

# 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

**HSI**  
Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

## Abhandlungen

**BAG: Crowdwork ante portas! Von persönlicher Abhängigkeit  
in der digitalen Arbeitswelt**

*Johanna Wenckebach* ..... Seite **165**

**Working 9 to 5 – Überholte Realität? Drei Möglichkeiten der Arbeitszeit-  
flexibilisierung gemessen an der (jüngsten) EuGH-Rechtsprechung**

*Marta J. Glowacka* ..... Seite **176**

**NS-Zwangsarbeit und Entschädigung – Der Beitrag des Arbeits-  
und Sozialrechts**

*Hermann Unterhinninghofen* ..... Seite **188**

# Pandemie und Arbeitsrecht



Däubler

## Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Krise

Rechte und Pflichten im Ausnahmezustand

2020. 156 Seiten, kartoniert

€ 29,90

ISBN 978-3-7663-7050-1

[www.bund-verlag.de/7050](http://www.bund-verlag.de/7050)

Die Corona-Pandemie ist auch für Betriebsräte und deren Berater eine Ausnahme-situation. Es stellen sich viele neue arbeitsrechtliche Fragen. Wolfgang Däubler geht auf alle kritischen Punkte ein, denen sich Betriebsratsgremien jetzt stellen müssen. Er gibt Hilfestellungen und zeigt pragmatische Lösungsansätze für komplexe Sachverhalte.

### Die Kerninhalte

- > Vorsorgemaßnahmen im Betrieb
- > Arbeit im Homeoffice
- > Corona-Erkrankung eines Beschäftigten
- > Arbeitsmangel und Kurzarbeit
- > Unversorgte Kinder
- > Betriebsratsbeschlüsse per Telefon- und Videokonferenz
- > Betriebe mit besonders großem Arbeitskräftebedarf

75 Fragen und Antworten zur Betriebsratsarbeit und zu individualarbeitsrechtlichen Themen in der Corona-Krise ergänzen die Darstellung. Dazu gibt es ein Interview zum Datenschutz und Vorlagen für Betriebsvereinbarungen zu Kurzarbeit, Pandemie und Homeoffice.

### Soziales Recht

5/2020

ISSN 2193-5157

Oktober 2020, 10. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: [sekretariat.deinert@](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

[jura.uni-goettingen.de](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 069/79 50 10-602

[thorsten.kauf@bund-verlag.de](mailto:thorsten.kauf@bund-verlag.de)

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge, Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

# BAG: Crowdwork ante portas! Von persönlicher Abhängigkeit in der digitalen Arbeitswelt

Dr. Johanna Wenckebach, Leiterin Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

Die Plattformökonomie beschäftigt Wissenschaft, Politik und Gewerkschaften – und demnächst auch das BAG. Nachdem sich ArbG und LAG München<sup>1</sup> mit dem Präzedenzfall eines Crowdworkers befasst haben, wird nun dem BAG erstmalig die Frage vorgelegt, ob der Kläger ein Arbeitnehmer ist. Im Zentrum steht dabei die weit über diesen Fall hinaus relevante Frage: Begründet die Nutzung einer App, die kleine Arbeitsaufträge an eine »Crowd« – eine Menschenmenge – vergibt, ein Arbeitsverhältnis? Die Debatte darum, inwieweit das bestehende Arbeitsrecht in der Lage ist, die neuen Formen der Abhängigkeit in der digitalisierten Arbeitswelt zu erfassen, die insbesondere die Plattformarbeit schafft, erreicht damit die nächste Stufe. Und dies vor dem Hintergrund dessen, was die Corona-Krise über die Bedrohlichkeit von Schutzlücken Soloselbstständiger und die Arbeitsmarkteffekte der sogenannten »Gig Economy« aber auch zur »Systemrelevanz« dieser Jobs offenbart hat.

Im Folgenden geht es um die Besonderheiten von Arbeit in der Plattformökonomie und am Beispiel des beim BAG anhängigen Falls um die Frage, ob das geltende Recht neue Formen der Abhängigkeit ausreichend zu erfassen vermag.

## I. Was wissen wir über Plattformarbeit?

Die Plattformökonomie gehört zu den weltweit greifenden Veränderungen der Arbeitswelt, die Globalisierung und Digitalisierung mit sich bringen.<sup>2</sup> Ihre Entstehung ist eng verwoben mit der des Internets und den dadurch geschaffenen Möglichkeiten des Outsourcings über Landesgrenzen hinweg.<sup>3</sup> Zu den Feldern der Plattformökonomie gehört zB. der Verkauf von Waren über Handelsplattformen wie *Amazon* oder *Ebay*, aber auch die Erwerbsarbeit.<sup>4</sup> Digitale Technik ermöglicht es dabei, Arbeitsabläufe zu automatisieren und in kleine Teile aufzuteilen, um sie als einzelne Aufträge über das Internet – teilweise weltweit – zu vergeben.

Bei der Plattformarbeit besteht eine mit der Leiharbeit vergleichbare Dreiecksbeziehung zwischen drei Akteuren: erstens die Plattform, zweitens deren Kunden – *Crowdsourcer* genannt – und drittens Arbeitskräfte in einer »Crowd«, also eine Vielzahl potenzieller Ausführer. Die Plattform nimmt Arbeitsaufträge der *Crowdsourcer* entgegen und vergibt an die bereitstehenden Registrierten in der Crowd.

Plattformen, die Dienstleistungen anbieten, können in zwei Bereiche eingeteilt werden: jene, die ortsgebundene Tätigkeiten vergeben, wie Reinigungsarbeiten oder Betreuung (zB. *Helping* oder *Betreut.de*) oder Transportleistungen (zB. *Uber*) sowie Lieferdienste (zB. *Lieferando*). In diesen Bereichen gibt es offenbar die meisten Beschäftigten.<sup>5</sup> Dann gibt es aber auch Tätigkeiten, die im virtuellen Raum stattfinden und keine physische Anwesenheit der Plattformbeschäftigten an einem bestimmten Ort voraussetzen. So werden etwa Designaufträge vergeben, Übersetzungen, es werden sog. *Microtasks* wie Internetrecherchen, aber auch komplexe Tätigkeiten im Bereich der Innovationsentwicklung ausgeschrieben. Entsprechende Plattformen wie *Amazon Mechanical Turk*, *CrowdFlower* oder *Upwork* haben in den USA bereits teilweise mehrere Millionen registrierte Crowdworker.<sup>6</sup> Auf deutschen Plattformen wie *Crowd Guru*, *jovoto* oder *Clickworker* waren 2017 jeweils bereits mehrere zehntausend oder hunderttausend Auftragnehmer registriert.<sup>7</sup>

1 LAG München, 4.12.2019 – 8 Sa 146/19 – AuR 2020, 43; Vorinstanz: ArbG München, 20.2.2019 – 19 Ca 6915/18 – juris; anhängig BAG – 9 AZR 102/20.

2 Grundlegend *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff.

3 *Graham/Lehdonvirta/Wood/Barnard/Hjorth/Simon*, The Risks and Rewards of Online Gig Work At The Global Margins, Oxford 2017, abrufbar unter: <https://www.oii.ox.ac.uk/publications/gigwork.pdf> (29.5.2020).

4 Ausführliche Einordnung *Schönefeld/Hensel*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Hrsg.), *Selbstständige Unselbstständigkeit*, Baden-Baden 2019, S. 11.

5 Fairwork, *Fairwork Germany Ratings 2020: Arbeitsstandards in der Plattformökonomie*, Berlin/Oxford 2020, S. 7.

6 *Gerber/Krzywdzinski*, WZB-Mitteilungen, Nr. 155, S. 6.

7 Ebd.

Zudem wird auch hierzulande »internes Crowdwork« praktiziert, bei dem innerhalb eines Unternehmens nach dem Plattformprinzip Arbeitsaufträge an Beschäftigte »ausgeschrieben« werden. Dabei stellt sich freilich nicht die Frage nach dem Status der Beschäftigten<sup>8</sup>, um die es hier geht; arbeitsrechtliche Konzepte geraten aber durchaus auch in diesem Bereich an ihre Grenzen.<sup>9</sup>

Die empirische Forschung zu Crowdwork steht erst am Anfang.<sup>10</sup> Die Zahl der über Plattformen Beschäftigten sowie der agierenden Plattformen nimmt auch in Deutschland stetig zu. Es gibt keine umfassenden Daten zur Zahl der Plattformbeschäftigten in Deutschland, Schätzungen gehen von 500.000 bis zu 1,6 Mio. aus, je nach Zählweise.<sup>11</sup> Dabei sind die Motive zur Übernahme, Einkommenssituation und Stundenumfang sehr unterschiedlich, dasselbe gilt für die erforderlichen Qualifikationen und den Anspruch der vergebenen Tätigkeiten.<sup>12</sup> So gibt es einen großen Bereich von Beschäftigten, die Crowdwork als Hinzuverdienst nutzen. »Zum Spaß«. Gleichzeitig werden auch qualitativ sehr anspruchsvolle Aufgaben an entsprechend Hochqualifizierte vergeben und es gibt Crowdworker, die ihren Lebensunterhalt aus den Einnahmen über die Plattform bestreiten. Klar ist, dass Crowdwork auch in Deutschland nicht etwa ein Randphänomen ist, sondern von zahlreichen etablierten Unternehmen genutzt wird, insbesondere auch in der Industrie.<sup>13</sup>

Die Gewerkschaften sind im Bereich der Crowdwork dementsprechend längst aktiv geworden. Die IG Metall und andere europäische Gewerkschaften betreiben gemeinsam die Plattform *faircrowdwork.de*, ver.di berät Soloselbstständige<sup>14</sup> und die NGG organisiert die Essenslieferanten.<sup>15</sup> Der Europäische Gewerkschaftsbund ETUC hat 2019 eine Studie zu neuen gewerkschaftlichen Strategien vorgelegt mit dem erklärten Ziel, Arbeitsrecht auch für neue Formen der Arbeit zur Anwendung zu bringen.<sup>16</sup> Dabei wird deutlich, dass sowohl die Praktiken der Plattformen als auch die damit einhergehenden arbeits- und sozialrechtlichen Herausforderungen in vielen Mitgliedsstaaten vergleichbar sind.<sup>17</sup>

Was die wirtschaftliche Bedeutung der Plattformökonomie angeht, so handelt es sich um ein globales Thema. Weltweit wird von 50 Mio. Plattformbeschäftigten ausgegangen.<sup>18</sup> Vor allem im globalen Süden steigen die Zahlen insbesondere von Clickwork rasant.<sup>19</sup> Aber auch beim Blick in die USA zeigen sich ganz andere Dimensionen als hierzulande: 2018 waren 36 % der Beschäftigten in den USA mit einem Erst- oder Zweitjob in der Gig Economy beschäftigt.<sup>20</sup>

Crowdwork kann aber kaum für ein Phänomen gehalten werden, das eine Randerscheinung des deutschen Arbeitsmarktes bleibt. Die Bedarfe für die angebotenen Transport- und Essenslieferdienste sind aus der Gesellschaft bereits jetzt nicht mehr hinweg zu denken. Auch für neue Mobilitätsdienste gibt es insbesondere in den Städten ohne Zweifel einen Markt. Und es ist zu erwarten, dass weitere Formen der Plattformarbeit, etwa Lebensmittellieferdienste, dem amerikanischen und chinesischen Trend entsprechend auch hier zunehmen werden. Allein in New York waren bereits 2012 etwa 50.000 Menschen prekär Beschäftigte in zahlreichen Unternehmen des Marktes der Essenslieferdienste, jährlich kämpfen weitere Wettbewerber um den Markt. In China hat nur die größte Plattform der Lieferdienste 3 Mio. registrierte Auslieferer.<sup>21</sup> In Deutschland haben während der Corona-Pandemie Online-Lieferdienste von *Rewe* und *Getnow* bis zu *Amazon Fresh* Wachstumsraten von bis zu 500 % mehr Kundinnen und Kunden verzeichnet.<sup>22</sup> Ob die-

8 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035.

9 Zur Praxis und dem Bedarf nach Regeln: *Leimeister/Durward/Simmert*, Die interne Crowd – Mitarbeiter/innen im Spannungsfeld neuer Arbeitsformen, Study Nr. 436 der Hans-Böckler-Stiftung, 2020, abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync\\_id=8898](https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=8898) (28.6.2020).

10 *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowdworker in Deutschland, Study Nr. 323 der Hans-Böckler-Stiftung, 2016 abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_study\\_hbs\\_323.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_323.pdf) (28.6.2020); *Gerber/Krzywdzinski*, WZB-Mitteilungen, Nr. 155, S. 6 ff.; *Schwarz*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 97 ff.

11 Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 7.

12 *Schwarz*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 97 ff.

13 *Benner*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 143, 144.

14 *Bormann/Haake*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 133, 140.

15 Zur gewerkschaftlichen Betätigung insgesamt siehe BMAS, Forschungsbericht Plattformökonomie, abrufbar unter: [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb500-plattformoekonomie-und-crowdworking.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb500-plattformoekonomie-und-crowdworking.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (9.4.2020).

16 *Countouris/De Stefano*, in: ETUC (Hrsg.), New Trade Union Strategies for New Forms of Employment, Brüssel 2019, abrufbar unter: <https://www.etuc.org/en/document/report-new-trade-union-strategies-new-forms-employment> (29.6.2020).

17 Siehe zum US-amerikanischen Rechtsrahmen *Liebman*, in: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka (Hrsg.), Crowdwork – A Comparative Law Perspective, HSI-Schriftenreihe Bd. 22, Frankfurt aM. 2017.

18 *Ustek-Spilda/Heeks/Graham*, Social Europe v. 28.5.2020, abrufbar unter: <https://www.socialeurope.eu/covid-19-who-will-protect-gig-workers-if-not-platforms> (29.5.2020).

19 *Graham/Lehdonvirta/Wood/Barnard/Hjorth/Simon*, The Risks and Rewards of Online Gig Work At The Global Margins (Fn. 3), S. 2 ff.

20 <https://www.gallup.com/workplace/240929/workplace-leaders-learn-real-gig-economy.aspx> (29.5.2020).

21 *Van Doorn/Chen*, Odds Stacked against Workers, 2020, S. 7 ff.

22 *Reimann*, absatzwirtschaft v. 2.4.2020, abrufbar unter: <https://www.absatzwirtschaft.de/ploetzlich-beliebt-corona-beflugelt-lebensmittel-lieferdienste-171226/> (29.5.2020).

ser Trend anhält, bleibt zwar abzuwarten. Aber das Fortschreiten der Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft wird sich weiter entwickeln. Dabei ist auch von Bedeutung, welche Schlüsselfunktion die Plattformökonomie gerade für die großen Player wie *Amazon* und *Google* einnimmt. Nach der Analyse von *Nachtwey* und *Staab*<sup>23</sup> dienen Plattformen nicht nur als Marktplätze, sondern sollen digitale Produktionssysteme erschaffen, was im Fall des Buchhandels bereits umgesetzt wurde. Die Plattformen sehen sich selber als Marktplätze auch für Dienstleistungen. So hat *Uber* in dem kanadischen Verfahren um den Arbeitnehmerstatus der Mobilitätsdienstleister vorgetragen, Fahrdienste anzubieten sei dasselbe wie Waren auf *Ebay* zum Verkauf anzubieten.<sup>24</sup> Für das Arbeitsrecht spielt es zudem eine entscheidende Rolle, dass Plattformunternehmen Formen der Prozessüberwachung und Kontrolle etablieren, die sich zunehmend vom betrieblichen Kontext lösen.<sup>25</sup> Des Weiteren sind Daten in diesem Geschäft von erheblichem wirtschaftlichem Wert. Denn die Digitalkonzerne bauen ihre Marktposition durch die Verwertung von ständig anfallenden Nutzerdaten immer weiter aus. So werden die von Algorithmen gesteuerten Dienstleistungs- und Produktionsprozesse der Unternehmen optimiert.<sup>26</sup> Die somit aufgeworfene Frage, wie wir in Zukunft arbeiten und wirtschaften, aber auch mit Daten verfahren wollen – denn diese fallen bei der Plattformökonomie ganz massiv an – ist deshalb eine gesamtgesellschaftliche und keine, die nur die Einordnung von Beschäftigungsverhältnisses betrafte, die hierzulande im Verhältnis zum übrigen Arbeitsmarkt ein geringes Ausmaß haben. Nachdenken über die rechtlichen Rahmenbedingungen guter digitaler Arbeit ist deshalb ein Teil des Nachdenkens darüber, wie eine gute digitale Gesellschaft aussehen soll.

## II. Risiken und Chancen für Beschäftigte

Für die Auftraggeber bieten Plattformen ein großes Wissenspotenzial auch jenseits der eigenen Belegschaft, Prozesse lassen sich beschleunigen, Kosten können gespart werden.<sup>27</sup> Als Chance der Plattformarbeit aus Beschäftigtensicht wird der niedrighschwellige Zugang zu Einkommensmöglichkeiten gesehen, sowie die Flexibilität der Einsatz- und damit der Verdienstmöglichkeiten, die Vereinbarkeit mit Sorgearbeit oder Bildung ermöglicht.<sup>28</sup> Es wird insbesondere eine Verbesserung der Arbeits-

marktentwicklung durch Crowdwork als digitale Beschäftigungsmöglichkeit in den Ländern des globalen Südens erhofft. Hinsichtlich der Verhältnisse in Deutschland fällt wiederum auf, dass vor allem Migrantinnen und Migranten auf diese Art des Zugangs zu Beschäftigung angewiesen sind – sie machen einen großen Teil der Plattformbeschäftigten in Deutschland aus.<sup>29</sup> Gerade diese Beschäftigten sind aber den Risiken der Plattformarbeit in besonderem Maße ausgesetzt.

Große Risiken werden identifiziert im Bereich der Vergütung, in der fehlenden sozialen Sicherung und Entgrenzung, in den Bereichen der Leistungsregulierung, der Qualifizierung, dem Datenschutz sowie der Interessenvertretung und schließlich erscheint Plattformarbeit anfällig für Diskriminierungen.<sup>30</sup>

### 1. Die Pandemie als Brennglas für Risiken

Gerade die Coronakrise hat dabei wie durch ein Brennglas deutlich gemacht, wie bedrohlich fehlende soziale Sicherung ist und welche existentielle Rolle es spielt, wer in einem Arbeitsverhältnis Schutzrechte geltend machen kann und wer nicht.<sup>31</sup> Erste Analysen der Folgen der Krise kommen zu dem Ergebnis, dass Gigworker weltweit besonders stark von fehlendem Gesundheitsschutz, Einkommensverlusten und fehlenden Lohnfortzahlungsregeln betroffen wurden. Dabei haben auch staatliche Leistungen Crowdworker oftmals nicht erreicht. Die großen Einbrüche beim Angebot der Arbeit auf Plattformen bedeuten in Kombination mit fehlender sozialer Sicherung nicht nur Arbeitslosigkeit, sondern Existenzgefähr-

23 *Nachtwey/Staab*, Mittelweg 36 6/2015, S. 59 ff.

24 *Mojtehdzadeh*, *The Star* v. 5.6.2020, abrufbar unter: <https://www.thestar.com/business/2020/06/05/are-ubers-limousine-ride-sharing-drivers-employees-or-entrepreneurs-like-vendors-selling-goods-on-ebay.html> (5.6.2020).

25 *Nachtwey/Staab*, Mittelweg 36 6/2015.

26 Ebd.

27 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1033.

28 Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 7; zu Chancen und Risiken aus der Genderperspektive *Hensel*, Genderspekte von Plattformarbeit, Expertise für den dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2020, abrufbar unter: <https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/de/article/220.genderspekte-von-plattformarbeit-stand-in-forschung-und-literatur.html> (29.6.2020), S. 22 ff.

29 Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 7.

30 *Graham/Lehdonvirta/Wood/Barnard/Hjorth/Simon*, The Risks and Rewards of Online Gig Work At The Global Margins (Fn. 3), S. 6 ff.

31 *Countouris/De Stefano/Ewing/Freedland*, Social Europe v. 9.4.2020, abrufbar unter: <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue> (14.4.2020).

dung und Armut – und dies keinesfalls nur im globalen Süden. Auch hierzulande haben Crowdworker trotz erheblicher gesundheitlicher Risiken weiter gearbeitet, weil sie Einkommensverluste nicht hätten kompensieren können.<sup>32</sup> Diese Erkenntnisse sind nicht nur von Relevanz, weil sie die gesellschaftliche Bedeutung der Regulierung von Plattformökonomie deutlich machen – geht es doch darum, wer am Ende die Kosten der sozialen Sicherung trägt. In der Krise haben die Plattformanbieter dies der Gesellschaft überlassen. Die Erkenntnisse aus der Krise sind auch für die Frage, um die es unten – und vor dem BAG – gehen wird von Bedeutung: Denn während einige Plattformen ihre Dienste in der Krise ausgebaut haben, haben andere sie gänzlich eingestellt, mit verheerenden Folgen für die Crowdworker, die zum einen ihren Lebensunterhalt mithilfe der Plattformen bestritten und zum anderen außer den Plattformen keinen Zugang zu dieser Beschäftigungsform haben, was kaum als Unabhängigkeit gewertet werden kann.<sup>33</sup>

## 2. Crowdwork als Testzone neuer Methoden von Management und Kontrolle?

Dumpinggefahr durch Crowdwork besteht aber auch für Stammbeschäftigten.<sup>34</sup> Dabei wird freilich zu Recht darauf hingewiesen, dass die Sorge vor einer Spaltung des Arbeitsmarkts hierzulande nicht neu ist.<sup>35</sup> Scheinselbstständigkeit mit Werk- und Dienstverträgen sowie Leiharbeit haben die Arbeitnehmereigenschaft schon vor dem Entstehen der Crowdwork zu einer arbeitsrechtlichen Kampfzone gemacht.<sup>36</sup> Nun kommen neue Formen der Segmentierung hinzu. Gerade die Wechselwirkung mit traditionellen Arbeitsmärkten muss in den Blick genommen werden. Inwieweit allerdings die Mechanismen der Plattformarbeit, insbesondere algorithmisches Management, auch die Regeln in der Arbeitswelt insgesamt verändern werden, ist noch nicht ausreichend erforscht.<sup>37</sup> Es wird davon ausgegangen, dass die vor allem in der Plattformökonomie eingesetzten Techniken von Kontrolle durch algorithmische Systeme und Datennutzung auch in etablierten Unternehmen zum Einsatz kommen können.<sup>38</sup> Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass wichtige Akteure wie etwa *Amazon* erhebliche Marktmacht haben und Branchen unter Druck setzen.<sup>39</sup> »Was früher das Fließband war, sind heute die Apps und Algorithmen«<sup>40</sup> analysieren *Nachtwey* und *Staab*, die auch darauf

hinweisen, dass die Rationalisierung betrieblicher Herrschaft durch Digitalisierung zur Marktpolitik von Konzernen wie *Amazon* gehört. Dabei beginnt die gesellschaftliche, aber auch die rechtspolitische Debatte um sogenannte »künstliche Intelligenz«, also algorithmische Systeme und deren rechtliche Regulierung, gerade erst. Derweil werden diese Systeme besonders, aber keinesfalls nur in der Plattformökonomie bereits eingesetzt und ihre Verwendung gestaltet ohne Zweifel die Arbeitswelt von morgen wesentlich mit.<sup>41</sup> Zwischen algorithmischem Management, den dabei entstehenden Daten und Marktmacht besteht also eine Wechselbeziehung. Durch die Anwendung von Spielelementen – etwa durch Möglichkeiten, mit Beiträgen von anderen zu interagieren, oder durch die Vergabe von Punkten und Preisen für starkes Engagement – aber vor allem durch Rankings wird Leistungskontrolle der Crowdworker durch Plattformen betrieben.<sup>42</sup> Mit den dabei über menschliches (Arbeits-) Verhalten gesammelten Daten arbeiten die Plattformen weiter an optimalen Methoden, mithilfe von Gamification eine vordergründig autonome Crowd zu steuern.<sup>43</sup> Eine der ersten deutschsprachigen empirischen Untersuchungen zum Einsatz von algorithmischem Management zur Stabilisierung von Machtbeziehungen jenseits von betrieblicher Herrschaft bestätigt die These<sup>44</sup>, dass Plattformen maßgeblich die Arbeitsbedingungen der Crowd beeinflussen.<sup>45</sup> Macht wird nach der Analyse von *Gerber*

32 *Ustek-Spilda/Heeks/Graham*, Social Europe v. 28.5.2020 (Fn. 18); Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 17 ff.

33 Vgl. *Ustek-Spilda/Heeks/Graham*, Social Europe v. 28.5.2020 (Fn. 18); *Courtouris/De Stefano/Ewing/Freedland*, Social Europe v. 9.4.2020 (Fn. 31).

34 *Klebe*, AuR 2016, 277, 278.

35 Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 7.

