielmehr bewertet jeder Kunde den Fahrer (der umgekehrt dieses auch mit dem Kunden tut). Wer zahlreiche negative Bewertungen erhält, bekommt keine Einsätze und damit auch keine Verdienstmöglichkeiten mehr. Die »Reputation« entfaltet dieselbe Wirkung wie korrigierende Weisungen und die Möglichkeit der verhaltensbedingten Kündigung.<sup>275</sup>

Betrachtet man alle diese Rahmenbedingungen im Zusammenhang, so bestehen gegenüber einem »Standardarbeitsverhältnis« gewisse Besonderheiten, die aber in anderen Zusammenhängen der Annahme einer Arbeitnehmer Tätigkeit nicht entgegen standen. Neben dem erwähnten Recht, Aufträge abzulehnen, gehören dazu die Vorgaben für die Art und Weise der Arbeit, die in den Verträgen mit den Fahrern festgeschrieben sind. Insoweit ist die Situation

keine prinzipiell andere als in dem oben genannten Zeitungszustellerfall.<sup>276</sup> Auch der Besuch eines Fahrertrainings ist ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.<sup>277</sup> Die Abwicklung der Zahlungen entspricht dem Normalfall des Arbeitsverhältnisses, wonach die Erträge der Arbeit dem Arbeitgeber zustehen.<sup>278</sup> Die Kontrolle des konkreten Arbeitsverhaltens über das System der Bewertung ist möglicherweise sehr viel wirksamer als jede andere Form; an der persönlichen Abhängigkeit ändert sich daher nichts.

Werden die hier im Modell dargestellten Bedingungen wie beschrieben umgesetzt, so liegt ein Arbeitsverhältnis zwischen Uber und den einzelnen Fahrern vor.<sup>279</sup> Die Tatsache, dass sich Uber als Vermittler und nicht als Arbeitgeber bezeichnet, ist ohne Bedeutung. Bei anderen Geschäftsmodellen der »economy on demand« kann wegen der abweichenden Ausgestaltung der Verträge das Resultat ein anderes sein.<sup>280</sup>

### 3. Anwendung auf Crowdwork

Crowdwork charakterisiert sich dadurch, dass die Plattform bestimmte konkret bestimmte Aufgaben ausschreibt und Interessierte einlädt, die beschriebenen Arbeiten zu übernehmen.<sup>281</sup> Was zu tun ist, wird bereits im Normalfall abschließend im »Angebot« definiert. Weisungen in Bezug auf die Arbeit zu erteilen, wird dadurch in der Regel überflüssig und findet auch nicht statt. Der Crowdworker ist frei, wann und wo er die übernommene Aufgabe erfüllen will; er ist insoweit nicht in die Organisation des Unternehmens integriert. Nicht anders als bei einem Handwer-

270 Oben Fn. 263, 264.

271 Um »Ausreißer« zu vermeiden, ist die Ablehnungsquote auf 20 % beschränkt, *Prassl/Risak*, Comp. Lab. L. & Pol'y J. 2016 (im Erscheinen – Fn. 49).

272 Anders *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042, 1044.

273 Die folgende Beschreibung stützt sich auf *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042, 1043.

274 Zu entsprechenden Praktiken bei angestellten Kassiererinnen in Supermärkten S. *Däubler*, AiB 2009, 350.

275 *Prassl/Risak*, Comp. Lab. L. & Pol'y J. 2016 (im Erscheinen – Fn. 49).

276 Fn. 255.

277 Fn. 259.

278 Zur rechtlichen Konstruktion S. *Däubler*, Arbeitsrecht 2 (Fn. 107), Rn. 116 ff.

279 Zu diesem Ergebnis neigen auch *Heuschmid/Klebe*, FS Kohte (im Erscheinen); ebenso *Prassl/Risak*, Comp. Lab. L. & Pol'y J. 2016 (im Erscheinen – Fn. 49).

280 Zu »TaskRabbit« S. *Prassl/Risak*, Comp. Lab. L. & Pol'y J. 2016 (im Erscheinen – Fn. 49).

281 Näher oben I.4.b).

ker besteht ggf. ein Endtermin, bis zu dem die Leistung erbracht sein muss, doch ist dies keine notwendige Bedingung. Denkbar ist auch ein »Windhundrennen« der Art, dass der erste, der eine akzeptierte Leistung einreicht, das Entgelt erhält und alle anderen leer ausgehen. Der Crowdworker arbeitet in der Regel mit eigenen Arbeitsmitteln. Dies alles spricht auf den ersten Blick gegen eine Qualifizierung als Arbeitnehmer und für eine Behandlung als Selbständiger.<sup>282</sup>

Allerdings sollte man von vorneherein eine Einschränkung in Erwägung ziehen. Insbesondere bei einfachen Tätigkeiten spricht die Tatsache, dass die zu erbringende Arbeit schon im Vertrag genau umschrieben ist, nicht gegen, sondern für die Arbeitnehmereigenschaft, weil dadurch die weitgehende Abhängigkeit des Arbeitenden unterstrichen wird.<sup>283</sup> Dies könnte insbesondere bei »digitaler Akkordarbeit« von Bedeutung sein: Müssen beispielsweise die auf 10.000 Karten eingetragenen Zahlen, die von Stromkunden abgelesen wurden, per Hand in das System eingegeben werden,<sup>284</sup> so ist nicht unbedingt einsehbar, weshalb arbeitsrechtliche Grundsätze wie zB. die Bezahlung des Mindestlohnes keine Anwendung finden sollen, obwohl exakt dieselbe Arbeit in einem Büro des Stromerzeugers erbracht werden könnte und dort auch keine zusätzlichen Weisungen erteilt würden. Letztlich muss die Rechtsprechung darüber entscheiden, ob sie eine Vorprogrammierung der Arbeit im Vertrag für sich allein genügen lässt, um ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, oder ob nach ihrer Auffassung wie im Fall Uber<sup>285</sup> noch weitere Indizien hinzukommen müssen.

Crowdwork hat viele Erscheinungsformen und ist keineswegs auf »microtasks« beschränkt. Denkbar ist einmal, dass eine relativ anspruchsvolle Aufgabe wie das Testen von Software vergeben wird, bei der es zu Rückfragen und nachfolgenden Entscheidungen des Auftraggebers kommt. Hier wäre im Prinzip von ähnlichen Arbeitsbedingungen wie bei der Vertrauensarbeitszeit<sup>286</sup> auszugehen: Es bleiben dem Crowdworker zwar im Prinzip zeitliche Spielräume, doch findet über die Arbeit als solche ein inhaltlicher Austausch statt, bei dem der Auftraggeber das letzte Wort hat; dies spricht für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Zum andern kann es auch bei einfacheren Tätigkeiten zahlreiche Steuerungs- und Kontrollmechanismen geben: Arbeitsabläufe werden protokolliert, bei Bedarf werden Screenshots gemacht. Dabei ist in der Literatur von einer »virtuellen Werkshalle« die Rede, die nicht weniger Fremdbestimmung

und Weisungsabhängigkeit mit sich bringt als die traditionelle Arbeit an einer Maschine oder einem Fließband.<sup>287</sup> Dies dürfte in solchen Fällen entscheidend für die Einbeziehung ins Arbeitsrecht sprechen, obwohl insoweit im deutschsprachigen Raum noch keinerlei Rechtsprechung ersichtlich ist.

Eine weitere Ausnahme ist beim sog. internen Crowdsourcing zu machen. Innerhalb des Arbeitgeber-Unternehmens oder (häufiger!) des Arbeitgeber-Konzerns ist der Einzelne mit Zustimmung seines Vertragsarbeitgebers als Crowdworker tätig und erfüllt unternehmens- oder konzernintern ausgeschriebene Aufgaben. Hier ist der Arbeitnehmerstatus zumindest kurz- und mittelfristig nicht in Frage gestellt, zumal der Arbeitgeber das Recht behält, dieser »Außentätigkeit« ein Ende zu setzen und den Betroffenen wieder mit betrieblichen Arbeitnehmertätigkeiten zu beschäftigen. Solange er ihn stattdessen Aufgaben abarbeiten lässt, die von einem anderen Konzernunternehmen definiert wurden, ist die Situation im Prinzip keine andere, als wenn er ihn zu einem Kunden schicken würde, um dort eine Maschine zu warten oder eine Einführung in eine neue Software zu geben. Allerdings sollte man das Arbeitsplatzrisiko nicht verdrängen, das dann entsteht, wenn das Bemühen um konzerninterne Aufgaben und Projekte erfolglos bleibt, weil immer andere Personen zum Zuge kommen: Ist kein »Ausweicharbeitsplatz« im Betrieb vorhanden, kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.

Schließlich sollte nicht unerwähnt bleiben, dass es einem Auftraggeber frei steht, einen Crowdworker von sich aus als Arbeitnehmer zu beschäftigen. Dies kann nach der Rechtsprechung etwa dadurch geschehen, dass der abgeschlossene Vertrag ausdrücklich als »Arbeitsvertrag« bezeichnet wird, obwohl die persönliche Abhängigkeit in hohem Maße zweifelhaft ist.<sup>288</sup> Hier werden ersichtlich keine Schutzvorschriften umgangen, sondern im Gegenteil

282 Dafür auch *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4; *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 446i ff.; *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B104.

283 So das Zeitungszusteller-Urteil des BAG (Fn. 255).

284 S. das Beispiel oben Fn. 54.

285 Oben 2.

286 Dazu oben III.1.

287 *Risak*, ZAS 2015, 11, 15; zustimmend *Krause*, 71. DJT (Fn. 4), S. B104.

288 BAG, 13.3.1987 – 7 AZR 724/85 – AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; LAG Thüringen, 6.2.1998 – 8 Ta 205/97 – NZA-RR 1998, 296.

die sozialen Sicherungen eingeräumt, die mit einem Standardarbeitsverhältnis verbunden sind. Einen »freien Mitarbeiter« besser zu stellen als er von Gesetzes wegen stehen würde, muss immer erlaubt sein. Zudem ist eine solche Vorstellung keineswegs von vorneherein illusionär, wenn man bedenkt, dass es – soweit ersichtlich – nie ernsthafte Versuche gegeben hat, die häusliche Telearbeit<sup>289</sup> dem Arbeitsrecht zu entziehen und dem HAG zu unterstellen, obwohl dies rein rechtlich in bestimmten Konstellationen durchaus möglich gewesen wäre.

#### 4. Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen?

##### a) Voraussetzungen

Liegt keiner der (durchaus zahlreichen) Ausnahmefälle vor, in denen Crowdworker als Arbeitnehmer qualifiziert werden können, so stellt sich das Problem, ob und unter welchen Bedingungen sie die Voraussetzungen einer »arbeitnehmerähnlichen Person« erfüllen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG charakterisieren sich arbeitnehmerähnliche Personen durch drei Merkmale.<sup>290</sup>

- Sie unterliegen keiner oder einer sehr viel geringeren Weisungsbefugnis als Arbeitnehmer und sind nicht in die betriebliche Organisation integriert.<sup>291</sup> In der Regel arbeiten sie auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrags, doch kann beispielsweise auch ein Franchisevertrag in Betracht kommen.<sup>292</sup>
- Sie sind zwar nicht persönlich, wohl aber wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig. Dies ist dann der Fall, wenn das von diesem bezogene Einkommen die entscheidende Existenzgrundlage ist. Gibt es mehrere Auftraggeber, so genügt es, wenn mehr als die Hälfte des Gesamteinkommens auf einen von ihnen entfällt.<sup>293</sup> Wird kein Einkommen bezogen, sondern nur eine Verdienstmöglichkeit gewährt, liegt keine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung vor.<sup>294</sup>
- Die fragliche Person muss ihrer gesamten sozialen Stellung nach vergleichbar schutzbedürftig wie ein Arbeitnehmer sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene den Umständen nach die Arbeit im Wesentlichen in eigener Person erbringen muss.<sup>295</sup> Bei einem sehr hohen Verdienst, der sich durch intensiven oder weniger intensiven Arbeitseinsatz steuern lässt, lehnt die Rechtsprechung allerdings die Arbeitnehmerähnlichkeit ab.<sup>296</sup>

Keine Rolle spielt bislang, ob sich der »Auftraggeber« bewusst ist, eine arbeitnehmerähnliche Person zu beschäftigen. In Zweifelsfällen wird dies erst in dem Zeitpunkt geklärt, zu dem der Beschäftigte Ansprüche gegen seinen Auftraggeber geltend machen will.