36 Zu den diesbezgl. Abgrenzungsfragen *Deinert*, RdA 2014, 65 ff.

37 *Van Doorn/Chen*, Odds Stacked against Workers (Fn. 21), S. 2; *Hensel*, Genderaspekte von Plattformarbeit (Fn. 28).

38 *Gerber*, WSI-Mitteilungen 3/2020, 182, 191.

39 *Nachtwey/Staab*, Mittelweg 36 6/2015; Butollo/Nuss (Hrsg.), Marx und die Roboter, Berlin 2020.

40 *Nachtwey/Staab*, Mittelweg 36 6/2015.

41 Siehe nur Europäische Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65.

42 *Gerber/Krzywdzinski*, WZB-Mitteilungen, Nr. 155, S. 6, 8; *Schmidt*, Crowd Design, Basel 2017, S. 126; *Van Doorn/Chen*, Odds Stacked against Workers (Fn. 21).

43 *Van Doorn/Chen*, Odds Stacked against Workers (Fn. 21), S. 2.

44 Etwa *Bormann/Haake*, in: *Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch* (Fn. 4), S. 133, 136.

45 *Gerber*, WSI-Mitteilungen 3/2020, 182 ff.

dabei indirekt durch Technik ausgeübt. Der Einsatz von Ranking- und Reputationssystemen – wie auch im Fall des LAG, su. – sind dafür entscheidend. Zwar werden Autonomie-Spielräume im Vergleich zu traditioneller Arbeit im Betrieb geschaffen, jedoch wird durch Informationsasymmetrien eine Kontrollbeziehung hergestellt. Das ist das, was *Prassl* als das »Plattform-Paradox« bezeichnet.<sup>46</sup>

Digitale Kontrollmöglichkeiten von Beschäftigten machen Weisungsbefugnisse in Bezug auf Arbeitsort und Arbeitszeit obsolet. Plattformen bieten ihren Auftraggebern zum Beispiel die Möglichkeit, die Zeitprofile der Tastaturanschläge der Crowdworker zu kontrollieren und Screenshots von deren Arbeitsprozess zu sehen.<sup>47</sup> Algorithmenbasierte Handlungsanweisungen, die Überwachung der bei deren Umsetzung erfolgten Arbeitsschritte und die anschließende Auswertung der so durch den Arbeitgeber gewonnenen Daten in Personalgesprächen werden auch in den Logistikzentren der Digitalkonzerne – also auch in Betrieben – bereits angewendet, etwa bei *Zalando*<sup>48</sup> oder bei *Amazon*<sup>49</sup>.

### 3. Vereinzelung und fehlende Mitbestimmung

Jüngst wurde erstmalig die Qualität der Arbeit auf den Plattformen in Deutschland analysiert.<sup>50</sup> Heraus kam ein sehr differenziertes Bild hinsichtlich Bezahlung, Managementprozessen, Arbeitsbedingungen, Vertragsgrundlagen und Mitbestimmungsmöglichkeiten. Durch die Bank wurde Vereinzelung der Beschäftigten als Risiko festgestellt – bedingt durch die Arbeitsbedingungen – bei gleichzeitigem Fehlen von Strukturen der Mitbestimmung. Zudem fehlt es an Transparenz der Entscheidungsprozesse und der Möglichkeiten, sie zu überprüfen oder gar gegen sie vorzugehen.<sup>51</sup>

Bereits zuvor waren Plattformen vor allem dadurch in die öffentliche Wahrnehmung geraten, dass sie Betriebsratswahlen offensiv bekämpft haben.<sup>52</sup> Schon jenseits der Frage nach der konkreten Subsumtion unter arbeitsrechtliche Normen zeigt sich also, dass jedenfalls wesentliche Akteure der Plattformökonomie Strukturen der Sozialpartnerschaft und der betrieblichen Mitbestimmung infrage stellen, weil diese mit dem Geschäftsmodell der digitalen Steuerung vieler, aber vereinzelter und hochflexibel abrufbarer »Auftragnehmer« nicht vereinbar sind. Demgegenüber stehen fehlende Zugangsmöglichkeiten

der Gewerkschaften zu Beschäftigten, die sich in vielen Fällen der Crowdwork nur noch im virtuellen Raum begegnen – wenn überhaupt. Organizing, gewerkschaftliches Werben um Mitglieder als Voraussetzung kollektiver Handlungsmöglichkeiten und Betätigung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG setzt erfahrungsgemäß persönliche Gespräche mit Beschäftigten voraus, Überzeugung durch persönlichen Kontakt, Erlebnis von Gemeinschaft. All dies baut in der Regel auf physische Begegnung auf. Aus gewerkschaftlicher Perspektive wird auch die Heterogenität der Crowdworker und die oben benannten, sehr unterschiedlichen Interessenlagen sowie der Verdienstumfang als Herausforderung beschrieben.<sup>53</sup> Mit der Schaffung einer Ombudsstelle und eines Code of Conduct können allerdings auch gewerkschaftliche Erfolge verbucht werden,<sup>54</sup> wenn auch eine freiwillige Selbstverpflichtung nur ein erster Schritt auf dem Weg zu verbindlichen kollektiven Verträgen sein kann.

Die unter II. genannten Daten zeigen zudem, dass Crowdworker oftmals besonders vulnerable Beschäftigte sind, die häufig ihre Rechte nicht kennen, Sprachbarrieren überwinden müssen und sich vor Maßregelungen besonders fürchten. Auch die Bewertungssysteme (siehe oben II.2. und unten V.) mit individuellen wirtschaftlichen Nachteilen sind ein Machtfaktor, der Kollektivierung entgegenwirkt. Und selbstverständlich spielt auch die Vertragsform eine entscheidende Rolle, dazu unten V.

### 4. Diskriminierungsrisiken

Es ist kein Zufall, dass der dritte Gleichstellungsbericht der Bundesregierung sich mit der Frage befasst, welche Auswirkungen Crowdworking auf die Geschlechterver-

<sup>46</sup> *Prassl*, *Humans as a Service*, Oxford 2018.

<sup>47</sup> *Chandler/Paolacci/Mueller*, in: Michelucci (Hrsg.), *Handbook of Human Computation*, New York 2013, S. 382.

<sup>48</sup> *Kaleta*, *Business Insider* v. 14.5.2020, abrufbar unter: <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/handel/inside-zalando-ueberwachung-oder-industriestandard-so-kontrolliert-der-online-haendler-die-mitarbeiter-in-seinen-logistikzentren/> (5.6.2020).

<sup>49</sup> *Nachtwey/Staab*, *Mittelweg* 36 6/2015.

<sup>50</sup> *Fairwork*, *Germany Ratings* 2020 (Fn. 5), S. 11 ff.

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> Siehe etwa *Wyputta*, *taz* v. 17.4.2020, abrufbar unter: <https://taz.de/Lieferando-torpediert-Betriebsratswahl/15676689/> (29.5.2020).

<sup>53</sup> *Bormann/Haake*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 133, 135 ff.

<sup>54</sup> *Benner*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 143, 147 ff.

hältnisse hat. In ihrem für den Gleichstellungsbericht erstellten Gutachten weist Hensel<sup>55</sup> zunächst darauf hin, dass die zur Bewertung geschlechtsbezogener Risiken von Plattformarbeit erforderlichen, genderrelevanten Daten weitestgehend fehlen. Anhand der vorhandenen Erkenntnisse, insbesondere aus den USA, lässt sich aber auch in der Plattformökonomie ein Gender Pay Gap feststellen.<sup>56</sup> Außerdem bringt der Einsatz algorithmischer Managementsysteme – übrigens auch jenseits der Plattformökonomie – Diskriminierungsrisiken mit sich. Offenbar wiederholt bzw. verstärkt sich bei Plattformarbeit zudem das, was Frauen bereits zu dem größten Teil der Beschäftigten mit prekären Minijobs hat werden lassen: der Bedarf, neben unbezahlter Sorgearbeit einen zeitlich flexiblen Hinzuverdienst zu erwerben. Hierfür werden erhebliche Risiken in der sozialen Sicherung in Kauf genommen.<sup>57</sup>

Des Weiteren setzen sich Geschlechterstereotype, die sich auf die Beschäftigung und insbesondere Entlohnung von Frauen negativ auswirken, in der Plattformarbeit fort, etwa wenn Frauen sich als »gründliche Putzkräfte« oder herzliche Kinderbetreuung auf Plattformen für unsichtbare Sorgearbeit verdingen.<sup>58</sup> Da wie beschrieben viele Plattformbeschäftigte Migrantinnen sind, droht mehrdimensionale Diskriminierung. Ein hohes Risiko, Diskriminierungen und Belästigungen von Kunden der Plattformen ausgesetzt zu sein, haben Plattformbeschäftigte vor allem auch aufgrund der Bewertungssysteme, sog. »ratings« durch Kunden, die für das berufliche Fortkommen auf der Plattform ganz entscheidend sind. Wer Haushalts- oder Fahrdienstleistungen in Anspruch nimmt, kann das Drohpotenzial einer vernichtend schlechten Bewertung nutzen, um sich Crowdworkern gegenüber unrechtmäßig zu verhalten, ohne Gegenwehr zu befürchten. Hinzu kommt die bereits genannte Vulnerabilität insbesondere migrantischer Crowdworker. Zugleich spitzt sich in den ganz überwiegend von Frauen ausgeübten Plattformarbeiten das beschriebene Risiko der Vereinzelung zu. So haben zB. die über eine Plattform als Putzkraft tätigen Personen – in der Praxis sind das überwiegend Frauen – weniger Möglichkeiten für Begegnungen und Austausch mit anderen Crowdworkern als etwa die in Fahrdiensten Beschäftigten – überwiegend Männer –, die in der Stadt gemeinsame Wartepunkte haben und einander durch ihre Kleidung oder Ausrüstung erkennen.

### III. Grundsatzurteile aus dem Ausland

Zu den arbeitsrechtlichen Fragen hat es weltweit bereits erste Entscheidungen höchster Gerichte aber auch Gesetzgebungsinitiativen gegeben. Im europäischen Ausland<sup>59</sup>, aber auch in Kanada<sup>60</sup> und den USA gibt es Grundsatzurteile zu der Kategorisierung von Plattformarbeit, meist sind die Entscheidungen auf die Vertragsbeziehungen bei Liefer- und Mobilitätsdiensten bezogen. In den USA hat der *Supreme Court* 2018 auf eine Sammelklage der »rider« des Lieferdienstes *Dynamex* einen Test zur Abgrenzung von Selbständigen und »workers« entwickelt. Das Gericht stellt dabei wesentlich darauf ab, dass die Fahrer keine eigenständigen Möglichkeiten zum Erzielen von Gewinnen und Verlusten hatten, sondern von unternehmerischen Entscheidungen der Plattform abhängig waren. Diese Kriterien wurden Grundlage des kalifornischen Gesetzes *AB5*.<sup>61</sup> Das Gesetz schlägt als erster Versuch der Regulierung von Plattformarbeit bis heute große Wellen; der Widerstand der Plattformen, ihre Crowdworker als Arbeitnehmer zu behandeln, ist enorm, vor Gericht wurde bisher der Arbeitnehmerstatus bestätigt.<sup>62</sup> Dass in Amerika die Frage des Arbeitnehmerstatus von Gigworkern zum Gegenstand des Wahlkampfes wurde, zeigt die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung der Frage dort.

In Europa hat der EuGH<sup>63</sup> klargestellt, dass der Fahrdienst *Uber* Verkehrsdienstleistungen erbringt und nicht etwa einen Vermittlungsdienst darstellt, wie das Unternehmen vorgetragen hatte. Es wird vor dem Kontext der oben beschriebenen Geschäftsmodelle zu Recht darauf

55 Hensel, Genderaspekte von Plattformarbeit (Fn. 28).

56 Ebd.

57 Hensel, Genderaspekte von Plattformarbeit (Fn. 28), S. 48 ff.

58 Vgl. Fritsch/von Schwichow, Zwischen Flexibilität und Unsicherheit, Vortrag zum Hearing der Sachverständigenkommission zum dritten Gleichstellungsbericht, Mai 2020.

59 Etwa in Italien, wo der *Corte di Cassazione* am 24.1.2020 Fahrern eines Essenslieferdienstes Arbeitsrechte zugesprochen hat, [https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS\\_ITEM:5018](https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018) (5.6.2020).

60 <https://www.zdnet.com/article/deliveroo-faces-lawsuit-for-allegedly-underpaying-food-delivery-riders/> (29.6.2020); zurzeit anhängig ein Verfahren über den Status von Uber-Fahrern, s. o. Fn.24.

61 Wank, RdA 2019, 383.

62 *Said*, San Francisco Chronicle v. 5.5.2020, abrufbar unter: <https://www.sfchronicle.com/business/article/AB5-gig-law-enforced-California-sues-Uber-and-15248217.php> (29.6.2020); Financial Times Editorial Board, *Financial Times* v. 11.8.2020 abrufbar unter <https://www.ft.com/content/8adf4de7-90e9-4304-aa6e-71d652946e80> (14.8.2020).

63 EuGH, 20.12.2017 – C-434/15 – AuR 2018, 106.

hingewiesen, dass diese Wertung auch bei der Berücksichtigung des Status der Fahrerinnen und Fahrer berücksichtigt werden muss.<sup>64</sup> Und der *Cour de Cassacion* hat zum Fahrdienst *Uber* in Frankreich entschieden, dass die theoretische Möglichkeit, Arbeitszeit und Arbeitsort frei zu wählen, einem Abhängigkeitsverhältnis nicht im Wege steht.<sup>65</sup> Entscheidend sei, ob tatsächlicher, eigener wirtschaftlicher Handlungsspielraum bestehe. Dabei bezog sich das Gericht nicht nur auf fehlende unternehmerische Freiheit, sondern auch auf die Kontrolle, die durch die Plattform ausgeübt wird.

Die weltweite Rechtsprechung wird als Tendenz gewertet, Crowdworkern den Arbeitnehmerstatus zuzusprechen, wobei dies noch nicht als einheitlicher Trend gewertet werden könne.<sup>66</sup>

## IV. Die Entscheidung des LAG München

Anders als in den im Ausland entschiedenen Fällen betrifft der nun beim BAG anhängige Fall nicht den Bereich der Liefer- oder Fahrdienste. Vielmehr ist die Beklagte in dem vom LAG München entschiedenen Fall eine Plattform, die für Markenhersteller Kontrollen der Warenpräsentation im Einzelhandel und an Tankstellen durchführt. Diese Aufträge werden über eine App an die Crowd vergeben. Der Kläger hatte die App auf seinem Handy installiert. Am 4. Februar 2017 führte der Kläger seinen ersten Auftrag aus und erzielte in der Folge bei einer Wochenarbeitszeit von durchschnittlich 20 Stunden ein Monatseinkommen von durchschnittlich 1749,34 Euro.

Aufgrund von Unstimmigkeiten zwischen den Parteien kündigte die beklagte Plattform dem Kläger per E-Mail am 10. April 2018. Der Kläger macht nun geltend, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Plattform bestand, das nicht wirksam beendet wurde. Er macht auch Urlaubsansprüche geltend.

### 1. Die AGB der Plattform

Die Nutzung der App der Plattform setzt voraus, dass auf den aktuellen Standort zugegriffen werden kann. Wenn Nutzer es der App aktiv erlauben, auf das GPS auch dann zuzugreifen, wenn die App geschlossen ist, dann verschickt das System auch bei geschlossener App Push-Nachrichten für Aufträge, die sich in der Umgebung befinden.

Nutzer können der App aber auch nur erlauben, auf GPS zuzugreifen, wenn sie die App aktiv nutzen.

Zwischen der Plattform und den Auftragnehmern der Crowd wird eine sogenannte Basisvereinbarung geschlossen. In dieser Vereinbarung hieß es ua.:

#### › § 1 Tätigkeit

(...) Der Auftraggeber bietet Aufträge der Crowd zur Durchführung an. Dem Auftragnehmer steht es jederzeit frei einen verfügbaren Auftrag anzunehmen, eine Verpflichtung dazu besteht nicht. Umgekehrt besteht keine Verpflichtung für den Auftraggeber Aufträge anzubieten.

Wenn der Auftragnehmer einen Auftrag annimmt ist dieser entsprechend der Auftragsbeschreibung korrekt durchzuführen. Sollten einzelne Auftragsbestandteile unklar sein obliegt es dem Auftragnehmer weitere Informationen beim Auftraggeber einzuholen. Eine Vergütungspflicht für den Auftraggeber entsteht nur bei vollständiger und korrekter Durchführung des Auftrags gemäß der Auftragsbeschreibung.

Darüber hinaus ist der Auftragnehmer an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder Arbeitszeit gebunden. Projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers sind ebenso einzuhalten wie fachliche Vorgaben, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind. (...).

Diese »Basis-Vereinbarung« konnte jederzeit und ohne Angabe von Gründen gekündigt werden. Es galten zudem »Allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen«, die vorsahen, dass mit Annahme eines Auftrags ein Vertrag zwischen der Plattform und dem Kläger, nicht aber zwischen dem Kläger und dem Kunden der Plattform entstehe. Durch Annahme eines Auftrags verpflichtete sich der Kläger, innerhalb einer Ausführungsfrist und anhand der angegebenen Leistungsbeschreibung die vorgegebenen Orte aufzusuchen, um dort die geforderten Daten und Bilder zu erfassen und diese an den Innendienst der Plattform zu übersenden.

Außerdem war geregelt:

- › Nach der Eröffnung eines Accounts (...) kann der Nutzer die Website, die App und andere Services (...) nutzen, jedoch nur mit seinem eigenen Smartphone. Das Teilen eines Accounts und/oder Manipulieren der GPS-Lokalisierung, die durch die

<sup>64</sup> Prassl, FS Klebe, 2018, S. 308, 311.

<sup>65</sup> Cour de Cassacion, 4.3.2020 – Ruling n° 374 FP-P+B+R+I – abrufbar unter: [https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304\\_arret\\_uber\\_english.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_uber_english.pdf) (15.4.2020).

<sup>66</sup> Prassl, FS Klebe, 2018, S. 308.

App protokolliert wird, wird als Missbrauch oder Betrug eingestuft (...) und kann zu Maßnahmen gegen den Account/Nutzer führen, wie insbesondere, aber nicht abschließend, die Sperrung des Accounts. (Die Beklagte) ist, insbesondere bei Verstößen gegen diese Nutzungsbedingungen, jederzeit berechtigt, einen Account zu sperren oder zu löschen.

Die App verwendet Spielelemente. Nutzer werden verschiedenen »Levels« zugeteilt, die von der Anzahl der Erfahrungspunkte (»XPs«) und damit der Zahl der bearbeiteten Aufträge abhängen. Das jeweilige Level wird von der App angezeigt, auch die Anzahl der XPs, die noch für das Erreichen des nächsten Levels fehlen.

## 2. Entscheidung des LAG: Kein Arbeitsverhältnis zu der Plattform

Wie schon das ArbG München hat auch das LAG entschieden, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Plattform nicht um ein Arbeitsverhältnis handele.

Das LAG subsumiert unter die Definition des Arbeitsvertrages in § 611a Abs. 1 BGB und verweist darauf, dass diese erst 2017 normierte Definition die vom BAG entwickelten Rechtsgrundsätze widerspiegelt.<sup>67</sup> Demnach setzt die Annahme eines Arbeitsverhältnisses voraus, dass sich der Arbeitnehmer vertraglich zur Leistung von Diensten verpflichtet hat. Da es dem Kläger nach der »Basis-Vereinbarung« freigestanden habe, die angebotenen Aufträge anzunehmen, so das LAG, bestünde keine solche Verpflichtung zur Arbeitsleistung und somit auch kein Arbeitsvertrag.

Ob die Parteien durch die Annahme eines Auftrags jeweils ein auf den Ablauf des zur Erledigung zur Verfügung stehenden »Zeitfensters« befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätten, das mangels Wahrung der von § 14 Abs. 4 TzBfG vorgeschriebenen Schriftform nach § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit gegolten hätte, war nicht zu entscheiden. Denn der Kläger hatte nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 17 TzBfG Klage erhoben.

Auch die tatsächliche Durchführung der »Basis-Vereinbarung« habe nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses geführt, urteilt das LAG. Es habe keine Pflicht zur Übernahme von Aufträgen oder eine ihr vergleichbare Drucksituation bestanden. Einen Zusammenhang zwischen einer Mindestaktivität des Nutzers und einem Aus-

schluss von der Nutzung und damit eine einem vertraglich Verpflichteten vergleichbare Pflicht zum Tätigwerden hat das Gericht nicht angenommen. Die Beklagte habe dem Kläger auch keine Orte vorgeben, an denen er tätig zu werden hatte, da er durch eine Ortsveränderung und die Einstellung des Radius seiner App auch die Region wählen könne, für die er Angebote einsehen wollte. Zudem unterstreicht das LAG die Zeitsouveränität des Klägers.

## V. Alles ganz unabhängig?

Einige halten die Entscheidung des LAG für richtig<sup>68</sup>; es gäbe »Wahlfreiheit, die auch Vertragsfreiheit« sei.<sup>69</sup> Es wird als Klarheit begrüßt, dass das LAG gar nicht versucht habe, die persönliche Abhängigkeit des Klägers von der Plattform zu ergründen.<sup>70</sup> Allerdings bestehen genau hier Zweifel, ob das für § 611a BGB entscheidende persönliche Abhängigkeitsverhältnis<sup>71</sup>, das die Plattform im vorliegenden Fall schafft, ausreichend erfasst wurde. Es bleibt zu hoffen, dass das BAG tiefer einsteigt in die Thematik digitaler Kontrolle und scheinbarer Autonomie bei Arbeitszeit und -ort in der Plattformökonomie. Hierfür gibt es einige Ansatzpunkte:

### 1. Persönliche Abhängigkeit: neue, digitale Formen der Kontrolle

Die Arbeitsrechtswissenschaft hat sich bereits intensiv damit befasst, welche Indizien für die persönliche Abhängigkeit von Crowdworkern sprechen können.<sup>72</sup> Einige dieser Indizien, wie leistungsbezogene Kontroll- und Sanktionsmechanismen, Feedbacksysteme und informationelle Abhängigkeit von der Plattform, lagen hier vor. Im Urteil des LAG wurde das oben beschriebene Modell der sog. »Gamification«, das typisch für die Plattformökonomie ist, nicht ausreichend berücksichtigt. Im vorliegenden Fall konnten »Level« und »XPs« erreicht werden, die mit Vor-

<sup>67</sup> Vgl. auch BAG, 21.11.2017 – 9 AZR 117/17 – AP Nr. 194 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter Hinweis auf die BT-Drs. 18/9232, S. 4.

<sup>68</sup> Spitz, jurisPR-ITR 6/2020, Anm. 3; Fuhlrott, EWiR 2020, 185.

<sup>69</sup> Fischer, jurisPR-ArbR 12/2020, Anm. 2.

<sup>70</sup> Frank/Heine, NZA 2020, 292.

<sup>71</sup> Kocher, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 175.

<sup>72</sup> Zusammenfassung des Meinungsstands bei Kocher, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 176.

teilen verbunden waren. Oben unter II.2. wurde auf Untersuchungen hingewiesen, die zu dem Ergebnis kommen, dass Gamification von Plattformen gezielt eingesetzt wird, um menschliches Verhalten zu verändern. Zu den entsprechenden digitalen Techniken gehört insbesondere auch das von der Beklagten betriebene »Tracken« der Crowdworker durch GPS, das ua. eine Kontrolle über die Auftragsausführung ermöglicht. Hierin ist auch eine organisatorische Einbindung der Crowdworker zu sehen. Drohpotenzial, das eine persönliche Abhängigkeit kreiert, geht zudem von der Möglichkeit zur Deaktivierung des Accounts durch die Plattform aus. Mit ihr würde der Verlust des erarbeiteten »Levels« einhergehen, das neben der psychologischen Wirkung der Gamification auch mit lukrativeren Aufträgen verbunden ist. Hierin liegt vor allem im Zusammenspiel mit der Informationsasymmetrie mehr als die vom LAG anerkannte »gewisse Motivation zum Tätigwerden«.