##### b) Anwendbare Vorschriften

Gesetzgeber und Rechtsprechung erstrecken eine Reihe von arbeitsrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich auf diese Personengruppe.

- Nach § 2 S. 2 BUrlG haben arbeitnehmerähnliche Personen Anspruch auf einen gesetzlichen Erholungsurlaub von vier Wochen jährlich;
- Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG gilt dieses Gesetz grundsätzlich auch für arbeitnehmerähnliche Personen;
- Das AGG schützt in seinem § 6 Abs. 1 Nr. 3 auch die arbeitnehmerähnlichen Personen. Dies könnte Ausgangspunkt für einen Kündigungsschutz insbesondere im Falle der Schwangerschaft sein.
- § 7 Abs. 1 des Pflegezeitgesetzes gibt auch den arbeitnehmerähnlichen einen Anspruch auf Freistellung bei unerwartetem Pflegebedarf und einen Anspruch auf Pflegezeit von bis zu sechs Monaten. § 2 Abs. 2 Familienpflegezeitgesetz verweist für die Familienpflege auf diese Regelung.
- § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG rechnet zu den durch das Gesetz geschützten »Beschäftigten« auch Personen, die »wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.«
- Nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG können auch arbeitnehmerähnliche Personen in die betriebliche Altersversorgung einbezogen werden.
- § 12a TVG ermächtigt die sozialen Gegenspieler, auch für diesen Personenkreis Tarifverträge abzuschließen,

289 Zu dieser oben I.2.

290 Zusammenfassung mit Nachweisen bei Rost, in: Etzel/Bader/Fischermeier ua. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl., Köln 2016, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rn. 5 ff.

291 S. etwa BAG, 14.1.1997 – 5 AZB 22/96 – NZA 1997, 399.

292 Zu den möglichen Vertragstypen eingehend Reinecke, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 12a TVG Rn. 32 ff.

293 BAG, 15.2.2005 – 9 AZR 51/04 – NZA 2006, 223, 226.

294 BAG, 21.2.2007 – 5 AZB 52/06 – NZA 2007, 699 (Beleghebamme).

295 BAG, 19.12.2000 – 5 AZB 16/00 – NZA 2001, 285, 286.

296 Nach BAG, 2.10.1990 – 4 AZR 106/90 – NZA 1991, 239, 241: Rundfunkgebührenbeauftragter, der Anfang der 1990er Jahre bis zu 280.000 DM im Jahr verdienen konnte.

nimmt jedoch in seinem Abs. 4 die Handelsvertreter aus.

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

Die Länge der Liste darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei zentralen Teilen des Arbeitsrechts weiter gravierende Unterschiede bestehen. Unanwendbar sind die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der gesetzliche Kündigungsschutz einschließlich der Sonderregeln für Schwerbehinderte und schwangere Frauen. Arbeitnehmerähnliche Personen sind außerdem von der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung ausgeschlossen. Die Rechtsprechung hat nur selten den Versuch unternommen, bei nicht ausdrücklich geregelten Fragen auf das reale Schutzbedürfnis abzustellen, was eine stärkere Annäherung an das Arbeitsrecht ermöglicht hätte.<sup>297</sup>

### c) Einbeziehung der Crowdworker?

Ob Crowdworker die Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit erfüllen, hängt von den konkreten Umständen ab. Voraussetzung ist zunächst, dass das von einer Plattform oder einem Unternehmen bezogene Einkommen existenzsichernde Bedeutung hat. Hat der Crowdworker Beziehungen zu mehreren Plattformen oder zu mehreren Unternehmen, wird ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis nur zu dem Vertragspartner begründet, von dem er mehr als die Hälfte seines Einkommens bezieht. Immerhin spricht die plausible Feststellung, ein Wechsel der Plattform erscheine häufig wirtschaftlich nicht sinnvoll,<sup>298</sup> für die Tatsache, dass eine Ausrichtung auf eine bestimmte Plattform häufig vorkommen wird und so eine wirtschaftliche Abhängigkeit entstehen kann. Allerdings ist zu beachten, dass es nach der Rechtsprechung des BAG nicht genügt, wenn eine vertragliche Beziehung lediglich Verdienstmöglichkeiten eröffnet; die Schutzbedürftigkeit muss sich vielmehr aus der vereinbarten Vergütung ergeben.<sup>299</sup> Dies ist am Beispiel einer Beleghebamme entschieden worden, wäre jedoch auch im vorliegenden Zusammenhang relevant: Gewährt eine Plattform nur die Möglichkeit, mit unterschiedlichen Unternehmen Verträge zu schließen, so würde im Verhältnis zu ihr keine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung zur Ent-

stehung gelangen. Kommen dabei Verträge mit zahlreichen Unternehmen zustande (was insbesondere bei Routinetätigkeiten naheliegt), ist auch im Verhältnis zu den einzelnen Unternehmen die Bedingung der Arbeitnehmerähnlichkeit in der Regel nicht erfüllt. Unter diesen Umständen verbietet sich die Vermutung, dass ein Crowdworker entweder Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person sei. Auch das HAG findet nach herrschender Auffassung allenfalls dann Anwendung, wenn eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber besteht.<sup>300</sup>

## 5. Crowdworker als Selbständige

Crowdworker, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Personen sind, haben notwendigerweise den Status eines Selbständigen. In aller Regel werden sie keine fremde Hilfe in Anspruch nehmen können, so dass sie zu der wachsenden Gruppe der Soloselbständigen gehören.<sup>301</sup> Statistisch gesehen, zählen sie damit eher zu den einkommensschwächeren Gruppen.<sup>302</sup> Das Zivilrecht bietet einen Schutz vor unangemessener Übervorteilung bei Verträgen; dies geschieht durch das AGB-Recht nach den §§ 305 ff. BGB sowie durch Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Danach muss der Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter vertragliche Abmachungen korrigieren, wenn ein Vertragspartner strukturell unterlegen und der Vertrag für den schwächeren Teil inhaltlich ungewöhnlich belastend ist.<sup>303</sup> Schutzfunktion entfaltet weiter das Kartellrecht, das insbesondere den Missbrauch einer marktherrschenden oder »marktstarken« Stellung verbietet. Dies ist an anderer Stelle eingehend behandelt worden.<sup>304</sup> Weiter ist denkbar, dass ein Crowdworker an seinem Produkt ein Urheberrecht oder ein Designrecht erwirbt.<sup>305</sup> Was außerhalb des Wohnungsmietrechts fehlt, ist ein Bestandsschutz, der mehr als nur die selten vorkommenden sittenwidrigen

297 Ausnahme: BAG, 21.1.1997 – 9 AZR 778/95 – DB 1997, 1979.

298 Risak, ZAS 2015, 11, 13.

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

300 Näher Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1036; im Ergebnis zustimmend Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B105.

301 Dazu grundlegend Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2015.

302 Angaben bei Deinert (Fn. 301), Rn. 12 ff.

303 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214 ff.

304 Däubler, in: Benner (Fn. 54), S. 243, 262 ff.

305 Dazu eingehend Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 633a ff.

Formen der Auflösung eines Rechtsverhältnisses erfasst. Ihn zu schaffen, ist quasi unmöglich, weil man die Vertragspartner auf der Marktgegenseite nicht verpflichten kann, einmal etablierte vertragliche Beziehungen nur noch aus triftigen Gründen aufzulösen oder nicht fortzusetzen. Bestimmte Gruppen von Selbständigen wie die freien Berufe oder die Bauern haben es erreicht, Mindestentgelte für ihre Dienstleistungen bzw. ihre Produkte durchzusetzen, die im Regelfall eine auskömmliche Existenz sichern sollen. Eine neue und überdies durchaus heterogene Gruppe wie die Crowdworker ist recht weit davon entfernt, für sich einen vergleichbaren Schutz zu erreichen.

## VIII. Grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen

### 1. Probleme Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Geschäftsbedingungen ausländischer Plattformen enthalten häufig Bestimmungen, die sich schwerlich mit den bei uns herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbaren lassen. Als wichtigste Beispiele seien genannt:<sup>306</sup>

- Die Plattform behält sich das Recht vor, die Leistung zurückzuweisen (und nicht zu bezahlen), ohne dafür einen Grund angeben zu müssen.
- Bezahlt wird nur die Leistung, die als die beste gesucht wurde. Alle anderen Einsender gehen wie bei einem Preisausschreiben leer aus. Dies hat dann gravierende Folgen, wenn der Crowdworker von seinem Erwerb leben muss oder wenn sehr viel Arbeitszeit aufgewandt werden musste.
- Auch wenn der Crowdworker mit seiner Leistung nicht zum Zuge kommt und kein Entgelt erhält, gehen seine Urheber- und Designrechte an dem eingesandten Produkt automatisch auf die Plattform über.
- Entspricht die Leistung nicht den Erwartungen, soll sie aber dennoch Verwendung finden, so kann die Plattform Nachbesserung verlangen. Hierfür ist eine Höchstfrist von drei Tagen vorgesehen, was bei komplizierteren Aufgaben nicht einhaltbar ist.
- Jede Kontaktaufnahme mit einem Crowdworker, der für eine andere Plattform tätig ist, wird untersagt. Geht die Initiative von einem solchen aus, muss dies sofort dem eigenen Plattformbetreiber gemeldet werden.

Die Frage einer gerichtlichen Korrektur stellt sich insbesondere bei solchen Bestimmungen, die typischerweise von ausländischen Plattformen verwandt werden, doch kann es auch unter deutschen Plattformen »schwarze Schafe« geben. Die an anderer Stelle erfolgte inhaltliche Auseinandersetzung<sup>307</sup> soll hier nicht wiederholt werden, doch stellt sich bei grenzüberschreitendem Crowdfunding die Frage, inwieweit überhaupt deutsches Recht anwendbar ist und deutsche Gerichte entscheiden können. Dabei soll ausschließlich der Fall untersucht werden, dass die Arbeitsleistung in Deutschland erbracht wird.

### 2. Das anwendbare Recht

Welches Recht auf die Beziehung Crowdworker – ausländische Plattform (oder ausländisches Unternehmen) anzuwenden ist, hängt entscheidend davon ab, welchen Status der Crowdworker hat. Für Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen gelten insoweit andere Regeln als für Selbständige. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Plattformen wie auch Unternehmen in ihren AGB so gut wie immer eine Rechtswahl treffen: Bei »Amazon Mechanical Turk« wird das Recht von Massachusetts, beim australischen »Freelancer.com« das Recht von New South Wales vereinbart. Die stärkere Seite wählt die Rechtsordnung, die ihr vertraut ist und mit der sie am besten umgehen kann; außerdem kommt es darauf an, ob sie den Interessen der Plattform genügend Raum gibt.

Rechtswahlklauseln sind grundsätzlich zulässig, haben aber eine unterschiedliche Reichweite.

Bei Arbeitnehmern bleiben nach Art. 8 Abs. 1 Rom I-Verordnung trotz der Wahl eines fremden Rechts die zwingenden Vorschriften des Landes, in dem sich der gewöhnliche Arbeitsort befindet, weiterhin anwendbar. Arbeitet ein angestellter Crowdworker in Deutschland, findet das gesamte zwingende deutsche Arbeitsrecht einschließlich des KSchG, des EFZG und des BetrVG weiterhin Anwendung. Diese inhaltliche Beschränkung der Rechtswahl gilt auch für arbeitnehmerähnliche Personen, weil sie in vergleichbarer Weise wie Arbeitnehmer schutzbedürftig sind.<sup>308</sup> Fehlt ausnahmsweise eine Rechtswahl, gilt nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO das

<sup>306</sup> Eingehende Darstellung und rechtliche Würdigung bei Däubler, in: Benner (Fn. 54), S. 243, 248 ff.