Darüber hinaus ist Arbeitszeitautonomie – etwa in Form von sog. Vertrauensarbeitszeit – ein zunehmendes Phänomen in allen Bereichen, wo digitale Technik zum Einsatz kommt. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH<sup>73</sup> sind es vor allem Arbeitgeber, die eine »Rückkehr zur Stechuhr« als Rückschritt beurteilen.<sup>74</sup> Homeoffice, als Form des ortsunabhängigen Arbeitens, ist in der Corona-Krise enorm ausgeweitet worden und wird bereits als »neue Normalität« gewertet.<sup>75</sup> Mit der Abnahme der Bedeutung von Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeit durch digitale Technik eignen sich diese jedenfalls scheinbaren Freiheiten immer weniger als Abgrenzungskriterium zur Selbstständigkeit. Es ist überdies fraglich, ob das LAG die örtliche Weisungsgebundenheit des Klägers im vorliegenden Fall ausreichend berücksichtigt hat. Schließlich handelt es sich im vorliegenden Fall durchaus um Arbeitsorte – nämlich die jeweiligen Verkaufsstellen – die zum Zwecke des Fotografierens physisch anzusteuern waren und nicht ausschließlich im digitalen Raum stattfanden. Zudem noch zu einer vorgegebenen Zeit. Es muss auch Beachtung finden, dass es die Plattform ist, die zwar keine Produktionsmittel stellt, aber Arbeitsaufträge technisch »zuschneidet« und der Crowd verfügbar macht. Ihre Technik steuert den Prozess. Anstelle eines physischen Arbeitsortes ist es der Zugang zu der durch die Plattform zur Verfügung gestellten Technik, auf den Crowdworker wie der Kläger angewiesen sind. Dabei ist nicht nur die Technik vorprogrammiert, es gibt auch für jeden Schritt einzelne Anweisungen, was für eine organisatorische Weisungsgebundenheit spricht.

## 2. Wirtschaftliche Abhängigkeit: nicht relevant?

Von Bedeutung ist außerdem, dass wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit hier nicht klar voneinander zu trennen sind. Wirtschaftliche Kriterien können zwar nach der geltenden Rechtslage nur in Grenzfällen als Konkretisierung des wesentlichen Merkmals der wirtschaftlichen Abhängigkeit herangezogen werden.<sup>76</sup> Das wird zu Recht kritisiert, denn das Fehlen echter unternehmerischer Chancen begründet gerade den Bedarf nach Existenzschutz.<sup>77</sup> *Der Cour de Cassacion* hat dies im oben zitierten Urteil entsprechend gewürdigt.<sup>78</sup> Dabei ging es nicht nur um echte eigene unternehmerische Chancen der Crowdworker – die im deutschen Recht eben keine Rolle spielen – sondern um die Kontrolle, die gerade mithilfe von Techniken zur Herstellung wirtschaftlicher Abhängigkeit durch die Plattform ausgeübt wird. Anders als das LAG im vorliegenden Fall hat der *Cour de Cassacion* dabei die scheinbare »Autonomie« bei Wahl von Arbeitszeit und -ort dazu ins Verhältnis gesetzt.

Auch im deutschen Recht gibt § 611a BGB Spielraum, fehlende vertragliche Verpflichtung zu Arbeit zu bestimmter Zeit an einem bestimmten Ort ins Verhältnis zu setzen zu den technischen Kontrollmöglichkeiten der Plattform und der Informationsasymmetrie. Diese Asymmetrie macht sich auch an der Möglichkeit der Plattform fest, den Account des Klägers zu schließen. Dass auch der Kläger die theoretische Möglichkeit hat, keine Arbeitsaufträge bei der beklagten Plattform mehr anzunehmen und einen Account bei einer anderen Plattform zu öffnen, vermag diese Asymmetrie nicht auszugleichen. Denn er würde seine Ratings und damit Verdienstmöglichkeiten, die er im System der Beklagten erlangt hat, verlieren.

<sup>73</sup> EuGH, 14.4.5.2019 – C-55/18 – AP Nr. 30 zu Richtlinie 2003/88/EG (CCOO), dazu *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, HSI Bd. 32, Frankfurt aM. 2020.

<sup>74</sup> *Specht*, Handelsblatt v. 18.2.2020, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/eugh-urteil-arbeitszeiterfassung-arbeitgeber-fuerchten-rueckkehr-zur-stechuhr/25556996.html?ticket=ST-5521663-FegbvJqgv02ZJRTlvi27-ap4> (14.8.2020)

<sup>75</sup> *Zeit online* v. 9.7.2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/arbeit/2020-07/arbeiten-nach-corona-homeoffice-coronavirus-zukunft-normalitaet-fraunhofer-institut> (14.8.2020).

<sup>76</sup> *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI-Schriftenreihe Bd. 30, Frankfurt aM. 2019, S. 335.

<sup>77</sup> *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988 (teilw. zugl.: Köln, Univ., Habil.-Schr. 1982/83), S. 120.

<sup>78</sup> *Cour de Cassacion*, 4.3.2020 – Ruling n° 374 FP-P+B+R+I (Fn. 65).

## VI. Arbeitnehmerähnlich?

Das Urteil wird auch deshalb als angreifbar angesehen, weil hinsichtlich des Urlaubsanspruchs nicht erwogen wurde, ob es sich bei dem Kläger um eine »arbeitnehmerähnliche Person« handelt.<sup>79</sup> Arbeitnehmer iSv. § 2 S. 2 BUrlG sind auch »Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.« Auch die Frage, ob Crowdworker diese Voraussetzungen erfüllen, hängt von den konkreten Umständen ab.<sup>80</sup> Und der Kläger hat vorgetragen, dass er seinen Lebensunterhalt mit der Crowdwork bestritten hat. Das ist für die wirtschaftliche Unselbstständigkeit entscheidend.<sup>81</sup>

## VII. »Digitale Tagelöhner« darf es nicht geben – Regulierungsansätze

Dem BAG liegt nun eine konkrete Form des höchst vielfältigen Crowdworking vor. Ohne Zweifel wird eine Entscheidung die weitere Debatte prägen. Deswegen ist zu hoffen, dass das BAG sich mit den neuesten Erkenntnissen über persönliche Abhängigkeit und Macht in digitalisierter Arbeit befasst. Unabhängig davon, wie das BAG diesen Fall entscheidet: Der Ball liegt im Feld der Politik.<sup>82</sup> Plattformarbeit braucht Regulierung, um für arbeits- und sozialrechtlichen Schutz zu sorgen. Es gilt zu verhindern, dass die Digitalisierung der Wirtschaft mit Prekarisierung einhergeht. Der DGB fordert dementsprechend gesetzliche Rahmenbedingungen.<sup>83</sup> Für das Arbeitsrecht liegen bereits Lösungsansätze auf dem Tisch.<sup>84</sup> Sinnvoll wäre, bei der Frage der persönlichen Abhängigkeit stärker die organisatorische Einbindung der Crowdworker in die von der Plattform vorgegebenen und gesteuerten Prozesse – auch anstelle von Weisungsbindung im herkömmlichen Verständnis – abzustellen.<sup>85</sup> Auch hinsichtlich der sozialen Sicherung sind bereits Vorschläge gemacht worden, die mit Blick auf Soloselbstständige gerade unabhängig vom Status als Arbeitnehmer hergestellt werden soll.<sup>86</sup> Rechtspolitisch muss die Frage gestellt werden, was es für abhängige Beschäftigung insgesamt bedeutet, wenn die digitale Wirtschaft parallele Arbeitswelten schafft.

Wichtig ist auch, den Crowdworkern kollektives Handeln durch Gewerkschaften und betriebliche Mitbestimmung zu ermöglichen.<sup>87</sup> Hierzu müssen Gewerkschaften digitale Zugangsrechte zugestanden werden um Beschäftigte organisieren und vertreten zu können, die sich jen-

seits von Betrieben der »alten Welt« bewegen und sowohl untereinander als auch mit dem – womöglichen – Arbeitgeber ausschließlich über digitale Kanäle in Verbindung stehen. Es geht dabei sowohl um die Ermöglichung betrieblicher Mitbestimmung, angefangen bei Betriebsratswahlen<sup>88</sup>, als auch um Tarifverhandlungen. Für letztere gibt es, solange der Arbeitnehmerstatus oder jedenfalls die Eigenschaft als arbeitnehmerähnliche Personen infrage steht, Reibungsflächen mit dem europäischen Kartellrecht; eine Harmonisierung würde für Rechtssicherheit sorgen.<sup>89</sup>

Der vom LAG entschiedene Fall zeigt exemplarisch, wie schwierig es für Crowdworker ist, die erforderlichen Beweise für ihre Arbeitnehmereigenschaft zu erbringen. Mangels Kenntnisse der Abläufe innerhalb der Plattform, über die Verwendung und Verarbeitung ihrer Daten, geschweige denn physischer Ansprechpartner ist das Informationsgefälle kaum überwindbar durch die Crowdworker. Deswegen ist der Vorschlag einer Beweislastumkehr<sup>90</sup> für die Statusfrage so sinnvoll. Freilich bleibt gerade bei prekären Beschäftigungsverhältnissen auch dann das Einklagen von Beschäftigtenrechten eine hohe Hürde.

Die Europäische Union hat mit Blick auf atypische Beschäftigung und insbesondere auch Arbeitsbedingungen in der Plattformökonomie die RL 2019/1152 vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen erlassen, die bis zum August 2022 durch den deutschen Gesetzge-

79 Frank/Heine, NZA 2020, 292, 293.

80 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1036.

81 Kocher, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 180.

82 Zum Fall ebenso Fuhrrott, EWIR 2020, 185; grundlegend Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1041.

83 DGB, Diskussionspapier zur Plattformarbeit, 2019, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/themen/++co++ca368f38-f961-11e9-8aa8-52540088cada> (4.6.2020).

84 Arbeitsrechtliche Lösungsansätze bei Kocher, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 185 ff.; Waas, in: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka (Fn. 17), S. 176; Schneider-Dörr, Erwerbsarbeit in der Plattformökonomie, HBS Working Paper 116, Berlin 2019 mit Darstellung des aktuellen Diskussionsstands.

85 Kocher, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 190.

86 Zusammenfassung bei Hensel, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 240 ff.; Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe Bd. 26, Frankfurt aM. 2018; Weber, DRV 2019, 247 ff.

87 Dazu Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 83), S. 66 ff.

88 Däubler, AiB 2/2020.

89 Dazu Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 83), S. 88 ff.; Countouris/De Stefano, in: ETUC (Fn. 16), S. 48 ff.

90 Risak/Lutz, Arbeit in der Gig Economy, Wien 2017, abrufbar unter: <https://www.gig-economy.at/kapitel-14-gute-arbeitsbedingungen-in-der-gig-economy-was-tun/> (5.6.2020).

ber umgesetzt werden muss. Die dort geregelten Arbeitsbedingungen sollen gem. § 1 Abs. 2 für »jeden Arbeitnehmer« gelten, so dass die Richtlinie jedenfalls zur Klärung der Statusfrage von Plattformbeschäftigten keinen großen Beitrag leisten kann.<sup>91</sup> Die VO (EU) 2019/1150 vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten ist hinsichtlich des Anwendungsbereichs ebenfalls unklar – geschützt werden »gewerbliche Nutzer« ua. von Online-Vermittlungsdiensten.

Wichtige Regulierungsansätze bietet allerdings das Datenschutzrecht, insbesondere die Datenschutzgrundverordnung. Denn ein wesentliches Problem ist die Intransparenz von Arbeitsbedingungen und Abläufen auf der Plattform, die das Arbeitsverhältnis beeinträchtigen.<sup>92</sup> Zugang zu diesen Daten zu erhalten, würde es Crowdworkern jedenfalls ermöglichen, Entscheidungen der Plattformen zu überprüfen und rechtlich gegen sie vorzugehen. Hier ist es entscheidend, Daten aus »ratings«, den Bewertungssystemen der Plattformen, als persönliche Daten einzuordnen. Dies sollte explizit geregelt werden.<sup>93</sup> Damit könnte auch den oben unter II.4. beschriebenen Diskriminierungsrisiken besser begegnet werden.

Ein weiteres Handlungsfeld ist die Regulierung algorithmischer Entscheidungssysteme, die als »künstliche Intelligenz« bezeichnet werden.<sup>94</sup> Auch hier geht es um Datenschutz und Zugang zu Daten zum Zweck der Kont-

rolle, aber auch um Schutz vor Diskriminierungen. Auf der Ebene der Europäischen Union ist hier mit der KI-Strategie von 2018 ein Diskussionsprozess im Gange, die Europäische Kommission hat ein Weißbuch vorgelegt und strebt rechtliche Rahmenbedingungen an.<sup>95</sup> Dabei soll geprüft werden, welche Richtlinien einer Anpassung bedürfen. Auch die Bundesregierung ist am Ball, will beispielsweise ein Zertifizierungssystem für algorithmische Systeme entwickeln. Hierfür wurde das Deutsche Observatorium für Künstliche Intelligenz in Arbeit und Gesellschaft (KI-Observatorium) gegründet, dessen Hauptaufgabe soll es sein, »die Anwendung Künstlicher Intelligenz im Gesellschafts-, Arbeits- und Wirtschaftsleben zu beobachten, weiterzuentwickeln und Handlungsempfehlungen für ihre Nutzung zu formulieren«.<sup>96</sup> Es gilt, bei diesen Prozessen der Weiterentwicklung des Rechts auch die Plattformökonomie und ihre Beschäftigungsbedingungen mitzudenken. Auf in die Zukunft (die Arbeitswelt ist schon da)!

91 Zum europäischen Arbeitnehmerbegriff *Kocher*, in: Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Fn. 4), S. 173, 175.

92 Fairwork, Germany Ratings 2020 (Fn. 5), S. 11 ff.

93 *Silbermann*, Expertenanhörung zum Dritten Gleichstellungsbericht, 2020.

94 Dazu *Klebe*, SR 2019, 40.

95 Europäische Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65 final.

96 BMAS, PM v. 3.3.2020, abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/eroeffnung-ki-observatorium.html> (4.6.2020).

# Working 9 to 5 – Überholte Realität? Drei Möglichkeiten der Arbeitszeitflexibilisierung gemessen an der (jüngsten) EuGH-Rechtsprechung

Dr. Marta J. Glowacka, LL.M. (WU), Wirtschaftsuniversität Wien

## I. Einleitung

In den 1980er Jahren veröffentlichte *Dolly Parton* das Lied »9 to 5« und besingt damit diese Arbeitsweise. Viele werden sich auch 40 Jahre später noch im Liedtext wiederfinden. Für andere müsste der Titel »9 to 9« lauten, damit sie sich damit identifizieren können. Obwohl auch der künstlerische (Mehr-)Wert von Country-Pop vortrefflich diskutiert werden kann, erscheint die inhaltliche Aussage doch facettenreicher und von einem gesellschaftspolitischen Missverhältnis geprägt. Im Kern geht es wohl um einen mangelnden Ausgleich, der mehrere Ebenen betrifft: zum einen zwischen den jeweiligen Interessen der Arbeitsvertragsparteien (Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber und vice versa), zum anderen zwischen Arbeits- und Privatleben (Stichwort: Work-Life-Balance) und nicht zuletzt (und noch immer) zwischen den Geschlechtern.<sup>1</sup> Von einem rechtspolitischen Standpunkt stellt sich die Frage, wie auf die Entwicklung der Arbeitswelt reagiert bzw. eingewirkt werden kann und soll, um den Interessenausgleich zu ermöglichen und voranzutreiben. Dabei spielt das Arbeitszeitrecht eine bedeutende Rolle. So änderte der österreichische Gesetzgeber zuletzt das Arbeitszeitgesetz, um es flexibler zu gestalten und dadurch die bessere Anpassung der Arbeitszeitvolumina an die Auftragslage sowie eine bessere Vereinbarkeit von Familie, Beruf und Freizeit ermöglichen.<sup>2</sup> Gleichzeitig erweckt der EuGH den Eindruck, als würde solchen Tendenzen ein Riegel vorgeschoben werden sollen. Die in letzter Zeit in Auslegung der Europäischen Arbeitszeitrichtlinie ergangenen Entscheidungen (insb. in den Rs. *Matzak*, *Syndicat* und *CCOO*) scheinen flexible Arbeitszeitregelungen einzuschränken und das klassische Konzept der Arbeitszeitregulierung zu propagieren. Ausgehend von dieser Diskrepanz gilt es im Folgenden den Rahmen der Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts abzustecken und dabei konkret auf drei Möglichkeiten einzugehen.

## II. Allgemeines

Gemäß Art. 31 Abs. 2 EU-Charta der Grundrechte (GRC) hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf einen bezahlten Jahresurlaub.<sup>3</sup> Der EuGH<sup>4</sup> weist diesem Grundrecht verschiedene Funktionen zu, insbesondere den Schutz vor Erosion und die Gewährleistung der praktischen Durchsetzung oder Wirkung. Spezifiziert werden diese Grundsätze durch die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (AZRL).<sup>5</sup> Die AZRL wurde als Teil des Aktionsprogramms der Sozialcharta der EG eingeführt, um Mindestvorschriften für Gesundheit und Sicherheit bei der Arbeitszeitgestaltung in der EU zu gewährleisten. Hierzu gehört vor allem, dass die Mitgliedstaaten erforderliche Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer eine tägliche und wöchentliche Ruhezeit von elf bzw. 35 Stunden (Art. 3 und 5) sowie ein bezahlter Mindestjahresurlaub von vier Wochen (Art. 7) gewährt werden und die wöchentliche Arbeitszeit 48 Stunden pro Woche einschließlich der Überstunden nicht überschreitet (Art. 6).

1 Immerhin ist das Lied von einer Vereinigung zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen am Arbeitsplatz (9to5, National Association of Working Women) inspiriert.

2 S. die Details bei Glowacka, ASoK 2018, 282. S. auch *diess.*, ASoK 2018, 2.

3 S. allgemein *Knecht*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 31 GRC; *Hüpers/Reese*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 31; *Kröll*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, 2. Aufl., Wien 2019, Art. 31; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020, Art. 31 GRC. S. auch Mitteilung der Kommission betreffend die Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union, KOM(2010) 573 endg.

4 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 40ff.

5 S. Erl. 2 zu Art. 31 GRC; EuGH, 6. 11. 2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 55 mwN.; *Barnard*, EU Employment Law, 4. Aufl., Oxford 2012, S. 533 ff.; *Bercusson*, European Labour law, London ua. 1996, S. 305–347; *Leccese*, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier (Hrsg.), International and European Labour Law, München ua. 2018, S. 1285–1320; *Risak*, in: Schlachter (Hrsg.), EU Labour Law, Alphen aan den Rijn 2015, S. 385–419.

Nachdem die Beschränkung der Höchstarbeitszeit mit 48 Stunden pro Woche unter die »sonstigen Aspekte der Arbeitszeitgestaltung« fällt,<sup>6</sup> könnte dieser im Vergleich zur Ruhezeit und zum Urlaubsanspruch eine begrenzte Bedeutung beigemessen werden.<sup>7</sup> In ständiger Rechtsprechung<sup>8</sup> betont der EuGH aber, dass die Richtlinienbestimmungen den bezahlten Jahresurlaub, die Mindestruhezeit und auch die Höchstarbeitszeit betreffend, »besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Gemeinschaft sind, die jedem Arbeitnehmer (...) zugutekommen müssen«. Nichtsdestotrotz können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 16 AZRL zT. abweichende Bezugszeiträume vorsehen, um mehr Freiräume bei der Durchrechnung zu ermöglichen. Des Weiteren gilt es auch die Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten iSd. Art. 17 ff. AZRL zu beachten, die auf die Spezifika einzelner Tätigkeiten, Bereiche und Branchen Bedacht nehmen. Damit lässt die AZRL Raum für Flexibilität und erkennt das Prinzip der Freiwilligkeit an.<sup>9</sup> Die Bestimmung über den Jahresurlaub (Art. 7) ist tatsächlich die einzige, von der gar nicht abgewichen werden darf.<sup>10</sup>

Nicht lange nachdem die AZRL 2003/88/EG verabschiedet worden war, wurde eine Überarbeitung ebendieser in Angriff genommen.<sup>11</sup> Die Revision sollte dem Wandel der Arbeitswelt und den damit einhergehenden Schwierigkeiten bei der Durchführung der AZRL Rechnung tragen, insb. die sozialen, wirtschaftlichen, technologischen und demografischen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts bewältigen und der mangelnden Effektivität des Arbeitszeitrechts der EU Herr werden.<sup>12</sup> Die Meinungen der angehörten Sozialpartner hierzu gingen zwar zT. deutlich auseinander, einig waren sie sich aber, dass die Implementierung von Änderungen notwendig sei.<sup>13</sup> Für die Kommission standen dabei vor allem die Regelung von Bereitschaftsdiensten und Ausgleichsruhezeiten, größere Flexibilität im Hinblick auf neue Arbeitsformen, Work-Life-Balance in Anbetracht demografischer Gegebenheiten sowie Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis im Vordergrund.<sup>14</sup> Im Ergebnis scheiterte das Reformvorhaben am mangelnden Konsens auf europäischer Ebene.<sup>15</sup>

### III. Neue Flexibilität

Bekanntlich ist Papier geduldig. Diese auf Cicero zurückgehende Weisheit passt selten so gut wie im gegenständlichen Zusammenhang. Allerdings scheint sich die prakti-

sche Effizienz der (vor mittlerweile Jahrzehnten) aufgesetzten Schranken immer mehr von der Theorie abzuheben.<sup>16</sup> So hält beispielsweise *Wiebauer*<sup>17</sup> fest, dass der klassische »Nine-to-five-Job« im Zuge der Digitalisierung zum Auslaufmodell geworden ist. Nicht zuletzt auch die jüngste auf COVID-19 zurückgehende Krise stellt die Regeln des vergangenen Jahrtausends in Frage. Die Ausnahme-situation, die bald zur »neuen Normalität« geworden ist, erfordert von beiden Arbeitsvertragsparteien mehr Resilienz und vor allem Flexibilität. Im Folgenden sollen daher drei Aspekte, die von dem alt(bewährt)en 9-to-5-System abweichen und die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses bezogen auf die Arbeitszeit zum Ziel haben, untersucht werden: sog. Molekularisierung (1.), Berücksichtigung der Arbeitsintensität (2.) und Absteckung (weiterer) Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten (3.).

Dabei gilt es zum einen die Zulässigkeit dieser drei Aspekte *de lege lata* zu untersuchen und zum anderen die Grenzen *de lege ferenda* abzustecken. Teleologisch ist der Rahmen der Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vor allem am Zweck der regulatorischen Vorgaben der EU zu messen.<sup>18</sup> Obwohl ursprünglich die Beschäftigungspolitik im Vordergrund stand,<sup>19</sup> ist die von der AZRL angestreb-

6 S. dazu auch *Hanau*, EuZA 2019, 423, 434 f.

7 *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Arbeitszeitmodelle der Zukunft, München 2019, S. 107.

8 EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 49; EuGH, 7.9.2006 – C-484/04 – Slg. 2006, I-7471 (Komm/UK), Rn. 38; EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel), Rn. 23.

9 *Barnard*, Industrial Law Journal 28 (1999), 61 ff.; *Hanau*, EuZA 2019, 423, 426 verweist in diesem Zusammenhang ebenso auf den Grundsatz *in dubio pro libertate*, zu dem sich die Europäische Kommission bei Auslegungszweifeln bekennt.

10 Weiterführend *Barnard/Deakin/Hobbs*, Industrial Law Journal 32 (2003), 223 ff.; *Rodgers*, Industrial Law Journal 38 (2009), 80, 88.

11 Im Detail *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 3), Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 11 ff. S. dazu insb. KOM(2004) 607, KOM(2005) 246 und KOM(2010) 106 endg.

12 KOM(2010) 801 endg.

13 SEC(2010) 1610.

14 Vgl. dazu *Franzen*, ZESAR 2015, 407 ff.

15 *Bayreuther*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2015, § 11 Rn. 64.

16 *Krause* (NZA-Beil. 2019, 86) hinterfragt, ob »sich die Normativität künftig stärker an der Faktizität orientieren oder soll umgekehrt die Faktizität wieder stärker an der Normativität herangeführt werden« soll.

17 *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, 1432.

18 *Bayreuther*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 15), § 11 Rn. 2; *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 3), Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 2; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl., Köln 2019, § 7 Rn. 1 f.

19 *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), S. 110 mwN.

te Harmonisierung des Arbeitszeitrechts primär von der Gewährleistung von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz getrieben.<sup>20</sup> Dieses Ziel ist zwar nicht ausdrücklich in Art. 151 Abs. 1 AEUV definiert, kommt aber deutlich aus Art. 153 Abs. 1 lit. a AEUV (»Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer«) zum Ausdruck, der für die AZRL die entsprechende Rechtsgrundlage darstellt.<sup>21</sup> So identifiziert auch die Kommission 2010 als Hauptziel der AZRL den Schutz der Arbeitnehmer vor überlangen Arbeitszeiten und die Garantie der Einhaltung ihrer Ruhezeiten.<sup>22</sup> Die in der AZRL festgelegten Mindestvorschriften sind dazu bestimmt, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu verbessern.<sup>23</sup> Dabei gilt es laut ErwG. 4 zu beachten, dass die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen darstellen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen. Damit scheint der Unionsgesetzgeber eine gewisse Abwägung zwischen Art. 31 Abs. 2 GRC und der unternehmerischen Freiheit iSd. Art. 16 GRC anzudeuten.