<sup>307</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1037 f.; Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 448a ff.

<sup>308</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 4 Rn. 46 mit eingehenden Nachweisen.

Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts. Bei einer in Deutschland erbrachten Arbeit findet also deutsches Recht einschließlich seiner dispositiven Teile Anwendung.

Wird der Crowdworker wie ein selbständiger Unternehmer tätig, so sind nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO Absprachen über das anwendbare Recht in vollem Umfang, dh. ohne die Einschränkung in Bezug auf zwingende Normen zulässig. Es gilt dann ausschließlich australisches, US-amerikanisches oder britisches Recht, und dies auch in Bezug auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Fehlt eine solche Abmachung oder ist sie aus irgendwelchen Gründen unwirksam, so greift Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO ein. Da es sich bei den Tätigkeiten der Crowdworker um »Dienstleistungsverträge« handelt, gilt das Recht des Staates, in dem der die Dienste Erbringende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dabei wird der Begriff »Dienstleistungen« dem unionsrechtlichen Sprachgebrauch entsprechend weit interpretiert, sodass jede Form von Tätigkeiten erfasst ist, auch solche, die nicht unter den »Dienstvertrag« nach §§ 611 ff. BGB fallen.<sup>309</sup> Bei einem in Deutschland tätigen Crowdworker käme daher deutsches Recht zur Anwendung,<sup>310</sup> doch dürfte das Fehlen einer Rechtswahlklausel in der Praxis die absolute Ausnahme sein.

Sind Crowdworker zwar selbständig tätig, sind sie aber nur »gelegentlich« in diesem Bereich aktiv und entfalten kein planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Verhalten, so sind sie keine selbständigen Unternehmer nach § 14 BGB, sondern Verbraucher nach § 13 BGB.<sup>311</sup> Dies führt nicht nur zu einer stärkeren AGB-Kontrolle bei innerstaatlichen Sachverhalten, sondern hat auch kollisionsrechtliche Folgen: Gegenüber Verbrauchern hat die Rechtswahl ähnlich wie bei Arbeitnehmern insofern nur beschränkte Wirkung, als nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO die zwingenden Vorschriften des Verbraucherschutzes unberührt bleiben. Dazu gehören beispielsweise die gesamte AGB-Kontrolle sowie die Grundsätze, die das BVerfG zum Schutz der schwächeren Vertragspartei entwickelt hat. Der nur gelegentlich als Crowdworker Tätige ist also stärker geschützt als derjenige, der von dieser Art Arbeit leben muss – ein seltsam anmutendes, aber nach geltendem Recht nicht zu vermeidendes Ergebnis.

### 3. Ausnahmen: Eingriffsnormen und ordre public

Ist kraft Rechtswahl ausländisches Recht anwendbar, so stellt sich bei Selbständigen die Frage, ob einzelne Vorschriften

des deutschen Rechts als sogenannte Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO dennoch Anwendung finden können. Nach der dort gegebenen Definition muss es sich um zwingende Vorschriften handeln, »deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie [...] auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen«. Ob dies für bestimmte Normen oder Normengruppen gilt, ist manchmal ausdrücklich festgelegt, sonst im Wege der Auslegung zu ermitteln. Bei den hier anwendbaren Vorschriften ist zu differenzieren.

Die §§ 305 ff. BGB sind Teil des deutschen Vertragsrechts. Sie wollen die schwächere Seite schützen und so einen Ausgleich zwischen Privaten schaffen. Das in Art. 9 Rom I-VO vorausgesetzte öffentliche Interesse an der Beachtung und Durchsetzung der Vorschriften ist nicht eindeutig erkennbar: Weder die Entstehungsgeschichte noch die heutige Praxis enthalten Anhaltspunkte dafür, dass die Vorschriften ihres Inhalts wegen auch gegenüber einem an sich anwendbaren ausländischen Vertragsrecht durchgesetzt werden müssten. Eine abweichende Beurteilung liegt jedoch für die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Vertragskontrolle nahe, ohne dass man sich insoweit allerdings auf einschlägige Gerichtsentscheidungen berufen könnte: Der dort formulierte Schutz der schwächeren Seite ist ein sozialstaatliches Strukturprinzip unserer Gesellschaft. Er ist von wesentlicher Bedeutung für die soziale und wirtschaftliche Organisation unseres Gemeinwesens und bringt damit ein öffentliches Interesse zum Ausdruck. Dies spricht für einen »absoluten« Geltungsanspruch, soweit die zu beurteilenden Vorgänge einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen,<sup>312</sup> was bei einer Arbeit in Deutschland immer der Fall ist. Soweit Urheber nach den §§ 32, 32a UrhG ein angemessenes Entgelt verlangen können, ist dies nach § 32b UrhG ausdrücklich als Eingriffsnorm ausgestaltet worden, die sich auch gegen ausländisches Vertragsrecht durchsetzt.

309 Thorn, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Palandt), Art. 4 Rom I-VO Rn. 8 mwN.

310 Ebenso Hötte, MMR 2014, 795, 796.

311 Einzelheiten bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht (Fn. 7), Rn. 448e.

312 Zum notwendigen Inlandsbezug BAG, 12.12.2001 – 5 AZR 255/00 – AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB nF. Rn. 40; Deinert, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 308), § 10 Rn. 40.

Führt die Anwendung ausländischen Rechts zu »untragbaren« Ergebnissen und greift auch keine Eingriffsnorm ein, so muss die fragliche ausländische Vorschrift nach Art. 21 Rom I-VO außer Anwendung bleiben. Dabei handelt es sich allerdings um Extremfälle; sie im Einzelnen herauszuarbeiten, wird Aufgabe der Gerichte sein. Könnte ein in Deutschland für eine ausländische Plattform tätiger Crowdworker trotz intensiver Arbeit nicht mehr als 2 US-\$ pro Stunde verdienen, wäre ein solcher Fall voraussichtlich gegeben.