Dies bedeutet aber keinesfalls, dass wirtschaftliche Argumente vollends außer Betracht zu bleiben haben. Immerhin anerkennt der EuGH<sup>24</sup> die Berücksichtigung der speziellen Belastung, der Ressourcen sowie der Größe des Unternehmens, zuletzt sogar im Anwendungsbereich der AZRL.<sup>25</sup> Was bisher zu kurz zu kommen scheint, ist die Anerkennung, dass es sich hierbei auch um ein von Arbeitnehmern getriebenes Interesse handeln kann. Zum einen im Hinblick auf eine bessere Vereinbarkeit von Privat- und Berufsleben, zum anderen verweist Krause<sup>26</sup> aber auch auf Studien, die belegen, dass »autonome Arbeitszeitmodelle im Vergleich zu fest vorgegebenen Arbeitszeiten das Risiko gesundheitlicher Belastungen« senken können.<sup>27</sup> Der Zurückdrängung der Privatautonomie zugunsten eines generalisierten Allgemeininteresses sind die engen Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu setzen. Darüber hinaus ist nach ErwG. 15 in Anbetracht der Fragen, die sich aufgrund der Arbeitszeitgestaltung im Unternehmen stellen können, eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung einzelner Bestimmungen der AZRL vorzusehen.<sup>28</sup> Fraglich erscheint nur, ob man Flexibilität als Zweck neben die Bestimmungen stellt oder Flexibilität nur im Rahmen der Vorgaben der AZRL zulässt.<sup>29</sup>

## 1. Molekularisierung der Arbeitszeit

Zuallererst soll der Möglichkeit der sog »Molekularisierung« der Arbeitszeit nachgegangen werden. Hierunter will eine Fragmentierung der täglichen Arbeitszeit, kurzum eine Streuung ebendieser über den ganzen Tag<sup>30</sup> verstanden sein. Terminologisch möchte sie sich vom sog. Atomisierungsverbot abgrenzen. Dieses hat sich in der österreichischen Literatur<sup>31</sup> für Unterbrechungen, die vom Arbeitnehmer ausgehen und damit dessen Sphäre zuzuordnen sind, etabliert. Danach sollen Kürzestunterbrechungen (zB. Kratzen, Nießen, Gliederstrecken)<sup>32</sup> die Erbringung der Arbeitsleistung nicht stören. Dogmatische Grundlage hierfür sei das dem Arbeitszeitgesetz (AZG) immanente Prinzip, von längeren zusammenhängenden Zeiträumen auszugehen, die lediglich durch Ruhepausen unterbrochen werden.

Abgesehen davon seien Kürzestunterbrechungen über § 8 Abs. 3 AngG bzw. § 1154b Abs. 5 ABGB zu legitimieren. Hiergegen ist aber anzuführen, dass letztere Bestimmungen die Fortzahlung des Entgeltes durch den Arbeitgeber trotz mangelnder Arbeitsleistung vorsehen, wenn der Arbeitnehmer aus wichtigen, die Person betreffenden Gründen ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert war. Nach hM.<sup>33</sup>

20 Vgl. zB. EuGH, 12.11.1996 – C-84/94 – Slg. 1996, I-5755 (UK/Rat), Rn. 22; EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 ua. – Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer ua.), Rn. 76; EuGH, 25.11.2010 – C-429/09 – Slg. 2010, I-12167 (Fuß), Rn. 33, 43 und 79; EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 23 ff.

21 Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019.

22 KOM(2010) 801 endg. 9.

23 Zuletzt EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – öAT 2019, 12 (Sindicatul Familia Constanța), Rn. 39 mwN.

24 EuGH, 24.4.2008 – C-55/07 ua. – Slg. 2008, I-3135 (Michaeler/Subito).

25 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 63.

26 Krause, NZA-Beil. 2019, 86, 87.

27 S. auch Gärtner/Arlinghaus, ZAS 2020, 20.

28 So auch Hanau, EuZA 2019, 423, 426.

29 Klocke, HSI-Newsletter 4/2017.

30 ZB. 7:00–7:30, 9:30–16:00, 21:00–22:30.

31 Gerhartl, *ecolex* 2015, 693; Resch, in: Brodil (Hrsg.), *Entgrenzte Arbeit*, Wien 2016; Wolf, in: Mazal/Risak (Hrsg.), *Das Arbeitsrecht*, 33. Aufl., Wien 2019, Kap XI Rn. 14; vgl. Jöst/Gärtner, *JAS* 2018, 11, 13.

32 Vgl. aber VwGH, 29.6.1992 – 92/18/0097 – ARD 4446/24/93, wonach das Umkleiden oder Waschen nicht als Arbeit zu bewerten seien, da solche Tätigkeiten überwiegend im eigenen Interesse des Arbeitnehmers lägen.

33 Drs, in: Neumayr/Reissner (Hrsg.), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Wien 2018 (im Folgenden: *ZellKomm*), § 8 AngG Rn. 156 ff.; Holzer, in: Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg.), *Kommentar zum Angestelltengesetz*, Wien 2013, § 8 Rn. 60; Krejci, in: Rummel (Hrsg.), *ABGB*, 3. Aufl., Wien 2007, § 1154b Rn. 40.

kann hiermit sogar eine wochenlange Unterlassung der Arbeitsleistung gerechtfertigt werden. Diese Regelung eignet sich daher nicht zur Rechtfertigung des Atomisierungsverbotes. Vielmehr besteht dieser Entgeltfortzahlungsanspruch relativ unabhängig von der Diskussion um Kürzestunterbrechungen. Denn die Aufrechterhaltung des Entgeltanspruches auch für die kürzeste Unterbrechung kann am Verschulden des Arbeitnehmers scheitern. Oder es liegt schlicht keine Notwendigkeit vor, die bei einer Kollision mit den Vertragspflichten als höherwertiger erscheint (insb. im Hinblick auf Sitte und Herkommen oder öffentlich-rechtliche Pflichten).<sup>34</sup>

Des Weiteren übersieht diese Argumentation, dass die Entgeltfortzahlung die vertragliche Ebene und damit vor allem die Frage des Entgeltes betrifft, nicht die des Arbeitnehmerschutzes. Denn sogar das AZG anerkennt explizit, dass Unterbrechungen der Arbeitszeit, die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz dienen, grds. unbezahlt sind.

Das Prinzip der Anrechnung von Nichtarbeitszeiten auf die Arbeitszeit muss aber auch den Anhängern des Atomisierungsverbotes spätestens dann aufstoßen, wenn nicht mehr von Kürzestunterbrechungen gesprochen werden kann. Für eine Grenzziehung spricht nicht zuletzt Praktikabilität. Um der bereits geprägten Terminologie gerecht zu werden, ist damit die »Molekularisierung« der Arbeitszeit geboren. Als Beispiel für längere (und/oder häufigere) Unterbrechungen sei dabei die – ebenfalls aus Gründen der Sicherheit und Gesundheit immer mehr auch im Arbeitsleben verpönte – Zigarettenpause angeführt.<sup>35</sup> Spätestens dann erscheint eine Fiktion der Erbringung einer Arbeitsleistung nicht mehr gerechtfertigt.<sup>36</sup>

Die Legitimierung der mit der Molekularisierung einhergehenden Herausrechnung der Nichtarbeitszeiten geht potentiell mit der Lockerung des Verbotes der Unterbrechung der Arbeit durch private Tätigkeiten einher.<sup>37</sup> Dies wiederum trägt nicht nur der immer gängiger werdenden Praxis, sondern der immer deutlicher auch von Arbeitnehmern eingeforderten Flexibilität Rechnung. Geht man nun – aus Gründen der Dogmatik, aber auch der Praktikabilität – vom Atomisierungsverbot aus, möchte man wiederum aus Gründen der Reziprozität meinen, dass das für die Anrechnung auf die Arbeitszeit entwickelte Atomisierungsverbot umgekehrt auch für Unterbrechungen der Ruhezeit gelten muss. Demnach dürften sie nur zählen, wenn sie eine bestimmte Intensität bzw. einen gewissen Beanspruchungsgrad erreichen, zB. durch eine bestimmte Regelmäßigkeit oder Häufigkeit.<sup>38</sup> In solchen Fällen liegen

nämlich »nur in ganz untergeordneter Weise Verhaltensbindungen« vor.<sup>39</sup> Damit ist für die Abgrenzung der Arbeitszeit von der Ruhezeit die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Arbeitnehmer über die Verwendung der Zeit bzw. den Grad der Abhängigkeit ausschlaggebend.<sup>40</sup> Dies entspringt dem vom Arbeitszeitrecht verfolgten Ziel der Ermöglichung der Selbstverwirklichung außerhalb der Arbeit.<sup>41</sup> Beide Seiten der Medaille – Flexibilisierung sowohl der Arbeitszeit als auch der Ruhezeit – gilt es nun im Anwendungsbereich der AZRL zu untersuchen.

### a) Fragmentierung der Arbeitszeit

Art. 2 Nr. 1 AZRL definiert Arbeitszeit als »jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt«. Auch nach dem äußerst möglichen Wortsinn der Formulierung kann hierbei von keiner Einschränkung auf einen ausnahmslos zusammenhängenden Zeitraum ausgegangen werden. Ganz im Gegenteil ist nach Art. 4 zumindest einmal zu unterbrechen, um eine Ruhepause zu gewähren; weitergehende Pausen dürften unzweifelhaft dem Hauptzweck der AZRL entsprechen. Daher werden die Mitgliedstaaten auch zur Erlassung bzw. Anwendung für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigerer Vorschriften nach Art. 15 AZRL ermächtigt. Die Zulässigkeit

34 Vgl. ZellKomm-Drs (Fn. 33), § 8 AngG Rn. 121 ff.

35 Vorwegnehmend möchte sich die Autorin dezidiert gegen eine Analogie zu höherwertigen Pflichten aussprechen; mag es sich dabei auch um die Erfüllung einer physisch wie psychisch notwendig erscheinenden Tätigkeit handeln.

36 Im Ergebnis wohl Jöst/Gärtner, JAS 2018, 11, 13 f.

37 Vgl. Wolf, in: Mazal/Risak (Fn. 31), Kap. XI Rn. 14 insb. Fn. 87.

38 IdS. Anzinger/Koberski, ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2014, §§ 2, 5 Rn. 13 und 56; Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl., München 2014, § 5 Rn. 14; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054; Jacobs, NZA 2016, 733, 736 f.; Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178, 179; kritisch Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 18), § 7 Rn. 7.128 mwN. Vgl. Risak (ZAS 2013, 299), wonach »sehr kurze, meist nur einige Minuten oder weniger dauernde, punktuelle Arbeitsleistungen in Form von Telefonaten oder kurzen Mails (als) in Intensität und Inhalt von der ›vollen Arbeitsleistung‹ unterschiedliche Leistungserbringung (es) rechtfertigt, bei derartigen Smartphone-Erreichbarkeiten von einigen Regelungen zur Rufbereitschaft abzuziehen und mehr Flexibilität zuzulassen.« Auch Bremm (ÖZPR 2019, 36) spricht von »keinen unverhältnismäßigen Verpflichtungen in den echten Ruhezeitphasen.« Tomandl (ZAS 2019, 76) spricht von »keiner nennenswerten Belastung des AN«.

39 Mazal, Liber Amicorum Rebhahn, 2014, S. 67. S. auch Karner, in: Mazal/Risak (Fn. 31), Kap. VI Rn. 7d, wonach für die Abgrenzung zwischen einer kurzen Kontaktaufnahme und einem tatsächlichen Arbeitseinsatz »eine halbe Stunde als brauchbarer Ansatz gewählt werden« kann.

40 S. auch Korenjak, ZAS 2017, 109.

41 Vgl. Risak, ZAS 2013, 296.

der Teilung von Diensten anerkennt auch Art. 17 Abs. 4 lit. b AZRL. Insgesamt scheinen daher weder systematische noch teleologische Überlegungen gegen die Zulässigkeit häufigerer Unterbrechungen und damit gegen die Molekularisierung der Arbeitszeit zu sprechen. Die Gewährung bezahlter Pausen ist nicht vorgesehen und mit der mangelnden Kompetenz der EU hinsichtlich des Arbeitsentgeltes iSd. Art. 153 Abs. 5 AEUV zu begründen.<sup>42</sup>

Ruhezeit ist gem. Art. 2 Nr. 2 AZRL »jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit«. Dass damit ein Alternativverhältnis zu Art. 2 Nr. 1 vorliegt, scheint unstrittig.<sup>43</sup> Auffallend ist, dass der Begriff der Ruhezeit nicht eigens definiert wird, sondern lediglich als Restgröße zu sehen ist. Dadurch werden keine anderen Anforderungen an das Vorliegen von Ruhezeit gestellt, als dass nicht zugleich Arbeitszeit vorliegen darf. Zumindest nach dem Wortlaut ist es somit nicht erforderlich den Erholungswert der Ruhezeit zu hinterfragen; diese Voraussetzung könnte aber im Wege der teleologischen Auslegung Eingang finden. Auch dann stünde die Definition von Ruhezeit der im Rahmen der soeben dargestellten Molekularisierung aufgestellten These, dass unbedeutende, die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Arbeitnehmer nicht beschneidende Tätigkeiten im Interesse des Arbeitgebers die Ruhezeit nicht zwangsläufig unterbrechen, nicht entgegen. Denn auch wenn der EuGH so weit geht, jede Form der beschränkten Selbstbestimmung unter den Begriff der Arbeitszeit zu subsumieren,<sup>44</sup> ist damit doch eine gewisse Hürde gesetzt. So spricht es nach der Rechtsprechung<sup>45</sup> des EuGH dafür, dass der betrachtete Zeitraum keine Arbeitszeit im Sinne der AZRL ist, wenn die Arbeitnehmer ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen können. (Ausgleichs-)Ruhezeiten müssen »dadurch gekennzeichnet sein, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeiten gegenüber seinem Arbeitgeber keiner Verpflichtung unterliegt, (...) um die Auswirkungen der Arbeit auf seine Sicherheit und Gesundheit zu neutralisieren«.<sup>46</sup>

Die Auslotung des erforderlichen Minimums führt in teleologischer Auslegung zum Erholungswert der Ruhezeit. Dieser darf durch die Unterbrechung der Ruhezeit daher nicht ausgehebelt werden. Dabei werden Dauer, Frequenz, Summe und Lage ebendieser eine Rolle spielen. Durch die Unterbrechung des Schlafrhythmus wird dessen Erholungswert komplett beseitigt.<sup>47</sup> In der deutschen Literatur<sup>48</sup> wird die Diskussion um die Unterbrechung der Ruhezeit unter dem Stichwort der »Sozialadäquanzen«

geführt. Danach solle »der Grundsatz der sozial adäquaten Betätigung und Kommunikation (gelten), welche nicht immer ein neu entstehendes Erholungsbedürfnis nach sich ziehen kann«. Aus diesem Grund sprechen sich einige für eine dahingehende teleologische Reduktion aus, dass geringfügige Unterbrechungen der Ruhezeit unschädlich sein sollen.<sup>49</sup> Die zT. geforderte Kodifizierung einer konkreten Bagatellgrenze mag zwar den Vorteil der Praktikabilität haben, dogmatisch korrekter erscheint aber – vor allem auch im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH – eine auf den Einzelfall abstellende Lösung.<sup>50</sup> Dazu passt auch, dass laut *Junker*<sup>51</sup> eine Bagatellklausel im Wege der richterlichen Interpretation in den Begriff der Arbeitszeit hineingelesen werden könne.

### b) Verkürzung bzw. Fragmentierung der Ruhezeit

Die noch spannendere Frage, die sich im gegenständlichen Zusammenhang stellt, ist, ob die Molekularisierung eine Verkürzung<sup>52</sup> bzw. Fragmentierung der Ruhezeit rechtfertigt.<sup>53</sup> Dafür würde sprechen, dass iSd. Erwg. 5 der Begriff »Ruhezeit« in Zeiteinheiten auszudrücken ist, dh. »in Tagen, Stunden und/oder Teilen davon.« Allerdings normiert Art. 3 AZRL eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden. Die damit einhergehende Problematik könnte über die Definition der Arbeitszeit selbst gelöst werden. Diese verlangt, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht. Es könnte argumentiert werden, dass im Falle einer vom Arbeitnehmer ausgehenden Mole-

42 Insb. EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 39; EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel), Rn. 32 mwN.

43 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 55 mwN.; *Rebhahn*, EuZA 2013, 207.

44 Vgl. *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), S. 28; *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86, 89.

45 EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (SIMAP), Rn. 50; EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 37.

46 EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 94.

47 Vgl. *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 18), § 7 Rn. 7.131.

48 *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), S. 32 f.

49 *Jacobs*, NZA 2016, 733, 736 f. mwN.; s. auch Fn. 37.

50 Zur damit einhergehenden Schwierigkeit, echte kurzfristige Unterbrechungen von nur scheinbar kurzfristigen Unterbrechungen abzugrenzen, s. *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86, 90.

51 *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), S. 121.

52 Vgl. *Buschmann*, AuR 2019, 291, 292; *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86, 88; *Ulber*, NZA 2019, 677, 680.

53 ZB. Bei einem folgendermaßen fragmentierten Arbeitstag – 7:00–7:30, 9:30–16:30, 21:00–22:30 – liegen zwischen 22:30 und 7:00 am kommenden Tag keine elf Stunden.

kularisierung dieses Element nicht erfüllt ist.<sup>54</sup> Dieser Lösungsweg erscheint aber vielmehr in der Ausnahmefähigkeit nach Art. 17 Abs. 1 AZRL beheimatet, wonach Zeitautonomie Abweichungen von den Art. 3–6, 8 und 16 AZRL rechtfertigt. Dabei mutet der Anwendungsbereich der Ausnahme tatsächlich insoweit als eröffnet an, als die Arbeitszeit im Zuge der Molekularisierung von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Allerdings gelangt diese Ausnahme nicht *grosso modo*, sondern nur beschränkt auf gewisse Arbeitnehmer zu Anwendung.<sup>55</sup> Zur weiteren Legitimierung bietet sich Art. 17 Abs. 4 lit. b AZRL an, wonach »bei Tätigkeiten, bei denen die Arbeitszeiten über den Tag verteilt sind« Abweichungen von der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit iSd. Art. 3 bzw. 5 AZRL zulässig sind, sofern die betroffenen Arbeitnehmer nach Art. 17 Abs. 2 AZRL gleichwertige Ausgleichsruhezeiten (bzw. uU. einen sonstigen gleichwertigen Schutz) erhalten.

Mit der konkreten Auslegung von Art. 17 Abs. 4 lit. b AZRL war der EuGH soweit ersichtlich nur einmal befasst, bezog im Ergebnis aber dann doch keine Stellung.<sup>56</sup> In der Rs. *Sindicatul Familia Constanța* führte der EuGH<sup>57</sup> in Fortentwicklung der im Rahmen der Rs. *Hälvä*<sup>58</sup> getroffenen Feststellungen aus, dass die Tätigkeit von Pflegeeltern, die darin besteht, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einer öffentlichen Behörde ein Kind zu betreuen, in den eigenen Haushalt einzugliedern und die harmonische Entwicklung und die Erziehung dieses Kindes durchgängig zu gewährleisten, vom Anwendungsbereich der AZRL nicht umfasst ist. Zwar sind die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Pflegeeltern als »Arbeitnehmer« im Sinne der AZRL anzusehen. Allerdings wäre die Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit der Pflegeeltern nach Art. 6 AZRL und die Verpflichtung des Arbeitgebers, diesen gemäß Art. 5 und 7 AZRL wöchentliche oder jährliche Ruhezeiten zu gewähren, in denen sie von der Ausübung ihrer Tätigkeit entbunden wären und sich somit nicht um das bei ihnen untergebrachte Kind zu kümmern hätten, mit den Besonderheiten einer solchen Tätigkeit, die erfordern, dass Pflegeeltern das Kind, für das sie das Sorgerecht haben, durchgängig und auf lange Zeit angelegt in ihrem Haushalt und ihrer Familie betreuen, nicht vereinbar.<sup>59</sup> Daher erachtete der EuGH es nicht mehr für erforderlich, auf die restlichen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorgebrachten Fragen zu antworten.

Dazu gehörte ua. auch die Frage, ob eine derartige Pflegeeltern-tätigkeit Gegenstand einer Abweichung von der (wöchentlichen) Ruhezeit auf der Grundlage von Art. 17

Abs. 4 lit. b AZRL sein könne. *Wiebauer*<sup>60</sup> vertritt hierzu die Auffassung, von der Ausnahme seien nur konkrete Berufe, jedoch keine Arbeitszeitkonzepte erfasst. Dabei kann der Begriff »Tätigkeiten« tatsächlich beides erfassen. Nachdem der EuGH regelmäßig auf den Einzelfall abstellt, erscheint es sogar notwendig, auf die Art bzw. die konkreten Spezifika der Tätigkeit Bezug zu nehmen, denn auf die Berufsbezeichnung. Die Fragmentierung der Arbeitszeit kann in gewissen Bereichen typisch, ohne für den gesamten Zweig verallgemeinerungsfähig zu sein. So sind auch bei Reinigungspersonal geteilte Dienste nicht zwingend erforderlich. Vor allem angesichts der demonstrativen Nennung dieses Beispiels erscheint der Anwendungsbereich dieser Ausnahme tendenziell mehr zu erfassen als man *prima vista* angesichts der grds. Tendenz des EuGH<sup>61</sup>, Ausnahmen eng auszulegen, meinen würde.<sup>62</sup>

Zuletzt bleibt die Legitimierung der Molekularisierung der Arbeitszeit und der damit einhergehenden Fragmentierung oder gar Verkürzung der Ruhezeit den Sozialpartnern iSd. Art. 18 vorbehalten. Auch hier allerdings unter der Prämisse, dass gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder subsidiär ein sonst angemessener Schutz gewährt wird. Hierzu hält der EuGH<sup>63</sup> fest, dass solche Ruhezeiten sich unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen müssen, deren Ausgleich sie dienen, um eine Ermüdung oder Überlastung des Arbeitnehmers durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern.

54 Vgl. im Zusammenhang mit dem freiwilligen Lesen einer geschäftlichen E-Mail während der Ruhezeit *Wiebauer* im Rahmen der Diskussion zu *Junker*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), S. 121 f.

55 S. unter III.3.

56 Auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (2017/C-165/01) trifft hierzu daher keine Feststellungen.

57 EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – öAT 2019, 12 (*Sindicatul Familia Constanța*).

58 EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (*Hälvä*).

59 Dahingegen hätte GA *Wahl* (28.6.2018 – C-147/17 (*Sindicatul Familia Constanța*)) die Anwendung der RL bereits an der Subsumtion unter den Arbeitnehmerbegriff mangels Unterordnungsverhältnis zwischen den Pflegeeltern und dem Jugendamt scheitern lassen.

60 *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, 1434.

61 ZB. EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (*Matzak*), Rn. 38; EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (*Union syndicale Solidaires Isère*), Rn. 39 f.

62 Vgl. dazu *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl., Frankfurt aM. 2015, § 7 Rn. 42 ff.; *Karthus*, AuR 2017, 154 ff.

63 EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (*Jaeger*), Rn. 94 f.; EuGH, 23.12.2015 – C-180/14 – AuR 2016, 162 (*Kommission/Griechenland*), Rn. 52 f.

Hinsichtlich der Länge der Ausgleichsruhezeiten haben diese der vorgenommenen Kürzung zu entsprechen. Dieser Voraussetzung würde die Molekularisierung der Arbeits- und Ruhezeit gerecht werden, solange die Ruhezeit in Summe durchschnittlich elf Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum ausmacht und die Qualität der Ruhezeit hierunter nicht leidet, weil zB. der individuelle Schlafrhythmus unterbrochen wird.<sup>64</sup> Hiergegen könnte nur vorgebracht werden, dass die AZRL derartige Flexibilität in teleologischer Auslegung nicht zulässt.

### c) Jüngste EuGH-Rechtsprechung

Denn zuletzt hat der EuGH Rechtsprechung erlassen, die man als Flexibilität beschränkend ansehen könnte. So wurde in der Rs. *Kommission/Griechenland*<sup>65</sup> ein Verstoß gegen die AZRL durch die fehlende Begrenzung der Wochenarbeitszeit auf 48 Stunden und die fehlende Einführung einer täglichen Mindestruhezeit und Ausgleichsruhezeit für Krankenhausärzte festgestellt. Dass Ruhezeiten nur zu »anderen Zeiten« gewährt werden, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der verlängerten Arbeitszeit aufweisen, berücksichtige nicht in geeigneter Weise die Notwendigkeit, die allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer einzuhalten, die die Grundlage der Unionsregelung über die Arbeitszeitgestaltung bilden. Indem sie vorsehen, dass die Ruhezeit von 24 Stunden, die Ärzten nach jeder aktiven Bereitschaft zu gewähren ist, bis um eine Woche nach dem Tag des Bereitschaftsdienstes verschoben werden kann, stünden die griechischen Rechtsvorschriften nicht in Einklang mit der AZRL. Diese Entscheidung belegt die Notwendigkeit des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhanges der (Ausgleichs-)Ruhezeit mit der (verlängerten) Arbeitszeit. Damit steht sie dem Modell der Molekularisierung nicht entgegen. Dabei wird der Betrachtungszeitraum nicht verlängert, sondern durch die häufigere Abwechslung von Ruhe- und Arbeitszeit vielmehr verkürzt. Die Tatsache, dass an kürzere Blöcke von Arbeitszeiten kürzere Zeiträume der Ruhe anschließen, scheint dem Hauptzweck der AZRL nicht entgegenzustehen, sondern zusätzlich auch dem Ziel der besseren Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben Rechnung zu tragen.