#### 4. Gerichtliche Zuständigkeit

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

Arbeitnehmer können dort klagen, wo sie gewöhnlich ihre Arbeit verrichten. Hat der Arbeitgeber seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU, ergibt sich dies aus Art. 21 Abs. 1 lit. b Nr. i VO (EU) Nr. 1215/2012.<sup>313</sup> In Bezug auf Arbeitgeber aus Drittstaaten folgt dasselbe Ergebnis aus Art. 21 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012, der auf Art. 21 Abs. 1 lit. b verweist. Diese Grundsätze sind auf arbeitnehmerähnliche Personen zu übertragen; insoweit gibt auch hier das vergleichbare Schutzbedürfnis den Ausschlag.<sup>314</sup>

Ist der Crowdworker Verbraucher, stellt er sich ebenfalls gut: Nach Art. 18 Abs. 1 der VO (EU) Nr. 1215/2012 kann er bei dem Gericht klagen, in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz hat (sog. Verbrauchergerichtsstand).

Ist der Crowdworker als (reiner) Selbständiger tätig, kommen die eben genannten Sonderregeln nicht zur Anwendung. Hat der Auftraggeber seinen Sitz in einem andern EU-Mitgliedstaat, so muss er im Regelfall dort verklagt werden. Befindet er sich in einem Drittstaat, verweist Art. 6 Abs. 1 der VO (EU) Nr. 1215/2012 auf das jeweilige nationale Recht. Dies hat zur Folge, dass jedenfalls nach § 29 ZPO (Gerichtsstand des Erfüllungsorts) auch deutsche Gerichte angerufen werden können, weil die Arbeit in Deutschland erbracht wird.

Ein für die schwächere Seite günstiger Gerichtsstand ist wenig wert, wenn in den AGB ein anderes Gericht für zuständig erklärt werden kann, das für die stärkere Seite unschwer erreichbar ist. Im Verhältnis zu Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und Verbrauchern ist eine solche Gerichtsstandsvereinbarung nur für einen schon entstandenen Streit, nicht aber für künftige Auseinandersetzungen möglich (Art. 19 Nr. 1 und Art. 23 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1215/2012). Dies bedeutet, dass sie im Regelfall ausscheidet.

Anders ist die Situation, wenn der Crowdworker als (reiner) Selbständiger zu behandeln ist: Nach Art. 25 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1215/2012 können in einem solchen Fall jederzeit Gerichtsstandsvereinbarungen geschlossen werden, soweit dadurch ein Gericht in einem anderen Mitgliedstaat für zuständig erklärt wird. Dies kann den Crowdworker erheblich benachteiligen, da es auch für rechtskundige Personen schwierig ist, einen Prozess in Großbritannien, in Litauen oder in Griechenland zu führen. Allerdings steht diese Regelung unter dem Vorbehalt, dass die Vereinbarung nach dem Recht des gewählten Mitgliedstaats nicht »materiell nichtig« sein darf. Dies ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>315</sup> die sog. Klauselrichtlinie<sup>316</sup> (die benachteiligende AGB-Klauseln verbietet) auch auf Gerichtsstandsvereinbarungen erstreckt wird. Auch sie dürfen die schwächere Seite nicht unangemessen benachteiligen. Zwar betrifft die Richtlinie nur Verbraucherverträge und ist deshalb nicht unmittelbar einschlägig, doch ist jeweils zu prüfen, inwieweit – ähnlich wie in § 310 Abs. 1 BGB – auch Formularverträge zwischen Selbständigen wegen unangemessener Benachteiligung der schwächeren Seite für unwirksam erklärt werden können.

Eine Klage vor deutschen Gerichten ist nicht nur deshalb erstrebenswert, weil sie für einen hier arbeitenden Crowdworker leichter erreichbar sind. Nur bei ihnen besteht eine realistische Möglichkeit, dass auch deutsche Eingriffsnormen und der Ordre-public-Vorbehalt zur Geltung kommen. Weiter wenden Gerichte immer das für sie geltende Verfahrensrecht an; auch wenn der umstrittene Vertrag nach US-Recht zu behandeln ist, entscheidet das Landgericht nach den Regeln der ZPO. Zum Verfahrensrecht gehört aber auch das Unterlassungsklagengesetz,<sup>317</sup> wonach insbesondere Ver-

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

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

314 Ebenso für die Vorgängervorschriften der Art. 18–21 der VO (EG) Nr. 44/2001, ABl. 2001, L 12/1 Däubler, NZA 2003, 1297, 1302 mwN.

315 EuGH, 27.6.2000 – C-240/98 ua. – Slg. 2000, I-4941 (Océano).

316 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993, L 95/29.

317 In der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002, BGBl. I, S. 3422, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2014, BGBl. I, S. 1218.

braucherverbände gegen unzulässige Bestimmungen in AGBs vorgehen können. Haben sie in einem gerichtlichen Verfahren Erfolg, wird der Verwender von AGBs verurteilt, bestimmte Klauseln nicht mehr zu verwenden; auf ihre Unwirksamkeit in bereits abgeschlossenen Verträgen kann sich jeder Betroffene berufen. Dies könnte für Crowdworker von erheblicher praktischer Bedeutung sein – allerdings nur dann, wenn sie keine Arbeitnehmer sind, weil § 15 UKlaG das Arbeitsrecht aus seinem Anwendungsbereich ausdrücklich ausnimmt. In Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen ist jedoch eine Klage nach dem UKlaG jederzeit möglich.<sup>318</sup>