In der Rs. *Syndicat*<sup>66</sup> hatte sich der EuGH mit dem französischen Recht zu befassen, das vorsah, dass die wöchentliche Arbeitszeit für jeden Sieben-Tages-Zeitraum, einschließlich Überstunden, im Durchschnitt 48 Stunden

innerhalb eines Sechsmonatszeitraums in einem Kalenderjahr nicht überschreiten darf. Die französische Gewerkschaft vertrat die Auffassung, dass es gegen die AZRL verstößt, einen festen Bezugszeitraum von einem Kalenderhalbjahr zur Berechnung der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit festzulegen. Dahingegen vertrat der EuGH die Auffassung, dass es den Mitgliedstaaten in Ermangelung anderer Vorgaben freistehe, feste oder gleitende Bezugszeiträume festzulegen. Es sei nur wichtig, dass die mit der AZRL verfolgten Ziele, nämlich ein wirksamer Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, erreicht werden. Feste Bezugszeiträume können jedoch dazu führen, dass einem Arbeitnehmer in zwei aufeinanderfolgenden festen Bezugszeiträumen viel Arbeitszeit zugewiesen wird und damit im Durchschnitt die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird. Dies würde dem Schutzzweck der AZRL zuwiderlaufen. Die Mitgliedstaaten, die feste Bezugszeiträume vorsehen, müssen daher Mechanismen einführen, die sicherstellen, dass die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden während jedes Sechsmonatszeitraums, der sich über zwei aufeinanderfolgende feste Bezugszeiträume erstreckt, eingehalten wird. Nachdem der EuGH damit fixe Durchrechnungszeiträume nicht per se verbietet, sondern hierfür nur Maßnahmen verlangt, die den Hauptzweck der AZRL effektuieren, könnte es als ausreichend angesehen werden, eine »rollierende« Betrachtung nur für längere Durchrechnungszeiträume iSd. Art. 19 AZRL zu verlangen. Wohingegen im Falle kürzerer Durchrechnungszeiträume eine Fixierung dem Hauptzweck entsprechen könnte, da Zeiträume, in denen höhere Wochenarbeitszeiten als 48 Stunden geleistet werden, nur zeitlich beschränkt möglich sind.

Im Ergebnis hebt die Entscheidung in der Rs. *Syndicat* die Bedeutung der Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit hervor, anerkennt aber zugleich ein gewisses Flexibilitätserfordernis, dessen Zulässigkeit sich mit dem Arbeitnehmerschutz iS. begrenzen lässt. Hierdurch scheint auch die in der Rs. *Dellas*<sup>67</sup> getroffene Feststellung relativiert, die darauf schließen lässt, dass der EuGH ein partielles Abweichen von der AZRL mit der Begründung, das sonstige

<sup>64</sup> Vgl. *Ulber*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 18), § 7 Rn. 7.131.

<sup>65</sup> EuGH, 23.12.2015 – C-180/14 – AuR 2016, 162 (*Kommission/Griechenland*).

<sup>66</sup> EuGH, 11.4.2019 – C-254/18 – NZA 2019, 765 (*Syndicat des cadres de la sécurité intérieure*).

<sup>67</sup> EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (*Dellas*), Rn. 52.

Arbeitszeitrecht sei insgesamt günstiger, nicht zu akzeptieren scheint. Denn der Schutzzweck der AZRL ist nicht teilbar. Daher erscheint eine darauf gerichtete Gesamtbetrachtung sehr wohl zielführend.<sup>68</sup> Das bedeutet, dass der für die Durchrechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit iSd. Art. 6 AZRL zur Anwendung gelangende rollierende Betrachtungszeitraum auch zur Absteckung der Grenzen der Flexibilisierung der Ruhezeit iSd. Art. 3 bzw. Art. 5 AZRL herangezogen werden kann, allerdings nicht zwingend ist.<sup>69</sup> Gleichzeitig steht eine allfällige Notwendigkeit der rollierenden Durchrechnung der Molekularisierung nicht nur nicht entgegen, sondern erweitert – in Entsprechung des Schutzzweckes der AZRL – den Spielraum der damit einhergehenden Flexibilität.

In dem Fall, der zum CCOO-Urteil<sup>70</sup> führte, beschwerte sich eine spanische Gewerkschaft über das Fehlen einer systematischen Erfassung der Arbeitszeit bei der Deutschen Bank. Die Deutsche Bank hingegen verwies auf die spanische Rechtsprechung, nach der nur Überstunden zu erfassen seien. Nachdem das spanische Gericht Berufung eingelegt hatte, entschied der EuGH, dass die Mitgliedstaaten, um die Wirksamkeit der in der AZRL und der GRC vorgesehenen Rechte zu gewährleisten, von den Arbeitgebern verlangen müssen, ein objektives, zuverlässiges und zugängliches System einzurichten, mit dem die Dauer der täglichen Arbeitszeit jedes Arbeitnehmers gemessen werden kann. Der EuGH betonte seine ständige Rechtsprechung<sup>71</sup>, wonach berücksichtigt werden müsse, dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrages anzusehen sei. Es müsse daher verhindert werden, dass der Arbeitgeber seine Rechte einschränkt oder den Arbeitnehmern die Durchsetzung ihrer diesbezüglichen Ansprüche verunmöglicht. Ohne ein System der systematischen Erfassung der Arbeitszeiten könnten weder die Anzahl der geleisteten Stunden und deren Verteilung über die Zeit noch die Anzahl der Überstunden objektiv und zuverlässig nach Ansicht des EuGH ermittelt werden. Der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit der in der AZRL verbrieften Rechte und Schutzmaßnahmen ist damit die tragende Begründung für die sonst nicht explizit kodifizierte Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.<sup>72</sup> Dabei verweist der EuGH<sup>73</sup> auch auf die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.

Damit zeigt sich, dass die Tatsache, dass die AZRL ihrem Wortlaut nach einer Fragmentierung der Arbeitszeit nicht entgegensteht, alleine nicht ausreicht, sondern davon auszugehen ist, dass der EuGH sie am Hauptzweck der AZRL messen würde.<sup>74</sup> Um ihm gerecht zu werden, muss ein Modell der Arbeitszeitflexibilisierung dem allgemeinen Grundsatz der praktischen Wirksamkeit bzw. *effet utile* Rechnung tragen.<sup>75</sup> Das bedeutet, dass die Einhaltung der AZRL iSd. der Absicherung des Schutzzweckes gewährleistet sein muss. Allgemein gilt es den Missbrauch durch einen Arbeitgeber hintanzuhalten, was keinesfalls einem allgemeinen Verbot flexibler Arbeitszeitmodelle gleichzuhalten ist. Vielmehr ist es eine Frage der prozessualen Durchsetzung.<sup>76</sup> Dazu können Beweislastumkehr und/oder Verbandsklage gehören.<sup>77</sup> In concreto steht die Flexibilisierung der Arbeitszeit nach Art der Molekularisierung den in der Rs. CCOO vorgenommenen Feststellungen keinesfalls entgegen, da diese ebenso wie die »klassische« Verteilung der Arbeitszeit (zB. 9 to 5) erfasst, aufgezeichnet bzw. nachverfolgt werden kann.<sup>78</sup>

In Anbetracht der Tatsache, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung<sup>79</sup> darauf hinweist, dass der Arbeitneh-

68 Vgl. aber *Buschmann*, HSI-Newsletter 2/2019, 16.

69 Vgl. EuGH, 9.11.2017 – C-306/16 – NZA 2017, 1521 (Maio Marques da Rosa); dazu kritisch *Klocke*, AuR 2018, 143.

70 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO).

71 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 44; EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 ua. – Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer ua.), Rn. 82; EuGH, 25.11.2010 – C-429/09 – Slg. 2010, I-12167 (Fuß), Rn. 80; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (MPG), Rn. 41.

72 Krit *Bayreuther*, EuZW 2019, 446; *Latzel*, EuZA 2019, 469; *Niederfriniger*, IAS 2019, 389; *Ulber*, NZA 2019, 677. Vgl. aber *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365.

73 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 62.

74 S. *Rebhahn*, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg.), Großkommentar zum ABGB – Klang, 3. Aufl., Wien 2014, §§ 6, 7 ABGB, Rn. 22 f. zur Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung im Unionsrecht.

75 Hierfür sei laut EuGH (14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 31, 43, 48, 50, 56, 65) auch Art. 31 Abs. 2 GRC Grundlage. Fraglich erscheint dabei das spezifische Verhältnis zwischen primärem und sekundärem Recht (s. zB. *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019). In der Literatur (s. nur *Sprenger*, EuZA 2016, 460 mwN.; zuletzt *Wank*, RdA 2020, 1) stößt dieser unionsrechtliche Durchgriff über das Primärrecht weitgehend auf Kritik. S. auch *Latzel*, EuZA 2019, 469.

76 S. dazu EuGH, 11.4.2019 – C-254/18 – NZA 2019, 765 (Syndicat des cadres de la sécurité intérieure).

77 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 19 und 53.

78 Zur Frage, inwieweit Aufzeichnungen der Arbeitszeit daher national zwingend vorzusehen sind, s. *Burger-Ehrnhofer/Glowacka*, ASoK 2019, 242; *Buschmann*, AuR 2019, 291, 292; *Hanau*, ZFA 2020, 129; *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86.

79 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 44; EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 ua. – Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer ua.), Rn. 82; EuGH, 25.11.2010 – C-429/09 – Slg. 2010, I-12167 (Fuß), Rn. 80; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (MPG), Rn. 41.

mer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen sei, stellt sich die Frage, wie mit einer Situation umzugehen ist, in der die konkrete Lage der Arbeitszeit vom Arbeitgeber kurzfristig aufoktroiert wird und ob dies den Zielen der AZRL entgegensteht. Dass die grenzenlose Zulassung einer Molekularisierung der Arbeitszeit mit Risiken behaftet sein kann, ist nicht von der Hand zu weisen. Wenn sie nämlich nicht von der Dispositionsfreiheit der Arbeitnehmer getragen ist bzw. einem *ex ante* vereinbarten Muster folgt, könnte sie in einer »Arbeit auf Abruf« mit all ihren (bereits vielfach diskutierten) Nachteilen aufgehen.<sup>80</sup> Mit einer jederzeitigen Indienststellungsmöglichkeit würde zwar nur Rufbereitschaft und damit grds. nur Ruhezeit vorliegen, die potentielle Arbeitskraft der Arbeitnehmer wird dadurch aber blockiert und damit ihre Selbstverwirklichungsfreiheit beschränkt. Die von der AZRL primär avisierte Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes erscheint durch die Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit gem. Art. 6 dennoch ausreichend gewährleistet. Während daher die AZRL hiermit kein Problem zu haben scheint<sup>81</sup> und der Molekularisierung der Arbeitszeit daher nicht entgegensteht, schiebt die neue Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen (EU) 2019/1152 (kurz: Transparenz-RL) der Arbeit auf Abruf bewusst den Riegel vor. Die Zulassung einer Molekularisierung der Arbeitszeit würde daher eine gewisse Vorhersehbarkeit, die eben diese bis 1. August 2022 ins nationale Recht umzusetzende RL bezweckt, voraussetzen. Eine von der Dispositionsfreiheit des Arbeitnehmers getragene Form müsste aber dem Zweck der Transparenz-RL entsprechen, solange die Unvorhersehbarkeit dem Arbeitnehmerinteresse, insb. der Verwirklichung einer besseren Vereinbarkeit von Privat- und Berufsleben dient.

## 2. Intensität der Arbeit

Die AZRL geht von einer strikten Dichotomie zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit aus,<sup>82</sup> die der EuGH bisher in ständiger Rechtsprechung<sup>83</sup> bestätigt hat. Es gibt keine Zwischenformen.<sup>84</sup> GA Sharpston<sup>85</sup> moniert, dass der Gesetzgeber »es nicht für angebracht (hielt), eine oder mehrere weitere Kategorien vorzusehen und damit eine gewisse Verfeinerung oder Vertiefung zu ermöglichen. Dieses Fehlen von Flexibilität mag zu bedauern sein; aber der Wortlaut des Gesetzes ist nun einmal so, wie er ist.« Die hiermit einher-

gehende Problematik der Einordnung von Bereitschaftszeiten wurde im Rahmen der Anhörung der Sozialpartner zur Überarbeitung der AZRL in den Vordergrund gehoben.<sup>86</sup> So erwog die Kommission<sup>87</sup> – in Abweichung von der Auslegung des EuGH in der Rs. *Dellas*<sup>88</sup> – eine unterschiedliche Anrechnung des Bereitschaftsdienstes zu ermöglichen, wodurch dem unterschiedlichen Aktivitätsgrad während des Bereitschaftsdienstes Rechnung getragen werden könnte.<sup>89</sup> Nachdem die Revision gescheitert ist, blieb es bei dem weithin angeprangerten Alternativverhältnis. Es scheint, als würde der EuGH diese strikte Zweiteilung seither durch eine recht weite Absteckung des Begriffs der Arbeitszeit relativieren wollen. So hat er zuletzt in der Rs. *Matzak*<sup>90</sup> festgestellt, dass Bereitschaftszeiten, die Mitarbeiter nicht am Arbeitsplatz, sondern zu Hause verbringen, Arbeitszeit iSd. AZRL darstellen, wenn Arbeitnehmer innerhalb von acht Minuten zum Arbeitsplatz gelangen müssen, da die Fähigkeit des Arbeitnehmers, während dieser Zeit andere Tätigkeiten auszuüben, stark eingeschränkt sei.<sup>91</sup> Nicht nur die Verpflichtung, persönlich an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort

80 S. auch *Sagan*, NJW 2018, 1073.

81 Vgl. *Sagan*, NJW 2018, 1073, der nicht auszuschließen scheint, dass die Arbeitszeit-RL ein »Recht auf Unerreichbarkeit« enthält, aber konkludiert, dass dies künftige Vorabentscheidungen zeigen müssen.

82 Laut *Sagan*, NJW 2018, 1073 mwN. finden sich die filigranen Differenzierungen des deutschen Rechts zwischen Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft in der RL nicht wieder.

83 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 26; EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel), Rn. 25; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 43.

84 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 55 f.; EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel), Rn. 25; EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 26 f.; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 42 f.; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 48; EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (SIMAP), Rn. 47. Obwohl in der Rs. *Dellas* dargelegt wird, dass das Arbeitszeitrecht der EU in Entsprechung des Art. 153/2 lit. b AEUV keine Anwendung auf die konkrete Vergütung der Arbeitszeit findet, wird in der Rs. *Vorel* (EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331) die Zulässigkeit der unterschiedlichen Entlohnung von aktiven und inaktiven Zeiten im Rahmen von Bereitschaftsdiensten bestätigt; einzig das Ziel des Sicherheits- und Gesundheitsschutzes dürfe nicht torpediert werden.

85 GA Sharpston, 26.7.2017 – C-518/15 (Matzak), Rn. 49.

86 KOM(2010) 801 endg. 4.

87 KOM(2010) 801 endg. 11 f.

88 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 39.

89 Vgl. dazu § 7 ArbZG sowie §§ 5 f. AZG.

90 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak).

91 Auch das BAG (31.1.2002 – 6 AZR 214/00 – EzA § 611 BGB Rufbereitschaft Nr. 2) hat entschieden, dass es sich nicht um Rufbereitschaft, sondern um Bereitschaftsdienst handelt, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, auf Abruf innerhalb von 20 Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen.

anwesend zu sein, sondern auch die Vorgabe, sich innerhalb kurzer Zeit am Arbeitsplatz einzufinden, beschneiden die Möglichkeiten eines Arbeitnehmers erheblich, sich anderen Tätigkeiten bzw. seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen. Damit spezifiziert bzw. weitet der EuGH die bisher etwa zwei Jahrzehnte konsequent eingehaltene Rechtsprechung<sup>92</sup> aus, wonach zur Abgrenzung von Arbeits- und Ruhezeit primär auf die Verpflichtung zur Anwesenheit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Arbeitsort abzustellen ist.<sup>93</sup> Dahingegen macht der EuGH hier die Subsumtion unter den Begriff der Arbeitszeit vielmehr an der Einschränkung der freien Verfügungsbefugnis des Arbeitnehmers fest. Dies baut auf der in der Rs. *Tyco*<sup>94</sup> getroffenen Feststellung auf, dass auch während der Fahrten der Arbeitnehmer zu den von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden die Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit haben, frei über ihre Zeit zu verfügen und ihren eigenen Interessen nachzugehen. Man könnte meinen, der EuGH schafft hier eine Art dritte Kategorie, die er dann wiederum in der altbewährten Dichotomie unterzubringen versucht. Damit findet die Intensität der geschuldeten Tätigkeit keine Berücksichtigung bei der Beschränkung der Höchstarbeitszeit. Teleologisch erscheint eine qualitative Schattierung allerdings vor allem im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erforderlich. In Abwägung des Interessendreiecks Arbeitnehmerschutz – Vereinbarkeit – Wirtschaftlichkeit müsste die Schaffung einer dritten Kategorie, einer Zwischenkategorie<sup>95</sup>, bei weniger intensiven Arbeitsleistungen (zB. Rufbereitschaft) eine Ausdehnung der HAZ bzw. Verkürzung der Mindestruhezeit erlauben.<sup>96</sup>

Gleichzeitig könnte in Anerkennung einer dritten Kategorie unter gleichzeitiger Beschränkung ebendieser (zB. in Anlehnung an das österreichische Arbeitszeitrecht iSd. §§ 5 f. AZG) der Zulässigkeit der ständigen Erreichbarkeit der Arbeitnehmer ein Riegel vorgeschoben werden. Denn nach dem derzeitigen Verständnis des EuGH stellt die Rufbereitschaft keine Arbeitszeit, sondern Ruhezeit dar, und ist somit unbeschränkt. Anders könnte dies dann qualifiziert werden, wenn in Anlehnung an die Rs. *Matzak* die Aufnahme der Tätigkeit unmittelbar erfolgt, da sie an keinen geografisch eingeschränkten Arbeitsort gebunden ist. Denn die Verpflichtung zur sofortigen Aufnahme der Tätigkeit, obwohl ortsungebunden, kann die Freiheit zur Selbstverwirklichung doch beträchtlich beschränken; dies wiederum abhängig davon, was die konkrete Tätigkeit ausmacht und was hierfür erforderlich

ist (insb. persönliche und technische Voraussetzungen).<sup>97</sup> Von Bedeutung muss dabei im Hinblick auf die Rs. *Tyco*<sup>98</sup> auch sein, ob die Arbeitsleistung (*in concreto* Fahrten zu oder von einem Kunden) »untrennbar zum Wesen« dieses Arbeitsverhältnisses gehört. Weiters sollte auch die Wahrscheinlichkeit der Heranziehung zur Arbeit eine Rolle spielen,<sup>99</sup> obwohl dies für den EuGH bisher irrelevant zu sein scheint. Auch laut *Bayreuther*<sup>100</sup> kommt es vor allem darauf an, wie wahrscheinlich es ist, dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung herangezogen wird und umgekehrt mit welcher Intensität und vor allem mit welcher Verlässlichkeit er sich während der inaktiven Zeit seinen eigenen Interessen widmen kann. Dazu passt, dass der EuGH in der Rs. *Tyco*<sup>101</sup> darauf abstellt, dass Arbeitnehmer »ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen können«. Im Kern geht es damit um unterschiedliche Intensitäten des zur Verfügung Stehens bzw. die Qualität der Ruhezeit<sup>102</sup>. Die Tatsache, dass nicht jede (Vertrags-)Leistung im Interesse des Arbeitgebers und damit als Teil des synallagmatischen Verhältnisses, das ein Arbeitsverhältnis ausmacht, der Qualität der Ruhe- bzw. Freizeit abträglich ist, impliziert schon eine gewisse Schattierung und damit ihre Zulässigkeit. Gleichzeitig spricht sie auch für die Zulässigkeit des Modells der Molekularisierung (siehe dazu bereits unter III.1.). In beiden Fällen wird der Arbeitnehmerschutz nicht (unverhältnismäßig) tangiert bzw. beschnitten, der Zweck der AZRL scheint gewahrt.

92 Insb. EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (SIMAP); EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger); EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 ua. – Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer ua.); EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel).

93 Zuletzt *Hanau*, EuZA 2019, 423, 427 f.

94 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras).

95 Auch *Bremm* (ÖZPR 2019, 37) anerkennt, dass »Rufbereitschaft grds. weder Arbeitszeit noch reine Freizeit ist«.

96 Der EU-Gesetzgeber anerkennt die Differenzierung nach Intensitäten zB. im Zusammenhang mit der Arbeitszeitorganisation für das fliegende Personal der Zivilluftfahrt und setzt für die Arbeitszeit (iW.S.) höhere Arbeitszeithöchstgrenzen an als für die sog. Blockzeit (Klausel 2 Abs. 1 und 3 iVm. Klausel 8 RL 2000/79/EG).

97 Vgl. *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86, 91.

98 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 43.

99 Vgl. auch öVwGH, 2-12-1991 – 91/19/0248 – DRdA 1992/4, 290 (Pfeil).

100 *Bayreuther*, NZA 2018, 348.

101 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 37.

102 GA *Sharpston*, 26.7.2017 – C-518/15 (Matzak), Rn. 57 ff.

Schließlich gilt es die Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtes auf Unerreichbarkeit zu hinterfragen. Wie bereits festgehalten, scheint die AZRL idGF. ein solches nicht zu kennen. Immerhin wird die idR. als Ruhezeit zu qualifizierende Rufbereitschaft nicht beschränkt. Insofern überrascht es nicht, dass das sog. »right to disconnect« Aufmerksamkeit erhält, manche Rechtsordnungen sogar auf die Kodifizierung eines solchen zurückgreifen.<sup>103</sup> Ein Vorteil solcher Maßnahmen besteht darin, dass sie zu mehr Transparenz beitragen, da sie die Parteien des Arbeitsvertrags dazu bewegen, die Un-/Zulässigkeit in diesem Zusammenhang zu erwägen. Eine darüberhinausgehende Notwendigkeit der Kodifizierung eines solchen Rechts besteht mE. nicht. Denn das Recht, außerhalb der Arbeitszeit unzugänglich zu sein, ist nicht wirklich ein Anspruch, sondern die einfache Nichtexistenz von Arbeitsverpflichtungen. Wenn eine Verpflichtung zur Verfügbarkeit nicht (konkludent) vereinbart wurde, liegt kein Vertragsbruch vor, der sanktioniert werden könnte. Wurde hingegen eine Verfügbarkeit vereinbart, ist sie als Form der Bereitschaft zu qualifizieren. In beiden Konstellationen gilt: Wenn der Arbeitnehmer Arbeitstätigkeiten ausübt, die die Ruhezeit (qualifiziert) unterbrechen, handelt es sich um Arbeitszeit, die begrenzt ist und idR. (nicht nur mit Zuschlägen, sondern auch mit zusätzlicher Freizeit in Form von Ersatzruhezeiten) abzugelten ist. Im Sinne einer Durchsetzungsmaßnahme könnten die Arbeitgeber jedoch verpflichtet werden, die Arbeitnehmer ausdrücklich zu informieren, wann sie (nicht) verpflichtet sind, Bereitschaftsdienst zu leisten. Es scheint, dass die neue Transparenz-RL die Arbeitgeber nur verpflichtet, die Arbeitnehmer über ihre Verpflichtung, Bereitschaftsdienst zu leisten, zu informieren, aber nicht verlangt, dass genau festgelegt wird, wann und wie lange, Bereitschaftsdienst zu leisten ist. Im Ergebnis könnte durch die Zulassung der qualitativen Schattierung zugleich der Zulässigkeit der Immererreichbarkeit ein Riegel vorgeschoben werden und damit de facto ein Recht auf Unerreichbarkeit festgelegt werden.

### 3. Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten

Die Art. 17–22 AZRL enthalten eine Vielzahl an Abweichungen und Ausnahmen. Die Sonderregelungen der Art. 20 f. betreffen mobile Arbeitnehmer, solche, die Tätigkeiten auf Offshore-Anlagen ausüben und Arbeitnehmer an Bord von seegehenden Fischereifahrzeugen. Die individu-

elle Opt-out-Regelung, die ein Abweichen von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit iSd. Art. 6 erlaubt, ist in Art. 22 zu finden. Die Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten iSd. Art. 17 ff. nehmen auf die Spezifika einzelner Tätigkeiten, Bereiche und Branchen Bedacht. So gestattet es Art. 17 Abs. 1 den Mitgliedstaaten, von der AZRL abzuweichen, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann.<sup>104</sup> Dadurch wird die geringere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern anerkannt, die ihre Arbeitszeit selbst gestalten können. Allerdings ist dies auf bestimmte Arbeitnehmergruppen beschränkt, nämlich leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis, Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind, und Arbeitnehmer, die im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt sind; kurzum: Führungskräfte, Familienangehörige und »Kirchen-Arbeitnehmer«.<sup>105</sup>

Der EuGH vertritt in ständiger Rechtsprechung<sup>106</sup> die Auffassung, dass diese in Art. 17 Abs. 1 AZRL festgelegte spezifische Abweichungsmöglichkeit so ausgelegt werden muss, dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen derer, deren Schutz die Ausnahmeregelung ermöglicht, unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird. Zuletzt verneinte er die Anwendbarkeit dieser Ausnahme in der aus Finnland stammenden Rs. *Hälvä*<sup>107</sup>, in der Vertreter von Kinderdorfeltern in SOS Kinderdörfern während der Abwesenheit der Kinderdorfeltern bei den Kindern wohnen und sich um den Haushalt und die Erziehung der Kinder kümmern. Die Zahl der von ihnen jährlich abzuleistenden Zeiträume von 24 Stunden war vertraglich vereinbart und im Voraus in Listen festgehalten. Der

<sup>103</sup> Zurecht konstatiert *Krause* (NZA-Beil. 2019, 86, 87), dass in diesem Zusammenhang regelmäßig monierte »Entgrenzungs- und Vermischungstendenzen (...) weder bagatellisiert noch dramatisiert werden« sollten.

<sup>104</sup> Im Anschluss an die letzte große Novelle des AZG, die am 1.9.2018 in Kraft getreten ist, wodurch die Ausnahme vom Anwendungsbereich in Anlehnung an Art. 17 AZRL spezifiziert wurde, wurde zT. die Auffassung vertreten, diese gänzliche Ausnahme entspreche nicht der AZRL, da diese lediglich Abweichungen erlaube (*Auer-Mayer*, in: *Auer-Mayer/Felten/Pfeil* (Hrsg.), *Arbeitszeitgesetz*, 4. Aufl., Wien 2019, § 3 Rn. 41 ff.). Die in diesem Zusammenhang angedrohte Beschwerde bei der Kommission scheint bisher keine Früchte getragen zu haben.

<sup>105</sup> *Stärker*, Kommentar zur EU-Arbeitszeitrichtlinie, Wien 2006, Art. 17 Anm. 6.

<sup>106</sup> EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (*Hälvä*), Rn. 31; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 89; 1 EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (Union syndicale Solidaires Isère), Rn. 40; EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 38.

<sup>107</sup> EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (*Hälvä*).

EuGH stellte fest, dass diese ihre Arbeitszeit nur in einem gewissen Umfang frei bestimmen konnten, da Beginn und Ende ihrer Tätigkeit festgelegt waren. Sie konnten zwar Zeiten der Untätigkeit innerhalb der Arbeitszeit selbst bestimmen, das sei jedoch nicht gleichbedeutend mit der Möglichkeit, Beginn und Ende der Arbeitszeit frei zu bestimmen. Der Arbeitgeber war auch zumindest durch die Verpflichtung, Berichte über die Anwendung der Betreuungspläne vorzulegen, in der Lage, die Einhaltung der Arbeitszeit zu kontrollieren.<sup>108</sup>

Im Rahmen der Anhörung der Sozialpartner zur – im Endeffekt gescheiterten – Überarbeitung der AZRL wiesen mehrere Interessenvertreter bestimmter Sektoren auf die charakteristischen Merkmale ihrer jeweiligen Branche hin, denen eine Arbeitszeitregelung Rechnung tragen müsse. Bei der Beantwortung der Frage, welche Änderungen hier notwendig seien, gingen die Meinungen allerdings auseinander. Angesprochen wurden insoweit vor allem folgende Punkte: Saisonabhängigkeit, Besonderheit der Arbeit im Bereich der darstellenden Künste, Bereitstellung einer Wohnung am Arbeitsort, Autonomie und »Knowledge Working«, Arbeit in abgelegenen Gegenden, Dienstleistungen mit 24-Stunden-Bereitschaft, sicherheitsrelevante Aufgaben, kurzfristig fluktuierende Nachfrage, Zunahme von Teilzeitarbeit, Kosten und globaler Wettbewerbsdruck sowie Fachkräftemangel. Zum Teil wurde im Rahmen der Anhörung der Sozialpartner zur Überarbeitung der AZRL die Auffassung vertreten, freiwillige Feuerwehrleute seien vom Geltungsbereich der RL auszunehmen.<sup>109</sup>

Unter dem Stichwort »Work-Life-Balance« gibt es Raum für verschiedene wissenschaftliche Ansätze und politische Initiativen. Auf europäischer Ebene erstreckt die jüngste Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige das Recht, flexible Arbeitsregelungen zu fordern, auf Betreuer und berufstätige Eltern von Kindern bis zum Alter von acht Jahren.<sup>110</sup> Leider geht sie nicht an die Wurzel des Problems heran, nämlich dass es meist Frauen sind, die diese Verantwortung auf Kosten ihrer Erwerbsbeteiligung übernehmen. Aus egalitärer Sicht erscheint es fragwürdig, flexible, günstigere Arbeitsregelungen auf einige Arbeitnehmer und einen begrenzten Zeitraum zu beschränken. Es könnte daher angedacht werden, die Beschränkung auf Führungskräfte, Familienangehörige und »Kirchen-Arbeitnehmer« aufzulösen und Art. 17

Abs. 1 AZRL damit auf alle Arbeitnehmer, die die geforderte Zeitaufonomie aufweisen, auszudehnen.<sup>111</sup> Dabei gilt es Folgendes zu beachten: Zuletzt stellt der EuGH<sup>112</sup> fest, dass die Tatsache, dass eine Person ihre eigene Arbeitszeit innerhalb bestimmter Parameter selbst festlegen und ihre Zeit nach persönlichem Belieben und nicht nur nach den Interessen des Auftraggebers gestalten kann, einen bedeutenden Faktor bei der Beurteilung spielt, ob der Anwendungsbereich der AZRL mangels Arbeitnehmereigenschaft überhaupt eröffnet ist. Sprich, das Ausmaß der Beschränkung der Dispositionsfreiheit dient der Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit.<sup>113</sup> Daher ist sie von der nach Art. 17 Abs. 1 geforderten Zeitaufonomie abzugrenzen. Damit würde sich auch der Kreis zur Molekularisierung schließen, wonach der erste angesprochene Lösungsweg in ebendieser Abweichungsmöglichkeit beheimatet ist.

108 In Fortentwicklung der im Rahmen der Rs. *Hälvä* getroffenen Feststellungen, führte der EuGH in der Rs. *Sindicatul Familia Constanța* (20.11.2018 – C-147/17 – öAT 2019, 12) aus, dass Art. 1 Abs. 3 RL 2003/88/EG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 RL 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit dahin auszulegen ist, dass die Pflegeeltern Tätigkeit, die darin besteht, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einer öffentlichen Behörde ein Kind zu betreuen, in den eigenen Haushalt einzugliedern und die harmonische Entwicklung und die Erziehung dieses Kindes durchgängig zu gewährleisten, vom Anwendungsbereich der RL 2003/88 nicht umfasst ist.

109 KOM(2010) 801 endg. 5f.

110 Weiterführend *Chieregato*, Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 36 (2020), 59 ff. mwN.

111 Tatsächlich ist die Aufzählung dieser Arbeitnehmergruppen demonstrativ (arg: »insbesondere in Bezug auf nachstehende Arbeitnehmer«). Daher könnte nach Auffassung der Europäischen Kommission (Mitteilung zu Auslegungsfragen, 2017/C 165/01, 45) »die Ausnahmeregelung beispielsweise für bestimmte Experten, erfahrene Anwälte in einem Beschäftigungsverhältnis oder Wissenschaftler gelten, die ihre Arbeitszeit weitgehend selbst festlegen«.

112 EuGH, 22.4.2020 – C-692/19 – juris (Yodel).

113 Vgl. dazu die Schlussanträge von GA Wahl (28.6.2018 – C-147/17 (Sindicatul Familia Constanța)), wonach die Anwendung der AZRL an der Subsumtion unter den Arbeitnehmerbegriff mangels Unterordnungsverhältnis zwischen den Pflegeeltern und dem Jugendamt in der Rs. *Sindicatul Familia Constanța* (20.11.2018 – C-147/17 – öAT 2019, 12) scheitert. Im Endeffekt hielt der EuGH fest, dass Art. 1 Abs. 3 AZ-RL 2003/88 iVm. Art. 2 Abs. 2 Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391 dahin auszulegen sind, dass die Pflegeeltern Tätigkeit, die darin besteht, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einer öffentlichen Behörde ein Kind zu betreuen, in den eigenen Haushalt einzugliedern und die harmonische Entwicklung und die Erziehung dieses Kindes durchgängig zu gewährleisten, vom Anwendungsbereich der AZ-RL nicht erfasst ist. Zwar sind die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Pflegeeltern als »Arbeitnehmer« im Sinne der RL 2003/88 anzusehen. Allerdings wäre die Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit der Pflegeeltern nach Art. 6 und die Verpflichtung des Arbeitgebers, diesen gemäß den Art. 5 und 7 wöchentliche oder jährliche Ruhezeiten zu gewähren, in denen sie von der Ausübung ihrer Tätigkeit entbunden wären und sich somit nicht um das bei ihnen untergebrachte Kind zu kümmern hätten, mit den Besonderheiten einer solchen Tätigkeit nicht vereinbar, die erfordern, dass Pflegeeltern das Kind, für das sie das Sorgerecht haben, durchgängig und auf lange Zeit angelegt in ihrem Haushalt und ihrer Familie betreuen.

## IV. Conclusio

Dem vielfach monierten Fehlen von Flexibilität im Zusammenhang mit dem Arbeitszeitrecht kann vor allem im Hinblick auf eine bessere Vereinbarkeit von Familie, Beruf und Freizeit durch drei Möglichkeiten der Arbeitszeitflexibilisierung begegnet werden: sog. Molekularisierung, Berücksichtigung der Arbeitsintensität und Absteckung (weiterer) Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten. Genauso wie nicht jede Unterbrechung der Arbeitszeit ein Herausrechnen aus dem Saldo rechtfertigt (Stichwort: Atomisierungsverbot), rechtfertigt nicht jede Störung der Ruhezeit eine Verlängerung (oder gar gänzliche Wiederholung) ebendieser. Dahingegen verlangt die komplette Beseitigung des Erholungswertes sehr wohl nach Konsequenzen. Das gleiche muss aber auch für die Unterbrechung der Arbeitszeit gelten. Eine damit anzuerkennende Molekularisierung der Arbeitszeit – kurzum ein Streuen der täglichen Arbeitszeit

über den ganzen Tag – muss daher die Zulässigkeit der Anpassung der Ruhezeit zur Folge haben. Auch die Anerkennung einer qualitativen Schattierung im bisher dichotomen System der AZRL würde bei weniger intensiven Arbeitsleistungen (zB. Rufbereitschaft) eine Ausdehnung der Höchstarbeitszeit bzw. Verkürzung der Mindestruhezeit erlauben und gleichzeitig der Immererreichbarkeit einen Riegel vorschieben und damit de facto ein Recht auf Unerreichbarkeit festlegen. Nicht zuletzt bieten die Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten iSd. Art. 17 ff. AZRL Raum für weitere Flexibilität. Allgemein sollte dem Interessenausgleich zwischen den Arbeitsvertragsparteien programmatischer Charakter zukommen. Die zweckwidrige Einzementierung archaischer Strukturen und Missverhältnisse gilt es dabei zu meiden.<sup>114</sup>

<sup>114</sup> Immerhin diene »9 to 5« als Soundtrack zum gleichnamigen Film, der in der deutschsprachigen Version unter dem Titel »Warum eigentlich ... bringen wir den Chef nicht um?« lief.

# NS-Zwangsarbeit und Entschädigung – Der Beitrag des Arbeits- und Sozialrechts\*

Hermann Unterhinninghofen, Frankfurt aM.

► **1939–1945** »Im Zweiten Weltkrieg wurden in Deutschland und den besetzten Ländern insgesamt über 20 Millionen Männer, Frauen und selbst Kinder aus ganz Europa als »Fremdarbeiter«, Kriegsgefangene oder KZ-Häftlinge zur Arbeit gezwungen. Die meisten dieser Menschen waren zuvor gewaltsam aus ihrer Heimat verschleppt worden.«<sup>1</sup>

## I. Einleitung

Der erste Teil gibt einen Überblick über den Einsatz von ausländischen »Fremdarbeitern« (Kriegsgefangene, Zivilarbeiter\*innen, KZ-Häftlinge) und die in sich widersprüchlichen politischen, ideologischen bzw. militärischen Motive und Ziele der NS-Machthaber (vgl. II.) Die aufgrund rassistischer Kriterien unterschiedlichen Lebens-

und Arbeitsbedingungen, die Akteure des Zwangsarbeitsregimes sowie die Rolle von *Arbeits- und Sozialrecht* werden untersucht (vgl. III.).

Im zweiten Teil wird gefragt, wie die (west-)deutsche Gesellschaft die millionenfache Verschleppung und Ausbeutung der Zwangsarbeiter\*innen reflektiert und verarbeitet hat. Obwohl sie zum Alltag unzähliger Betriebe, Dörfer und Städte gehörten, tauchen sie in den Erinnerungen meist als beiläufige Selbstverständlichkeit auf; sie sind nicht bei Krieg oder NS-Verbrechen sortiert, sondern eher

\* Im Gedenken an *Andrzej Korczak-Branecki*, 1930–2020, beteiligt am Warschauer Aufstand 1944, deportiert in das KZ *Dachau*, danach Zwangsarbeiter als KZ-Häftling in den *Adler-Werken* in Frankfurt aM.

<sup>1</sup> Stiftung Erinnerung, Verantwortung, Zukunft, abrufbar unter: <https://www.stiftung-evz.de/stiftung/geschichte/ns-zwangsarbeit/auszahlungsprogramme.html> (20.5.2020).

unter »Privates«.<sup>2</sup> Lange war der Ausländereinsatz auch für die (westdeutsche) historische Forschung kein Thema<sup>3</sup>, anders in der DDR<sup>4</sup> und in Polen<sup>5</sup>. Führende Arbeitsrechtler ignorierten (und übergehen teilweise bis heute) das Thema.<sup>6</sup>

Das Bundesgesetz zur Entschädigung der NS-Opfer (BEG) sah für den vorenthaltenen Lohn der Zwangsarbeiter\*innen keine Entschädigung vor. Verhandlungen und Klagen gegen Profiteure der Zwangsarbeit führten nur in Einzelfällen zu einem Erfolg. Die Sozialgerichte entwickelten spät Lösungen in einem Teilgebiet. Erst nach neuen Initiativen, der staatlichen Vereinigung und Druck aus dem Ausland fanden sich Bundesregierung und Unternehmen zu Leistungen an noch lebende Zwangsarbeiter\*innen über die Stiftung EVZ bereit (vgl. IV.).

Hinweis: Die Bedingungen der Kriegsgefangenen und der Zwangsarbeiter\*innen in der Landwirtschaft werden nicht behandelt.

## II. Arbeitskraft als Beute im Eroberungs- und Vernichtungskrieg

### 1. Beratungen im Vorfeld des Zweiten Weltkrieges

Im Ersten Weltkrieg hatte das Kaiserreich neben Kriegsgefangenen auch Zivilarbeiter eingesetzt, hauptsächlich aus (Russisch-)Polen, mit wirtschaftlichem Druck und teilweise mit Zwang. Die Zwangsdeportation von etwa 56.000 zivilen Belgiern war »organisatorisch und politisch ein Desaster«<sup>7</sup>, sie wurde im Versailler Vertrag sanktioniert.

Im Vorfeld des Zweiten Weltkrieges hatten das Göring-Ministerium und die Wehrmacht darüber beraten, wie der zusätzliche Arbeitskräftebedarf in der Landwirtschaft und in der Industrie gedeckt werden könne. Eine erhöhte Beschäftigung von Frauen<sup>8</sup> widersprach dem NS-Frauenideal, verschlechterte Arbeitsbedingungen für Industriearbeiter<sup>9</sup> wollte man mit Blick auf die Unruhen 1917/18 vermeiden; gegen den Einsatz von Polen sprach die Ablehnung der »Fremdvölkischen«. Für's erste wurde der Konflikt zwischen »militärischen Notwendigkeiten« und »rassistischen«, »blutmäßigen« Grundsätzen dahingehend gelöst, dass polnische Kriegsgefangene »vorübergehend« in der Landwirtschaft eingesetzt werden sollten.

Anfangs setzte das Reich auf Anwerbung von Freiwilligen. Angesichts der Widerstände stimmte Staatssekretär *Syrup* (Reichsarbeitsministerium) schon im April 1940 einer »vorsichtigen Anwendung von Zwangsmitteln« zu.<sup>10</sup>

### 2. Polen<sup>11</sup>

Als die deutschen Truppen in Polen einfielen, folgten ihnen SS-Einsatzgruppen, die gezielt Angehörige der polnischen Intelligenz erschossen; das erste Ghetto für Juden wurde am 17. Oktober eröffnet; *Arthur Greiser*, der Gauleiter des annektierten Warthelandes um Posen und Lodz, der seinen Gau möglichst bald »juden- und polenfrei« haben wollte, ließ mehrere 10.000 Einwohner\*innen in das »Generalgouvernement der besetzten polnischen Gebiete« umsiedeln. Bereits am Sonntag, den 3. September, öffneten (deutsche) Arbeitsämter in Dirschau bei Danzig und Rybnik bei Kattowitz. Die Arbeitsämter wurden die wichtigsten Akteure bei der Anwerbung und Rekrutierung von Arbeitskräften,<sup>12</sup> sie bleiben es auch nach der Unterstellung unter den »Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz« im Jahre 1942. »Anfang Oktober standen der deutschen Volkswirtschaft rund 270.000 polnische Kriegsgefangene zur Verfügung«, heißt es im Bericht »Eilmarsch der Arbeitseinsatzverwaltung in Polen«.<sup>13</sup> Sie wur-

2 *Herbert*, Fremdarbeiter. Politik und Praxis des »Ausländer-Einsatzes« in der Kriegswirtschaft des Dritten Reiches, Berlin 1985, S. 12.

3 *Schminck-Gustavus*, KJ 1980, 1 ff., 184 ff.; *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 13.

4 *Seeber*, Zwangsarbeit in der faschistischen Kriegswirtschaft, Berlin (DDR) 1964; weitere Literaturnachweise bei *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 14 ff.

5 *Luczak*, in: *Herbert* (Hrsg.), Europa und der »Reichseinsatz«, Essen 1991, S. 90 ff.

6 Frühe Ausnahme zB *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Texte und Dokumente, Köln 1984, S. 159 ff.

7 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 31; weitere Angaben ebd., S. 24 ff.

8 Vgl. *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 37.

9 Die in der Kriegswirtschaftsverordnung v. 4.9.1939 beschlossenen Möglichkeiten wurden 1940 abgeschwächt.

10 *Maier*, in: *Winkler* (Hrsg.), Stiften gehen. NS-Zwangsarbeit und Entschädigungsdebatte, Köln 2000, S. 81.

11 *Spoerer*, Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz. Ausländische Zivilarbeiter, Kriegsgefangene und Häftlinge im Dritten Reich und im besetzten Europa 1939–1945, Stuttgart/München 2001, S. 44 ff.

12 *Harvey*, in: *Nützenadel* ua. (Hrsg.), Reichsarbeitsministerium, Göttingen 2017, S. 348 ff. sowie einige von der Stiftung EVZ angeregte Folgestudien: zB *Pohl/Sebta* (Hrsg.), Zwangsarbeit in Hitlers Europa, Besatzung, Arbeit, Folgen, Berlin 2013; *Linne/Dierl* (Hrsg.), Arbeitskräfte als Kriegsbeute. Der Fall Ost- und Südosteuropa 1939–1945, Berlin 2011.

13 Zitiert bei *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 36; vgl. auch RArbBl. 1940 V, S. 106.

den alsbald in den »Zivilstatus überführt«, dh. ohne die einschränkenden Bedingungen der Haager Konvention eingesetzt.<sup>14</sup>

Das Dilemma zwischen Bedarf an Arbeitskräften und »rassischen« Bedenken verschärfte sich. Die Aussicht auf Millionen polnische Arbeitskräfte verlangte aus der Sicht *Himmlers* eine Antwort aus »sicherheitspolizeilicher und rassischer« Sicht. Am 8. März 1940 erschien das Paket der diskriminierenden »Polen-Erlasse« – ein nach der Nationalität differenzierendes Sonderrecht der Beaufsichtigung und Repression polnischer Arbeiter.<sup>15</sup> Sie schrieben ein besonderes Kennzeichen »P« an der Kleidung vor (noch vor dem sog. »Judenstern«), verboten das Aufsuchen von Gaststätten, Fahren mit öffentlichen Verkehrsmitteln, gemeinsame Messen mit Deutschen, sahen Todesstrafe für Geschlechtsverkehr mit einer deutschen Frau vor. Das Verhalten der Polizei regelte das RSHA in einem Schnellbrief, der anderen Behörden nicht zugeleitet wurde.

Als die freiwilligen Meldungen zurückgingen, setzten die Behörden Kontingente für Dörfer, Kreise, Distrikte fest und machten die Bürgermeister etc. für die Erfüllung der Zahlen haftbar; sie veranstalteten Razzien in den Dörfern. Nachdem auch das nur vorübergehend half, wurden regelrechte »Jagden« auf Arbeitskräfte veranstaltet: zB. wurden Jugendliche nach einer Tanzveranstaltung, oder auf einen Bus wartende Menschen aufgegriffen.<sup>16</sup> Insgesamt wurden aus Polen über 2,8 Millionen Zwangsarbeiter\*innen ins Reich und in die deutsch besetzten Gebiete gebracht.<sup>17</sup>

### 3. Frankreich<sup>18</sup>

Nach dem schnellen Sieg über Frankreich im Juni 1940 wurden die meisten der 1,6 Millionen Kriegsgefangenen (Ausnahme: die französischen »Kolonialsoldaten«) rasch nach Deutschland gebracht und überwiegend in der Landwirtschaft, später auch in Industrie und Handwerk eingesetzt. »Freiwillige« Zivilarbeiter wurden über die Arbeitsämter angeworben. Teilweise nutzten Firmen die »wehrwirtschaftliche Kontrolle« französischer Betriebe. 1941 meldeten sich zB. 446 Renault-Facharbeiter für eine Arbeit bei Daimler-Benz, viel weniger als erhofft; ein Jahr später ging das nur noch unter Drohungen und Zwang.<sup>19</sup> Das »Relève« (Austausch) genannte Programm lockte mit dem Angebot »Für drei Freiwillige kommt ein Kriegsgefangener frei«; es war ein ziemlicher Reinfluss. Auf Druck von *Sauckel* (Generalbevollmächtigter für den Arbeitsein-

setzung) beschloss die kollaborierende Vichy-Regierung im März 1943 den Zwangsarbeitsdienst (STO). Ganze Jahrgänge von jungen Männern wurden per Konskription einberufen zur Arbeit in der deutschen Rüstungswirtschaft. Durch ein Abkommen zwischen Rüstungsminister *Speer*, der auf mehr Rüstungsbetriebe in den besetzten Gebieten setzte, und dem französischen Industrieminister *Bichelon* konnte der STO auch im Land geleistet werden. Im August 1944 waren etwa 655.000 französische Zwangsarbeiter sowie 600.000 Kriegsgefangene im Reich eingesetzt.

### 4. Sowjetunion<sup>20</sup>

Nach dem deutschen Überfall im Juni 1941 bis zum Stopp vor Moskau im Dezember 1941 besetzte die Wehrmacht ein riesiges Gebiet mit Millionen von Menschen. SS-Einsatzgruppen, Polizeibataillone und Wehrmachtseinheiten erschossen hunderttausende jüdische Männer, Frauen und Kinder – es war der Beginn der organisierten Massentötung von Juden – sowie sowjetische Soldaten und Zivilisten. Bei den Angriffsplanungen auf die Sowjetunion ab 1940 waren Wehrmacht und NS-Führung von einem schnellen Sieg ausgegangen, sie rechneten mit zwei bis drei Millionen Kriegsgefangenen, aber sie sahen eine Beschäftigung sowjetischer Arbeitskräfte nicht vor – ebenso wenig Unterkunft, Transport oder Verpflegung. »Dass deshalb ein großer Teil der Gefangenen wie auch der Zivilbevölkerung verhungern würde, konnte nach Kenntnis der Planungen (...) nicht mehr im Zweifel stehen. Ein Interesse an der Erhaltung des Lebens dieser Gefangenen zur Ausbeutung ihrer Arbeitskraft

14 Die Genfer Konvention über die Behandlung von Kriegsgefangenen v. 1929 (RGBl. 1934, S.227) verbietet ua. den Einsatz von Kriegsgefangenen in der Rüstungsproduktion.