## IX. Digitalisierung und kollektive Interessenvertretung

### 1. Der Betriebsrat als Begleiter der Digitalisierung

Digitalisierung ist ein Prozess, der sich mal kontinuierlich, mal in deutlich sichtbaren »Sprüngen« vollzieht. Die in den bestehenden betrieblichen Einheiten existierenden Betriebsräte haben Informationsrechte nach § 80 Abs. 2 BetrVG; im Regelfall werden auch die Voraussetzungen des § 90 Abs. 1 BetrVG erfüllt sein, so dass der Betriebsrat »rechtzeitig« (also bevor eine Entscheidung gefallen ist) und unter Vorlage der »erforderlichen Unterlagen« zu unterrichten ist.<sup>319</sup> Daran schließt sich ein eingehender Meinungs austausch nach § 90 Abs. 2 BetrVG an. Der Arbeitgeber ist überdies gut beraten, den Betriebsrat in Modernisierungsprozesse einzubeziehen, da dies die Akzeptanz veränderter Technik nur fördern kann. Geheimniskrämerei würde dagegen Ängste produzieren, die nicht nur irrationales Verhalten fördern, sondern auch dazu führen können, dass Leistungsträger einen Arbeitsplatzwechsel ins Auge fassen. Soweit von der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden oder einer grundlegenden Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen die Rede sein kann, ist nach auch hier gebotener umfassender Information über einen Interessenausgleich zu verhandeln und bei möglichen wirtschaftlichen Nachteilen ein Sozialplan abzuschließen. Werden Aufgaben in die »Crowd« verlagert und wird deshalb der Betrieb eingeschränkt, treten dieselben Rechtsfolgen ein.<sup>320</sup>

Die Rechtsprechung des BAG, wonach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kein Initiativrecht des Betriebsrats umfasst,<sup>321</sup> stößt in der Praxis auf immer mehr Bedenken, weil die Zeiterfassung angesichts mobiler und häuslicher Arbeit immer

schwieriger wird und das Festhalten der Nutzungszeiten von digitalen Geräten zumindest näherungsweise Erkenntnisse über die Dauer der Arbeitszeit bringen würde. Rechtsprechung und Literatur sind sehr uneinheitlich; verschiedene LAGs haben dem BAG die Gefolgschaft versagt.<sup>322</sup> Angesichts der Technisierung aller Arbeitsvorgänge hat die These des BAG, Überwachungstechnik sei ein besonders weitgehender Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, erheblich an Überzeugungskraft verloren: Es wäre Zeit, die Rechtsprechung zu revidieren, zumal eine Trennung in Mitbestimmungs- und Initiativrecht zwar in § 95 BetrVG sowie im BPersVG ausdrücklich angeordnet ist, im Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG jedoch in keiner Weise angedeutet ist.

### 2. Neue betriebliche Strukturen

Die Digitalisierung wird nach verbreiteter Einschätzung nicht nur die Arbeitsformen ändern, sondern auch zu neuen Entscheidungsstrukturen führen. Statt in festen und leicht abgrenzbaren Einheiten erfolgt Wertschöpfung mit Hilfe von flexiblen Projektgruppen, die nicht auf Dauer berechnet sind und die sich nicht an den bisherigen Betriebs- und Unternehmensgrenzen orientieren. Entscheidungen werden dezentral getroffen; die Hierarchie wird partiell durch marktförmige Prozesse abgelöst.<sup>323</sup> Die gesetzliche Betriebsverfassung hat solche Strukturen nicht im Blick.<sup>324</sup> Eine gesetzliche Änderung empfiehlt sich nicht, da es auch noch in zehn oder fünfzehn Jahren zahlreiche »Normalbetriebe« geben wird. Möglich sind aber tarifvertragliche Abmachungen insbesondere nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, die unternehmensübergreifenden Charakter haben können. Hierzu werden zu gegebener Zeit konkrete Vorschläge auszuarbeiten sein.

Im Bereich der Crowdwork ist die Bildung von Betriebsräten bei Plattformen zu diskutieren, soweit Crowdworker

318 Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB, 4. Aufl., München 2014, Einl. Rn. 185; Palandt-Bassenge (Fn. 309), § 15 UKlaG Rn. 3.

319 Näher Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1040.

320 DKKW-Däubler (Fn. 68), § 111 Rn. 111a.

321 BAG, 4.7.1989 – 3 AZR 756/87 – DB 1989, 2542.

322 Nachweise bei DKKW-Klebe (Fn. 68), § 87 Rn. 166.

323 Krause, 71. DJT (Fn. 4), S. B90; in diese Richtung bereits Wolmerath, FS Däubler, 1999, S. 717 ff.

324 Zum zeitlich begrenzten Betrieb, der aber noch alle übrigen Betriebsmerkmale einschließlich eines Leitungsapparats erfüllen muss, S. die Nachweise bei DKKW-Däubler (Fn. 68), § 111 Rn. 135.

als Arbeitnehmer beschäftigt werden oder das BetrVG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt wird. Bei Geschäftsmodellen wie denen der Firma Uber könnte die Arbeitnehmereigenschaft der Fahrer möglicherweise am schnellsten dadurch geklärt werden dass eine Betriebsratswahl eingeleitet und in dem dann abzusehenden Gerichtsverfahren geklärt wird, ob es sich in der Tat um Arbeitnehmer handelt.<sup>325</sup>

### 3. Tarifverträge und Streiks

Das Mittel des Tarifvertrags lässt sich zum einen einsetzen als traditionelles Instrument, mit dessen Hilfe Rationalisierungsprozesse abgedeckt oder die Auslagerung bestimmter Funktionen für eine gewisse Zeit verboten oder von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht wird.<sup>326</sup> Zum Zweiten kann es darum gehen, mit Hilfe einer Tarifaufeinanderetzung den Arbeitnehmerstatus anerkannt zu bekommen, der zuvor von der Gegenseite bestritten wurde.<sup>327</sup> Schließlich kann man versuchen, die personelle Reichweite der Tarifmacht auf Personengruppen auszudehnen, die sich wie viele Soloselbständige in einer wirtschaftlich vergleichbaren Situation wie (schlecht bezahlte) Arbeitnehmer befinden.<sup>328</sup> Im Rahmen der Plattformökonomie muss man allerdings in Rechnung stellen, dass Personen in isolierter Arbeitsorganisation nur sehr schwer für gemeinsame Aktionen zu motivieren sind, die auch heute noch elementare Grundlage jeder erfolgreichen Tarifpolitik sind.<sup>329</sup> Bisweilen kann es daher sinnvoll sein, wenn eine Gewerkschaft mit dem Verband der Plattformbetreiber über einen Verhaltenskodex verhandelt, der besonders belastende Klauseln in AGB ausschließen würde. Der Sache nach wäre dies eine Art Vorform eines Tarifvertrags.