15 RGBl. 1940 I, S. 555; sie gingen zurück auf *Himmlers* berüchtigte »Gedanken über die Behandlung der Fremdvölkischen im Osten«, abrufbar unter: [https://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1957\\_2\\_5\\_krausnick.pdf](https://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1957_2_5_krausnick.pdf) (14.6.2020). Federführend für die Erlasse waren die Geschäftsstelle Arbeitseinsatz bei *Göring* (Leiter *Mansfeld*) und das – Himmler unterstehende – Reichssicherheitshauptamts/RSHA (Referent *B. Baatz*); zum ganzen *Herbert*, *Fremdarbeiter* (Fn. 2), S. 74 ff. Die ebenfalls stark diskriminierende Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten erschien am 4.12.1941 (RGBl. I, S. 759 ff.).

16 Beispiele bei *Linne*, in: *Pohl/Sebta* (Fn. 12), S. 39 ff., 51 ff.

17 Zahlen nach *Luczak*, in: *Herbert* (Fn. 5), S. 98; *Linne*, in: *Pohl/Sebta* (Fn. 12), S. 59, geht von bis zu 2,2 Millionen im Reich aus.

18 *Herbert*, *Fremdarbeiter* (Fn. 2), S. 96 ff., 251 ff.; *Spoerer*, *Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz* (Fn. 11), S. 62 ff.

19 *Hopmann* ua., *Zwangsarbeit bei Daimler-Benz*, Stuttgart 1994, S. 85 f.

20 *Herbert*, *Fremdarbeiter* (Fn. 2), S. 132 ff.; *Spoerer*, *Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz* (Fn. 11), S. 71 ff.

in der deutschen Wirtschaft bestand zu diesem Zeitpunkt nicht.«<sup>21</sup> Bis Ende September waren von den 3,35 Millionen Gefangenen bereits 1,4 Millionen ums Leben gekommen; insgesamt starben von den 5,7 Millionen Kriegsgefangenen 3,3 Millionen in deutscher Gefangenschaft.<sup>22</sup>

Das Scheitern der Blitzkriegsstrategie führte 1941/42 zur »Winterkrise«: An eine baldige Rückkehr der deutschen Soldaten war nicht zu denken, es fehlten etwa eine Millionen Arbeitskräfte. Vor allem der Ruhrbergbau verlangte den Einsatz sowjetischer Arbeitskräfte, NSDAP und SS waren strikt dagegen. Nach längeren Diskussionen fanden *Hitler* und *Göring* im Oktober zu dem unausgesprochenen Kompromiss: 1. Einsatz sowjetischer Kriegsgefangener – zunächst in Landwirtschaft und Bergbau, später auch von »zivilen Russen«; 2. verschärfte Hochrüstung und Kriegsproduktion; 3. Zentralisierung der Arbeitskräfte-Rekrutierung unter einem »Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz«.<sup>23</sup> *Hitler* und *Göring* genehmigten den »Russeneinsatz« im Oktober/November 1941 nach dem Prinzip »Terror als Herrschaftsargument«: Arbeitseinsatz der Russen: ja – aber bei maximaler Ausbeutung, denkbar schlechter Behandlung und Ernährung, Todesstrafe auch bei geringen Vergehen.<sup>24</sup>

Als Nachfolger für *Todt* wurde *Albert Speer* neuer Rüstungsminister mit dem Auftrag, alle Kräfte auf die Steigerung der Rüstungsproduktion zu konzentrieren und sie auf stark typisierte Serien-Massenproduktion umzustellen.<sup>25</sup> Als Generalbevollmächtigter für den Arbeitseinsatz wurde der NS-Gauleiter von Thüringen, *Fritz Sauckel*, berufen, der im Gegensatz zu *Mansfeld* in der Partei bestens verankert war und einen Zugang zu *Hitler* hatte. Unter ihm begannen in allen besetzten Ländern »Jagden auf Menschen«. Als eine seiner letzten Amtshandlungen stellte *Mansfeld* Ende Januar 1942 die Arbeitseinsatzbehörden auf Zwangsmaßnahmen ein, »falls die freiwillige Werbung nicht zum Erfolg führt«.<sup>26</sup>

*Himmler* hatte ursprünglich dem zivilen »Russeneinsatz« nicht zugestimmt. Bei den anschließenden Beratungen über die Ostarbeitererlasse konnte er sich weitgehend durchsetzen, da die zugrunde gelegten »rassischen« und sicherheitspolitischen Gesichtspunkte den Russeneinsatz zu einer »Exemplifizierung einer nach weltanschaulichen Gesichtspunkten durchorganisierten Zwangsarbeit« werden ließen.<sup>27</sup>

Sie gingen in einigen Punkten über die Polenerlasse (s. II.2 und III.5.c) hinaus. Die sowjetischen Arbeiter\*innen mussten das Kennzeichen »OST« an der Kleidung

tragen; Unterkunft in umzäunten Baracken; Gang zum Betrieb nur unter Bewachung; Arbeit grundsätzlich nur in geschlossenen Kolonnen. In dem Runderlass für die Gestapo-Leitstellen waren Ton und Inhalte noch deutlicher: Unternehmen mussten politische Abwehrbeauftragte ernennen. Bei Disziplinwidrigkeiten etc. war ausschließlich die Gestapo zuständig – und damit Einweisung in ein Arbeitererziehungslager oder KZ möglich.<sup>28</sup>

## 5. Italien<sup>29</sup>

Nach dem Sturz *Mussolinis* durch den faschistischen Großrat und dem italienisch-alliierten Waffenstillstand Anfang September 1943 wurden ca. 600.000 italienische Soldaten von der Wehrmacht gefangen genommen und ins Reich oder besetzte Gebiete verbracht. Sie wurden als Verräter gebrandmarkt. Sie wurden nicht als Kriegsgefangene, sondern als »Militärinternierte« behandelt, mussten bei schlechten Arbeitsbedingungen und schlechter Verpflegung arbeiten auf einer unteren Stufe der Zwangsarbeits-Hierarchie. Die Nationalsozialisten wandten auf sie weder die Haager Landkriegsordnung noch die Genfer Konvention an. Die Zahl der umgekommen IMIs wird auf 40.000–50.000 geschätzt.<sup>30</sup> Sie wurden – aufgrund eines Rechtsgutachtens der Bundesregierung – in der Zwangsarbeiter-Stiftung EVZ nicht berücksichtigt.<sup>31</sup>

21 *Streit*, Keine Kameraden. Die Wehrmacht und die sowjetischen Kriegsgefangenen 1941–1945, Stuttgart 1978, S. 79.

22 *Streit*, Keine Kameraden (Fn. 21), S. 244, 246; *Herbert*, in: *Herbert* (Fn. 5), S. 134 ff.

23 Im Frühjahr 1942 wurden damit Rüstungsminister *Speer* bzw. *Sauckel*, NS-Gauleiter von Thüringen, betraut.

24 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 143.

25 *Speer* (19.3.1905–1.9.1981), ab 8.2.1942 Reichsminister für Bewaffung und Munition.

26 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 158; teilweise abgedruckt bei *Blanke/Erd/Mückenberger/Stascheit* (Hrsg.), Kollektives Arbeitsrecht, Band 2, Reinbek 1975, S. 132 f. Vgl. auch *Mansfelds* Rede v. 19.2.1942, in der er auf das Zögern beim Einsatz der Kriegsgefangenen hinwies und auf den Einsatz von »Zivilrussen« drängte; Auszug bei *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 152.

27 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 157.

28 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 154 ff.

29 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 259 ff.; *Spoerer*, Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz (Fn. 11), S. 80 ff.

30 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 259 ff.; *Schreiber*, Die italienischen Militärinternierten im deutschen Machtbereich 1943 bis 1945. Verraten-Verachtet-Vergessen, München 1990; s.a. *Mommsen/Grieger*, Das Volkswagenwerk und seine Arbeiter im Dritten Reich, Düsseldorf 1996, S. 720 ff.

31 Nach einem Gutachten von Prof. *Tomuschat* hätten die italienischen Militärinternierten bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges ihren Status als Kriegsgefangene behalten, sie gehören nicht zu dem Kreis der Personen, denen Leistungsansprüche nach § 11 des EVZ-Gesetzes zustehen.

## 6. Jüdische Menschen<sup>32</sup>

Für Jüdinnen und Juden im Reich und den besetzten Ländern war die Zwangsarbeit Teil der Shoah. Im Reich seit 1933 verfolgt, aus dem Öffentlichen Dienst und freien Berufen gedrängt, durch das Reichsbürgergesetz als »Artfremde« diskriminiert, im Arbeitsleben entrechtet, seit 1938 zur Arbeit zwangsverpflichtet<sup>33</sup> – das galt später auch in vielen besetzten Gebieten. Jüdische Zwangsarbeiter\*innen aus den besetzten Gebieten wurden grundsätzlich nicht im Reich eingesetzt (Ausnahme: ungarische Jüdinnen und Juden gegen Kriegsende).

Nach der Eroberung Polens wurden die jüdischen Menschen in vielen hundert kleinen und großen Ghettos »konzentriert« und zur Arbeit gezwungen. Dorthin wurden zunächst auch die Juden aus Mittel- und Westeuropa ab 1939 transportiert, darunter auch aus dem Reich (viele wurden von SS-Truppen vor der Ankunft in den Ghettos von Riga bzw. Kaunas erschossen). Für die meisten war es ein vorübergehender Aufenthalt in bedrängter Enge und Not. Die »Arbeitsfähigen« wurden zur Arbeit herangezogen/gezwungen. Die meisten Ghettos wurden ab 1941/1942 aufgelöst und die Menschen in den deutschen Vernichtungslagern ermordet. Etwa 200.000 wurden unter grausigen Bedingungen in Zwangsarbeitslagern für Juden ausgebeutet, ua. durch deutsche Firmen.

Erste Deportationen jüdischer Menschen aus dem Deutschen Reich begannen 1939 (aus Pommern »nach Osten«), im Herbst 1940 (aus Baden und der Saarpfalz nach Gurs/Südfrankreich), ab 1941 »nach dem Osten« in die Ghettos und Vernichtungslager. Die Juden aus den besetzten ost- und westeuropäischen Ländern wurden ab 1942 in Ghettos oder direkt in die Konzentrations- und Vernichtungslager deportiert, der größte Teil ermordet. Im Frühjahr 1943 wurden auch die in deutschen Rüstungsfabriken eingesetzten jüdischen Zwangsarbeiter\*innen und ihre Familien nach Auschwitz-Birkenau deportiert, ein Teil der Männer zur Zwangsarbeit selektiert. Die letzte große Deportation war die der ungarischen Juden im Sommer/Herbst 1944, etwa 450.000 Menschen wurden direkt nach ihrer Ankunft in Auschwitz-Birkenau vergast; über 100.000 wurden entweder von Auschwitz aus oder in gesonderten Zügen als KZ-Häftlinge an Unternehmen oder die Organisation Todt »verliehen« und in Bau- oder Rüstungsprojekten eingesetzt.

## 7. KZ-Häftlinge: Arbeit und Vernichtung<sup>34</sup>

Die KZ-Häftlinge waren ab den 1930er Jahren zu Arbeit gezwungen, aus Erziehungs- und Strafgründen, oft in SS-eigenen Betrieben, zB. in den berühmten Steinbrüchen des KZ Mauthausen bei Linz oder des KZ Natzweiler im besetzten Elsass. 1941 wurde – erstmals in Auschwitz für den Bau des IG Farben Buna-Werks – zwischen der KZ-Leitung und den IG Farben ein Dreiecks-Modell entwickelt und durchgeführt: Das KZ stellte den IG Farben auf Anforderung KZ-Häftlinge »zur Verfügung«, die die IG Farben beim Bau des Werks für künstlichen Kautschuk einsetzte. Sie zahlte der SS pro Mann/Tag fünf RM, für Hilfskräfte drei RM, den Häftlingen nichts. Über dem Lager stand: »Alle Häftlinge sind Eigentum der SS.«<sup>35</sup> Die IG Farben konnten die Häftlinge aussuchen und bei »Nichteignung«, Krankheit etc. zurückgeben, was in den meisten Fällen den Tod bedeutete.

Die große Zeit des »Ausleihemodells« kam 1942/43. Den Plan von *Himmler*, in den KZ Rüstungsmaterial von Häftlingen herstellen zu lassen, lehnten Industrie und *Speer* ab. Aber Häftlinge in den KZ, Arbeitererziehungslagern und Zuchthäusern waren die einzigen noch verfügbaren Arbeitskräfte – trotz der »Sklavenjagden« von *Sauckel*. Nach langen Verhandlungen einigte man sich in einer »Führerbesprechung« im Herbst 1942 bei *Hitler* und *Göring* auf das Modell: Unternehmen konnten beim Wirtschaftsverwaltungshauptamt der SS einen Antrag auf Überlassung von Häftlingen stellen. Die Zuverlässigkeit der Firmen wurden von der SS geprüft. Firmenvertreter konnten sich die Arbeitskräfte vorher anschauen, manche machten sogar »Arbeitsproben«.<sup>36</sup> Die KZ-Häftlinge wurden den Betrieben keineswegs von der SS aufgedrängt, wie

32 Zum Ganzen vgl. *Hilberg*, Die Vernichtung der europäischen Juden, 3 Bände, Taschenbuchausgabe, Frankfurt aM. 1990; *Gutman* ua. (Hrsg.), Enzyklopädie des Holocaust, Band 3, Berlin 1993, S. 1462 ff.

33 Erlas des Reichsarbeitsministerium v. 20.12.1938; vgl. *Wildt*, in: Nützenadel (Hrsg.), Das Reichsarbeitsministerium im Nationalsozialismus. Verwaltung – Politik – Verbrechen, Göttingen 2017, S. 424.

34 *Spoerer*, Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz (Fn. 11), S. 107 ff.

35 Vgl. allg. *Herbert*, in: Herbert (Fn. 5), S. 384, 399 ff.

36 Vgl. *Hopmann* ua., Zwangsarbeit bei Daimler-Benz (Fn. 19), S. 345 ff.; *Kaiser/Knorrn*, »Wir lebten und schliefen zwischen den Toten«. Rüstungsproduktion, Zwangsarbeit und Vernichtung in den Frankfurter Adlerwerken, 3. Aufl., Frankfurt aM. 1998, S. 136 ff.; *Mommsen/Grieger*, Das Volkswagenwerk und seine Arbeiter im Dritten Reich (Fn. 30), S. 740 ff., 849 ff., 861 ff.; *Wysocki*, Zwangsarbeit im Stahlkonzern. Salzgitter und die Reichswerke Hermann Göring 1937–1945, Braunschweig 1982, S. 90 ff., 121 ff.

eine beliebte Nachkriegsentschuldigung von Unternehmen lautete, die zudem vom BGH übernommen wurde; vgl. dazu IV.5.d. Die Bedingungen waren mörderisch, die durchschnittliche Lebensdauer betrug nach einer SS-Kalkulation neun Monate, oft aber weniger; am schlimmsten waren die Zustände in den Untertagefertigungen von Flugzeugen und Raketenteilen. Nach Schätzungen waren Ende 1944 etwa 480.000 KZ-Häftlinge »arbeitseinsatzfähig«; davon waren ca. 230.000 in der Industrie eingesetzt, der Rest zB. bei Bauvorhaben der Organisation Todt.<sup>37</sup>

## 8. Zusammenfassung

»Die Verwendung von ausländischen Zivilarbeitern, Kriegsgefangenen, KZ-Häftlingen und Juden für den Arbeitseinsatz geschah während des Krieges durchweg nicht allein nach kriegswirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern durchgängig nach politisch-ideologischen, insbesondere rassistischen Kriterien. (...) Hitler selbst hat in diesen Prozeß immer wieder an entscheidenden Punkten eingegriffen – und zwar bis 1944 durchweg unter Bevorzugung der jeweils radikalsten politisch-ideologischen Variante.«<sup>38</sup>

## III. Arbeits- und Lebensbedingungen der Zwangsarbeiter\*innen

### 1. Rassistische Rangordnung

Die Fremdarbeiter\*innen wurden nach »rassischen« Kriterien in eine Rangordnung unterteilt. Bei der Entlohnung schrieben die NS-Behörden 1942/1943 von fünf Gruppen: 1. deutsche Gefolgschaftsmitglieder, 2. ausländische Arbeitskräfte, 3. polnische Beschäftigte, 4. Ostarbeiter 5. Juden und Zigeuner.<sup>39</sup> Sie achteten darauf, dass die deutschen Beschäftigten genügend von den ausländischen »abgesetzt« waren. »Der Arbeitsplatz muss der Stellung der Polen im deutschen Volksleben entsprechen. Ein Pole kann daher nicht Vorgesetzter von Deutschen sein.«<sup>40</sup>

### 2. Entlohnung

Die »Westarbeiter« erhielten den gleichen Lohn wie die deutschen. Die polnischen Arbeiter durften anfangs nur in die niedrigste Lohngruppe eingestuft werden, 15 % wurden über eine »Ausgleichsabgabe« weggesteuert. Die Löhne der

Ostarbeiter wurden Mitte 1942 umgestellt, nachdem sich herausgestellt hatte, dass durch eine »Russensteuer« »die schlechten Arbeiter mehr erhalten als die guten«, sich also mehr Leistung nicht lohnte. Ab dann war Ausgangspunkt der Lohn eines vergleichbaren deutschen Arbeiters; von dem Nettolohn wurde eine Ostarbeiterabgabe abgezogen, die der Betrieb an den Fiskus zu zahlen hatte. Am Wochenende blieb kaum etwas übrig, um über den Schwarzmarkt zB. Lebensmittel zu erwerben. Ab März 1945 (!) wurden sie entsprechend den Westarbeitern bezahlt – zumindest auf dem Papier. Bis Frühjahr 1944 waren die sowjetischen Arbeitskräfte nicht sozialversichert.

### 3. Verpflegung

Westarbeiter konnten in den Werkskantinen essen. Die Ostarbeiter bekamen die extrem niedrigen Verpflegungssätze der sowjetischen Kriegsgefangenen. »Schon wenige Tage nach dem Eintreffen der in der Regel gut ernährten Russen machten sich die Folgen der ungenügenden Lebensmittelversorgung bemerkbar (...). Das Rüstungskommando (...) konstatierte daher einen beträchtlichen Leistungsrückgang, der durch mangelnde Ernährung verursacht war.«<sup>41</sup> Als Essen gab es meistens eine Suppe mit Steckrüben oder Kohl. »Es gab eine Vesperpause, aber da wir nichts zu essen hatten, gingen wir auf die Toilette, um die Deutschen nicht essen sehen zu müssen (...). Mittags aßen wir in der Fabrik, aber das Essen war im Lager gekocht und mit einem Lastwagen hergebracht. Die Suppe war aus Gemüse, niemals Fleisch oder Eier. Wir hatten solchen Hunger!«<sup>42</sup> 1943 erlaubten die Behörden sog. »Leistungessen«, wenn sowjetische Arbeiter/innen eine höhere Leistung bei der Akkordarbeit erreicht hatten. Die leichte »Verbesserung der Lager der Ostarbeiter war gegen den zähen (...) Widerstand des Reichssicherheitshauptamtes erfolgt, das nicht bereit war, den Rechtsstatus der Ostarbeiter nennenswert zu verändern.«<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Herbert, in: Herbert (Fn. 5), S. 384, 413.

<sup>38</sup> Herbert, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 415 f.

<sup>39</sup> RArbBl. 1942 V, S. 127.

<sup>40</sup> Küppers, RArbBl. 1941 V, S. 532; s.a. Spoerer, Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz (Fn. 11), S. 157 f.

<sup>41</sup> Mommsen/Grieger, Das Volkswagenwerk und seine Arbeiter im Dritten Reich (Fn. 30), S. 579.

<sup>42</sup> Aussage einer sowjetischen Arbeiterin, zitiert bei Hopmann ua., Zwangsarbeit bei Daimler-Benz (Fn. 19), S. 133.

<sup>43</sup> Mommsen/Grieger, Das Volkswagenwerk und seine Arbeiter im Dritten Reich (Fn. 30), S. 595; Herbert, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 263.

## 4. Unterbringung

»Westarbeiter« waren in Turnhallen, Gaststätten, Baracken oder Wohnhäusern untergebracht; sowjetische Arbeiter\*innen waren in bewachten Lagern oder Baracken hinter Stacheldraht untergebracht und konnten sie auch nur unter Bewachung verlassen, zB. zur Arbeit.

## 5. Diskriminierendes Sonderrecht des Ausländereinsatzes

### a) Vorlauf in Recht und Praxis des Reichs

Schon bei Beginn der Hochrüstungphase waren ua. durch die staatliche Arbeitslenkung zunehmend »unfreie« Arbeitsverhältnisse entstanden: zB. Reichsarbeitsdienst (1935), Dienstpfllicht-Verordnungen (1938 und 1939), Beschränkung von Kündigungen (1939) sowie Kriminalisierung der Arbeitsverhältnisse (Einweisung in ein der Gestapo unterstehendes Arbeitserziehungslager, zB. wegen Arbeitsvertragsbruchs). Sie weiteten den staatlichen Gestaltungsspielraum aus. »Sie leiteten deutlich vom individuell gestalteten Arbeitsvertragsverhältnis zum auf Staatszwecke verpflichteten Gemeinschaftsverhältnis über.«<sup>44</sup> »Die vielfältigen Vorschriften über den Arbeitseinsatz (machen) einen grundlegenden Strukturwandel des Arbeitsverhältnisses im Dritten Reich deutlich (...): Prinzipiell wurden die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen (...) unter den Vorbehalt staatlicher Reglementierung gestellt.«<sup>45</sup> Franz Neumann sah 1944 die Entwicklung so: »Kurz, wir können mithin sagen, daß der Arbeiter keinerlei Freiheit genießt. Er kann seinen Arbeitsplatz und die Art seiner Tätigkeit nicht selbst wählen, er kann nicht aus freien Stücken kündigen, aber auch in der Regel nur mit Zustimmung des Arbeitsamtes entlassen werden (...).«<sup>46</sup>

### b) Diskriminierendes Sonderrecht

Nachdem schon im Frühjahr 1933 Beschäftigte aus politischen oder »rassischen« Gründen entlassen worden waren, setzten Regierung, Gerichte ua. die Idee um, für Teile der Bevölkerung aus »rassischen«, »blutmäßigen« Gründen ein ausschließendes Sonder-»Recht« zu schaffen. Das Reichsbürgergesetz von 1935 war der Anfang, das Urteil des Reichsarbeitsgerichts folgte 1940 mit der Entrechtung der Juden im Arbeitsleben: Das »AOG (...) sowie die sonstigen (...) arbeitsrechtlichen Bestimmungen können nicht ohne weiteres und uneingeschränkt

auf einen jüdischen Arbeiter Anwendung finden.«<sup>47</sup> Die NS-Regierung dekretierte 1941, dass die Juden »in einem Beschäftigungsverhältnis eigener Art stehen«, dh. dass zahllose Rechte und Schutzbestimmungen nicht gelten.<sup>48</sup> Nach dieser Vorlage ging sie auch bei den Verordnungen betreffend die Polen, »Zigeuner« und Ostarbeiter vor.<sup>49</sup> Nach *Diemut Majer* wurden die sonderrechtlichen Bestimmungen zunächst gegenüber Juden, dann gegenüber Ausländern und schließlich gegenüber allen »Gemeinschaftsfremden« reibungslos von den deutschen Justiz- und Verwaltungsbehörden praktiziert, das Prinzip des Sonderrechts sei dann zum allgemeinen Rechtsprinzip des Nationalsozialismus geworden<sup>50</sup>.

### c) Polenerlasse und Ostarbeitererlasse

»Die tiefe Feindschaft des Polentums gegenüber dem Deutschtum (...) ließ es nicht zu, den Polen als dem Deutschen gleichwertig zu behandeln. Vielmehr mußten alle Maßnahmen getroffen werden, die sicherstellen, daß der Pole eindeutig gegenüber dem deutschen Volksgenossen abgesetzt wird.«<sup>51</sup> Nach *Kranig* wurde damit »ganz offen die rassistische Diskriminierung der polnischen Arbeitskräfte zum Rechtsprinzip erhoben, und dem entsprachen die erlassenen Vorschriften und die tägliche Verwaltungspraxis.«<sup>52</sup> Bis 1941 aber schrieb man noch vom »freiwilligen Einsatz«.