### 4. Sonstige Formen der Interessenvertretung

Im Bereich der Crowdwork sind verschiedene Überlegungen angestellt worden, wie man gemeinsame Handlungsfähigkeit und damit die Möglichkeit zur Mitentscheidung über die eigenen Arbeitsbedingungen gewinnen könnte.<sup>330</sup>

- Ein Mittel besteht darin, besonders unsoziale Anbieter als solche zu brandmarken und anderen zu empfehlen, mit ihnen keine Verträge mehr abzuschließen. Ein Vorbild dafür könnte die Tagelöhnergewerkschaft in Kalifornien sein, die über ein Netz von Vertrauensleuten verfügt, die jedem Mitglied sagen, wer ein ordentlicher Arbeitgeber

ist und von wem man besser die Finger lassen sollte. Dasselbe lässt sich auch über eine eigene Internet-Plattform bewerkstelligen: So gibt es etwa in den USA »Turkopticon«, wo alle Crowdworker, die für »Amazon Mechanical Turk« arbeiten oder gearbeitet haben, ihre Erfahrungen anderen mitteilen können. Die IG Metall verfolgt mit ihrem Auftritt unter [www.faircrowdwork.org](http://www.faircrowdwork.org) vergleichbare Ziele. Wird die schlechte Behandlung von Beschäftigten auf diese Weise publik, kann sich dies in einem Umsatzrückgang niederschlagen.<sup>331</sup>

- Über diese gewissermaßen firmeninterne Form des Widerstands geht die unmittelbare Mobilisierung der Öffentlichkeit hinaus, wie sie etwa bei Schlecker stattgefunden hat. Je stärker ein Unternehmen vom Ansehen bei einer Vielzahl von Kunden abhängig ist, umso empfindlicher wird es auf Kritik reagieren, weil sich diese negativ auf den Absatz auswirken kann.<sup>332</sup> Missstände werden uU. schon dann beseitigt, wenn eine Veröffentlichung lediglich droht.
- Gut organisierte Gruppen haben mittlerweile auch schon Störpotential im Internet entwickelt. Dies gilt etwa für massenhaft produzierte Spam-Mails, die einen Server vorübergehend lahm legen (ohne ihn zu beschädigen oder Daten zu vernichten), aber auch für das Beispiel der IBM-Beschäftigten in Italien: Sie gingen auf die Plattform »Second Life«, wo man sich einen Avatar, eine künstliche Zweitexistenz, zulegen kann. Da sich viele beteiligten, gelang es, die Tarifverhandlungen nachzuspielen und bei dieser Gelegenheit auch die Sprengung einer Vorstandssitzung zu simulieren. Das beeindruckte die Gegenseite so nachhaltig, dass sie auf die beabsichtigten Lohnreduzierungen verzichtete.<sup>333</sup>

325 Zur Problematik S. oben VII.2. Praktische Bedeutung gewinnt dies erst, wenn Uber sein Geschäftsmodell an das PBefG anpasst und deshalb effektiv Fahrdienste erbringen darf.

326 Heuschmid/Klebe, FS Kohte (im Erscheinen).

327 Von einem Streik von Uber-Fahrern in den USA berichten Heuschmid/Klebe, FS Kohte (im Erscheinen).

328 Deinert, Soloselbstständige (Fn. 301), Rn. 152 ff.

329 Heuschmid/Klebe, FS Kohte (im Erscheinen).

330 Hierzu und zum Folgenden Däubler, in: Benner (Fn. 54), S. 243, 268 ff.

331 Zu »Turkopticon« im Einzelnen Irani/Silberman, in: Benner (Fn. 54), S. 131 ff.

332 Zum Fall Huawei in China S. Däubler, in: Benner (Fn. 54), S. 243, 271.

333 Weitere Beispiele aus Deutschland bei Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen, HSI-Schriftenreihe Bd. 1, Frankfurt aM. 2012, S. 37 f.

## X. Fazit

Die Digitalisierung verändert die bestehenden Arbeitsplätze, schafft aber gleichzeitig auch neue Arbeitsformen, die möglicherweise nicht unter arbeitsrechtliche Kategorien passen.

Was den ersten Bereich betrifft, so verschwimmt die Grenze zwischen Arbeit und Freizeit, zwischen Arbeitsstätte und Wohnung immer mehr. Für viele Arbeitnehmer ist dies nicht nur eine reine Verlagerung von Arbeitszeit; vielmehr ist die »Freizeitarbeit« einem höheren Arbeitspensum geschuldet. Arbeitszeitrecht und Urlaubsrecht ziehen dem weiterhin Grenzen, die jedoch nicht immer beachtet werden. Sie können allenfalls dann zur Disposition stehen, wenn es verlässliche Mechanismen wie ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gibt, die eine Überforderung des Einzelnen ausschließen. Das Arbeitsschutzrecht muss

in vollem Umfang auf die häusliche und die mobile Arbeit erstreckt werden. Der Datenschutz steht aufgrund der wachsenden Bedeutung der Arbeit im Internet vor neuen Herausforderungen, denen auch die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung nicht gerecht wird.

Im zweiten Bereich lassen sich Geschäftsmodelle wie das der Firma Uber noch ins Arbeitsrecht integrieren, doch ist dies bei Crowdwork nur teilweise möglich. Insofern sollte der Arbeitnehmerbegriff an die veränderte »Umwelt« angepasst werden. Auch muss die Diskussion die grenzüberschreitende Dimension einbeziehen, weil Arbeit unschwer auch für ausländische Plattformen geleistet werden kann. Die kollektive Interessenvertretung durch Betriebsräte und Gewerkschaften hat gleichfalls Anpassungsbedarf; Erfahrungen in den USA und weitergehende Vorschläge und Ideen bedürfen der Diskussion.