Die Kommentierung der Ostarbeitererlasse setzten weitere Akzente.<sup>53</sup> Die Erlasse dienten der »Reinerhaltung

44 Linne, KJ 2005, 260, 274.

45 *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat (Fn. 6), S. 131.

46 *Neumann*, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, Frankfurt aM. 1977 (nach der in den USA erschienenen 2. Aufl. 1944), S. 402.

47 RAG, 24.7.1940 – 71/40 – ARS 39 (1940), S. 383 ff. mit zust. Anm. *Mansfeld*.

48 Verordnung über die Beschäftigung von Juden v. 3.10.1941, RGBl. I, S. 675; DurchführungsVO v. 31.10.1941, RGBl., S. 681 f.

49 »Zigeuner«: Anordnung über die Beschäftigung von Zigeunern v. 13.3.1942; RGBl. I, S. 1942; Polen: Anordnung über die arbeitsrechtliche Behandlung der polnischen Beschäftigten v. 5. Oktober 1941, RGBl. I, S. 448; »Ostarbeiter«: Verordnung über die Einsatzbedingungen der Ostarbeiter v. 20.6.1942, RGBl. I, S. 419.

50 *Majer*, »Fremdvölkische« im Dritten Reich: ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements, Boppard 1961.

51 *Küppers*, RArbBl. 1941 V, S. 532. *Herbert* kommentierte: »Die Ungleichheit wurde zementiert, der Status des »Herrenmenschen« erhielt Rechtsgrundlagen« in: Geschichte der Ausländerpolitik. Saisonarbeiter, Zwangsarbeiter, Flüchtlinge, Bonn 2003, S. 131.

52 *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat (Fn. 6), S. 165.

53 Die folgenden Zitate sind entnommen aus: *Küppers/Bannier*, Einsatzbedingungen der Ostarbeiter sowie der sowjetrussischen Kriegsgefangenen, 2. Aufl., Berlin 1943, S. 23 ff.

der rassistischen Substanz des deutschen Volkes, deshalb möglichst wenig Berührung« mit ihnen und deshalb Herausnahme aus »der deutschen Sozialordnung« (S. 23), da die »dazu notwendigen blutmäßigen Voraussetzungen fehlen« (S. 30). »Das Beschäftigungsverhältnis des Ostarbeiters ist lediglich ein gegenseitiges Schuldverhältnis, in dem der eine Teil die Arbeitsleistung, der andere Teil die Vergütung für die Arbeitsleistung schuldet.«<sup>54</sup> (S. 33).

#### d) Zeitgenössische Literatur

Nach *Herbert* gab es eine stark anschwellende Spezialliteratur zu der arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Erlasslage. Die führenden Beamten des RAM und GBA hätten die Aufgabe gehabt, die schnell wechselnden rechtlichen Bestimmungen als in sich konsistent und folgerichtig zu erläutern. Die Zahl dieser oft ebenso zynischen wie langweiligen Artikel liege bei ca. 100 (aus einigen werde ich trotzdem zitieren). Die wissenschaftliche Literatur habe ein idyllisches Bild des Ausländereinsatzes gezeichnet: zwar erschwert durch den Krieg, aber in wirtschaftlicher Hinsicht ein Erfolg und in politischer Hinsicht die Vorwegnahme eines innereuropäischen Arbeiteraustauschs in einem nach dem deutschen Sieg unter nationalsozialistischen Vorzeichen geeinten Europa.<sup>55</sup>

*Hueck/Nipperdey/Dietz* beurteilen die rechtlichen Entwicklungen im Grundsatz positiv, im Gegensatz zu dem »aufregenden« Thema »Vertragstheorie vs. Eingliederungstheorie« beim Arbeitsvertrag/Arbeitsverhältnis aber eher spröde und kurz zustimmend. Sie stimmen den rassistischen Juden-, Polen- und Ostarbeiter-Verordnungen eindeutig zu: »Sie gehören nicht zur deutschen Sozialverfassung.« Und »(e)s wäre überdies mit dem gesunden Volksempfinden nicht vereinbar, würden sie (die Polen) ebenfalls an dem sozialen Fortschritt des neuen Deutschlands unbeschränkt teilnehmen.«<sup>56</sup> Zu den – ihnen wohl bekannten – Zwangsmaßnahmen beim Ausländereinsatz äußern sie sich nicht.

An Vorbereitungsgesprächen und an der Ausarbeitung der Erlasse waren ua. beteiligt *Walter Letsch*, *Hans Küppers* und *Max Timm* vom RAM bzw. GBA sowie *Bernhard Baatz* vom RSHA<sup>57</sup>. *Timm* schrieb noch im Spätherbst 1941, dass der Ausländereinsatz auf freiwilligen Verträgen beruhe, forderte dazu auf, anderslautenden Gerüchten des »Feindes« entgegenzutreten.<sup>58</sup> *Küppers/Bannier* klammerten das Thema aus, was angesichts der Hitler/Göring-Verabredung (»behandeln wie russ. Kriegsgefangene«), der

Sicherheitsauflagen und Kontrollen der SS und der »notwendigen« Unterbringung in umzäunten und bewachten Lagern nachvollziehbar ist.<sup>59</sup>

## IV. »Aufarbeitung« nach Kriegsende/ Befreiung – Entschädigung

»Deutschland trifft eine harte Wiedergutmachungspflicht. Dass Deutschland moralisch und juristisch verpflichtet ist, Schadensersatz zu leisten, steht außer Zweifel (...).«<sup>60</sup>

2007 »Die deutsche Zwangsarbeiter-Stiftung EVZ hat Entschädigungen an 1.665.000 überlebende Zwangsarbeiter\*innen gezahlt; (...) sie erhalten zusammen 4,4 Mrd. Euro.«<sup>61</sup>

### 1. Nürnberger Prozesse

In den Nürnberger Prozessen waren die Zustände und Morde in den Konzentrations- und Vernichtungslagern sowie die Verschleppung und Ausbeutung der ausländischen Zwangsarbeiter Hauptanklagepunkte sowohl im Hauptverfahren wie in den Nachfolgeprozessen. *Sauckel*, *Speer*, leitende Männer der IG Farben, von *Flick*, *Krupp* und *Röchling* sowie des SS-Wirtschaftsverwaltungs-Hauptamtes sind vor allem deswegen wegen Kriegsverbrechen und Menschheitsverbrechen verurteilt worden<sup>62</sup> – die zivilrechtlichen Folgen und Verjährungsfragen waren nicht Gegenstand der Verfahren, sie wurden auch selten thematisiert.

54 Das klingt beinahe wie die Umschreibung eines abgespeckten »Arbeitsverhältnisses« (§ 611 BGB aF.).

55 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 12, S. 456 ff. unter »Zeitgenössisches Schrifttum«.

56 *Hueck/Nipperdey/Dietz*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar, 4. Aufl., München/Berlin 1943, § 1 Rn. 18, 31a–h und S. 938 ff.

57 Zu *Baatz*: [https://de.wikipedia.org/wiki/Bernhard\\_Baatz](https://de.wikipedia.org/wiki/Bernhard_Baatz) (28.5.2020).

58 *Timm*, RArbBl. 1941 V, S. 609, 611 f.; *Timm* war Ministerialrat im RAM und später *Sauckel*-Stellvertreter.

59 *Küppers/Bannier*, Einsatzbedingungen der Ostarbeiter sowie der sowjetrussischen Kriegsgefangenen (Fn. 53), S. 105 ff. bzw. 24 ff.; *dies.*, Das Arbeitsrecht der Polen im Deutschen Reich, Berlin 1942.

60 *Bauer*, Deutsche Nachrichten 4.9.1945, S. 3; wieder in: *Foljanty/Johst* (Hrsg.), Fritz Bauer. Kleine Schriften (1921–1961), Frankfurt aM. 2018, S. 161.

61 Stiftung Erinnerung, Verantwortung, Zukunft, abrufbar unter: <https://www.stiftung-evz.de/stiftung/geschichte/ns-zwangsarbeit/auszahlungsprogramme/abschluss-der-auszahlungen.html> (20.5.2020).

62 Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, Bd. 1, Nürnberg 1947, S. 361 ff. (*Sauckel*), 373 ff. (*Speer*); *Primel/Stiller* (Hrsg.), Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung, Hamburg 2013, S. 67 ff. (*Pohl/SS-WVHA*), 376 ff. (*Flick*), 405 ff. (*I.G-Farben*), 434 ff. (*Krupp*), 464 ff. (*Röchling*).

In der westdeutschen Öffentlichkeit wurde der Zwangsarbeitereinsatz praktisch nicht diskutiert, er wurde auch nicht als typisches NS-Unrecht gewertet (s. III. und IV.4.) Die deutsche Bevölkerung war selbst aktiver Faktor beim Ausländereinsatz, war damit an vielen Orten konfrontiert, was die Tendenzen zum Vergessen noch verstärkte. In der internationalen Öffentlichkeit standen dagegen die Deportationen und die Zwangsarbeit im Focus – es handelte sich ja um Landsleute, nicht um Deutsche.<sup>63</sup> Vor allem diese Gruppen standen im Zentrum von – politischen und unter juristischen Formeln versteckten – Kontroversen (s. IV.3.).

## 2. Vorstellungen zur Wiedergutmachung

Angesichts des ungeheuren NS-Unrechts hatten *deutsche Widerstandskreise* Vorstellungen zur »Wiedergutmachung« entwickelt, die eng mit den Forderungen zur Bestrafung der Täter, Entnazifizierung und wirtschaftlicher Neuordnung verbunden waren. So hieß es im »Buchenwalder Manifest der demokratischen Sozialisten« um *Hermann Brill* vom 19. April 1945: »Wir bekennen uns (...) zu einer »selbstbestimmten Wiedergutmachungsschuld« der Schäden, die das deutsche Volk durch den Hitlerismus angerichtet hat.«<sup>64</sup> Ob damit auch an die Verbrechen in den besetzten Gebieten und an Ausländern gedacht war, ist unklar.

Die Alliierten setzten einerseits auf Reparationen für die Kriegsschäden, die aus der »Entnahme von Gütern« aus den Besatzungszonen erfolgen sollte (Demontagen). Sie verfügten am 20. September 1945 die Aufhebung aller aus rassistischen, religiösen und politische Gründen diskriminierenden Gesetze (ua. der Juden und Ostarbeiter) und Urteile. Sie kündigten weitere Schritte zugunsten der Ansprüche, Rechte und Interessen von Verfolgten an.<sup>65</sup>

## 3. Wege und Umwege zum Bundesentschädigungsgesetz

Insbesondere die USA trieben in ihrer Besatzungszone die Rückgabe aus rassistischen, religiösen, politischen oder nationalen Gründen geraubten Vermögens voran (Rückergattungsgesetz von 1947) und der Entschädigung von rassistisch, religiös oder politisch Verfolgten (Gesetze von 1949 in den Ländern der US-Zone). Die Entschädigung der überwiegend ausländischen Verfolgten (insbesondere Widerstandskämpfer und Zwangsarbeiter), die etwa 90 % der Betroffenen ausmachten, blieb ungelöst – offenbar nicht versehentlich,

sondern bewusst. Plausibel erscheint die Erklärung, dass die USA diese Frage im Rahmen der *Reparationen* lösen wollten.<sup>66</sup> *Düx* nimmt an, dass als vordringlich die Entschädigung der KZ-Häftlinge angesehen wurde.<sup>67</sup>

### a) Abkommen mit Israel und der Claims Conference

Als Bundeskanzler *Konrad Adenauer* am 20. September 1949 in seiner ersten Regierungserklärung als oberstes Ziel das Streben nach sozialer Gerechtigkeit und Linderung der Not betonte, nannte er ua. die Vertriebenen, Bombenopfer, Kriegsgefangenen, Beamten und Militärpersonen – von den NS-Verfolgten sprach er nicht.<sup>68</sup>

Beim Start der Bundesrepublik Deutschland gab es kein Bundesgesetz zur Entschädigung von NS-Unrecht. Von der Lösung der Fragen bzgl. der deutschen Kriegsschulden und der Wiedergutmachung hing die Aussicht auf die »Rückkehr Deutschlands in die Völkerfamilie«, der Anschluss an die internationale Gemeinschaft und Wirtschaft und evtl. an ein westliches Bündnis ab. Testfall waren die Verhandlungen mit Israel und mit jüdischen Verbänden über die Rückerstattung geraubten/»arisierten« Vermögens und die Entschädigung der rassistisch und politisch Verfolgten. *Adenauer*, der den Zusammenhang erkannt hatte, nahm auf US-Vermittlung Kontakt zu Ministerpräsident *Ben Gurion* auf; in beiden Ländern gab es erhebliche Widerstände: Die Abkommen passierten den Bundestag nur dank der Zustimmung der – oppositionellen – SPD. Im Ergebnis zahlte die Bundesrepublik – auf zehn Jahre verteilt – drei Milliarden DM, zum Teil durch Warenlieferungen, an Israel sowie 500 Millionen DM an die Claims Conference als Globalentschädigung für jüdische Verfolgte außerhalb Israels.<sup>69</sup>

63 *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 11 ff.

64 *Goschler*, Wiedergutmachung. Westdeutschland und die Verfolgten des Nationalsozialismus 1945–1954, München 1992, S. 22 ff.; *Hermann Brill* (1895–1959), Gründer der »deutschen Volksfront«, 1938 vom »Volksgerichtshof« verurteilt, 1943 KZ Buchenwald, 1945 kurze Zeit Thüringer Ministerpräsident, Chef der Staatskanzlei in Hessen, MdB., Honorarprofessor an der Univ. Frankfurt aM.

65 ABl. des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 1 v. 29.10.1945, S. 22 ff. bzw. Nr. 42a, 43, S. 18; *Goschler* (Fn. 64), S. 70 f.

66 So die vom Bundesarchiv zusammen mit Stiftung EVZ verantwortete Seite »Zwangsarbeit im NS-Staat«, abrufbar unter: [https://www.bundesarchiv.de/zwangsarbeit/leistungen/leistungen\\_bis\\_2000/massnahmen/index.html](https://www.bundesarchiv.de/zwangsarbeit/leistungen/leistungen_bis_2000/massnahmen/index.html) (18.5.2020); Vorstöße andere Alliierte wurden später abgeblockt.

67 *Düx*, Justiz und Demokratie. Anspruch und Realität in Westdeutschland nach 1945. Gesammelte Schriften 1948–2013, Köln 2013, S. 407.

68 1. Deutscher Bundestag. Stenographisches Protokoll der 5. Sitzung, Bonn 1949, S. 22–30.

69 BGBl. 1953 I, S. 35 ff.; dazu *Herbst/Wolffsohn*, in: *Herbst/Goschler* (Hrsg.): Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, München 1989, S. 22–26 bzw. 161 ff.

## b) Zahlungsaufschub für die deutschen Kriegsschulden/ Londoner Schuldenabkommen

Bei den Verhandlungen über die Rückzahlung der deutschen Kriegsschulden mit 15 westlichen oder »neutralen« Staaten konnte der Betrag auf 14 Milliarden heruntergehandelt werden. Mit Rücksicht auf die Wirtschaftskraft der Bundesrepublik waren einige Forderungen binnen zwanzig Jahren, andere bis zum Jahre 1988 abzutragen.<sup>70</sup> Auch das stellte aber ua. nach Ansicht der Bundesregierung mit Blick auf die unsichere Zukunft des Landes noch eine erhebliche Belastung dar. Bei den Verhandlungen fand man schließlich die Lösung: Eine »Prüfung der aus dem Zweiten Weltkrieg herrührenden Forderungen von Staaten (...) oder von Staatsangehörigen gegen das Reich und im Auftrag des Reichs handelnde Stelle oder Personen (...) wird bis zu der endgültigen Regelung der Reparationsfrage zurückgestellt.« Da ein Friedensvertrag zu Zeiten des kalten Kriegs ausblieb, wurde dies praktisch eine Dauerregelung bis zum 2+4 Vertrag 1990. Der holländische Vertreter wies darauf hin, dies würde auch »individuelle Wiedergutmachungsforderungen betreffen, zB. Lohnforderungen ehemaliger KZ-Häftlinge gegen deutsche Arbeitgeber, zB. die IG-Farbenindustrie«, darüber würde seine Regierung gerne bald zu einer Vereinbarung mit Deutschland kommen. Dem Dreimächte-Ausschuss und der BRD gelang es, diesen Vorstoß abzuwehren.<sup>71</sup> Das Ergebnis wurde von der Bundesregierung so interpretiert, dass auch individuelle Entschädigungsansprüche ausländischer Opfer aus erlittener Verfolgung auf Eis gelegt wurden; das sollte eine wichtige Rolle ua. bei der Abwehr von Klagen ausländischer Zwangsarbeiter gegen einzelne Betriebe spielen (vgl. IV.6.).

## 4. Bundesentschädigungsgesetz

Nach dem Bundesentschädigungsgesetz (BEG) von 1956 können Personen Entschädigung erhalten, »die aus Gründen politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus oder aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft verfolgt worden sind (...).« Das betrifft nur bestimmte »Schäden«, ua. an Leben, Körper und Gesundheit, Freiheit, Vermögen, im beruflichen oder wirtschaftlichen Fortkommen.

Das BEG war für ausländische NS-Verfolgte weitgehend nutzlos aus mehreren Gründen:

- Ansprüche können nur Personen stellen, die am Stichtag 1. April 1953 in Deutschland wohnen – in den Grenzen von 1937 – also einschließlich DDR und den ehemaligen deutschen Ostgebieten.
- Ausländer sind ausgeschlossen; Ausnahmen: für bestimmte »Nationalgeschädigte«.
- Lohn und Schmerzensgeld für Zwangsarbeit ist in § 43 BEG nicht vorgesehen.
- Bürger\*innen von Staaten, mit denen die BRD keine diplomatischen Beziehungen hat, sind ausgeschlossen – mit der »diplomatischen Klausel«, § 238a (= doppelter Ausschluss zB. für polnische Zwangsarbeiter\*innen)
- Ausschluss auch für Deutsche, die die freiheitlich demokratische Grundordnung bekämpfen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2), was auf Kommunist\*innen zielte; für viele Betroffene wurden in den Ländern Härtere Regelungen eingerichtet.

Einem zur Zwangsarbeit nach Deutschland deportierten Polen beschied der BGH: »Der Kläger ist nicht wegen seiner Zugehörigkeit und seines Bekenntnisses zum polnischen Volkstum verhaftet worden, sondern allein deshalb, weil das ns. Deutsche Reich zur Fortsetzung des Kriegs unter allen Umständen Arbeitskräfte benötigte. (...) Der Grund seiner Verhaftung (...) war nicht seine Zugehörigkeit zum polnischen Volkstum, sondern der Arbeitsmangel in Deutschland.«<sup>72</sup> Düx merkte dazu an: »Der polnische Kläger wurde also kurzerhand vom Bundesgerichtshof als vom NS-Staat nicht verfolgte Person erklärt. Die damalige deutsche Kriegswirtschaft wurde von der Justiz zu einem schutzwürdigen Gut stilisiert, dem polnische Bürger sich unterzuordnen gehabt hätten und demgemäß Deportationen keine Schadensersatzansprüche nach sich zögen. Die Tatsache, daß Deportationen von Ausländern zur Zwangs- und Sklavenarbeit nach Deutschland gemäß dem Urteil des Internationalen Militärtribunals ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit

<sup>70</sup> Mit den laufenden Zahlungen waren bis 1983 fast alle Auslandsschulden beglichen; 1988 wurden die Nachkriegsschulden gegenüber den USA beglichen. Am 3.10.2010 erfolgte die letzte Schuldzahlung. Zu den Verhandlungen und Ergebnissen vgl. *Herbert*, in: *Herbst/Goschler* (Rn. 69), S. 275 ff.

<sup>71</sup> *Herbert*, in: *Herbst/Goschler* (Rn. 69), S. 274, 278 ff. Nach *Bergmann*, RzW 1979, 41, 42 wich das Abkommen damit von bisheriger Übung ab; *Düx*, *Justiz und Demokratie* (Fn. 67), S. 407 hält die Lösung für systemfremd, weil es sich bei den in Rede stehenden Forderungen nicht um Reparationen, sondern um individuelle Entschädigungsansprüche gehandelt habe.

<sup>72</sup> BGH, 7.12.1960 – IV ZR 150/60 – RzW 1961, 184, 185.

darstellten und somit zu Schadens- bzw. Wiedergutmachungsansprüchen führten, wurde vom Gericht noch nicht einmal der Erwähnung Wert befunden.«<sup>73</sup>

*Politische Verfolgung*, zB. wegen Widerstandes, oder »rassische« Verfolgung von Polen wurde durchweg verneint. Das tiefere Problem dabei ist nach *Herbert*: Während die Verfolgung von Juden als spezifisches NS-Unrecht verstanden wurde, wurden Maßnahmen gegen Polen oder Russen in Zusammenhang mit der deutschen Besatzungspolitik gesehen, mithin nicht als spezifisch nationalsozialistisch<sup>74</sup> – dabei hatten die deutsche Kriegsführung, Besatzungs- und Zwangsarbeitspolitik aufgrund der Polen- und Ostarbeiter-Erlasse eine auf die angebliche Minderwertigkeit der Polen und Russen gegründete und damit rassistische Zielsetzung (siehe IV.3.). Einen ähnlichen faux pas leistete sich der BGH in seinem Urteil zu »Zigeunern« vom 7. Januar 1956<sup>75</sup>, als er eine Klage auf Entschädigung wegen einer Deportation im Jahr 1940 ablehnte: »Sie (die Zigeuner) neigen, wie die Erfahrung zeigt, zur Kriminalität, besonders zu Diebstählen und Betrügereien, es fehlen ihnen vielfach die sittlichen Antriebe der Achtung von fremdem Eigentum, weil ihnen wie primitiven Urmenschen ein ungehemmter Okkupationstrieb zu eigen ist.« Das Urteil hatte Bestand bis 1963. 60 Jahre später, am 17. Februar 2016 sagte BGH-Präsidentin *Limberg*: »Ein Urteil, für das man sich schämen muss, und eine unvertretbare Rechtsprechung.«<sup>76</sup>

## 5. Einzelne Verfahren gegen Unternehmen

»Die deutsche Industrie setzte KZ-Insassen an die Arbeit, nicht um sie zu retten, sondern um Deutschland zu retten.«<sup>77</sup>

Da das BEG Lohnansprüche von Zwangsarbeitern ausklammerte, reichten einzelne Überlebende Klagen bei Zivilgerichten ein. Es ging dabei um den nicht gezahlten Lohn für die Arbeit, Schadensersatz und Schmerzensgeld für die unmenschliche Behandlung. Einige von ihnen waren KZ-Häftlinge gewesen. Den ersten Kläger, *Norbert Wollheim*, unterstützte in 2. Instanz die Jewish Claims Conference. Solche Verhandlungen wurden später in weiteren Fällen geführt (s. dazu IV.6.).

a) 1953 verklagte *Norbert Wollheim*, ehemals Zwangsarbeiter der IG Farben im KZ Auschwitz-Monowitz, die IG Farben AG in Liquidation auf 10.000 DM Schadensersatz. Sein Anwalt *Henry Ormond* ließ sich auf den Konflikt mit dem Chemie Giganten ein. Er

argumentierte streng auf dem Boden des BGB. Das LG folgte dem Antrag in vollem Umfang. Es sah eine Mitverantwortung der IG Farben an der Ausbeutung der Arbeitskraft des Klägers. Das Urteil<sup>78</sup>, gegen das die Firma umgehend Berufung eingelegt hatte, wurde in der Tagespresse breit diskutiert und elektrisierte die Industrie. Unter Vermittlung des BDI beriet ein Arbeitskreis aus Vertretern von Großunternehmen, die ein Präjudiz befürchteten, Gegenstrategien; am 27. Mai 1953 fand eine »informativische« Besprechung im Bundesfinanzministerium mit Vertretern der Industrie und der Ministerien, ua. des BMA, statt.<sup>79</sup> Die Claims Conference schaltete sich auf Seiten von *Wollheim* ein. Auf Anregung des OLG wurden Vergleichsverhandlungen geführt, die 1957 zu einem Abkommen für mehrere tausend ehemaliger KZ-Häftlinge führte. Auf Wunsch der IG Farben, die das Kapitel abschließen wollte, wurden auch polnische nichtjüdische KZ-Häftlinge einbezogen, ein Teil von ihnen aber zurückgewiesen und auf den Rechtsweg verwiesen, der mit dem abschlägigen BGH-Urteil vom 26. Februar 1963 endete (su. IV.5.d).<sup>80</sup>

b) *Adolf Diamant* erreichte das einzige rechtskräftige Urteil für seine Arbeit für die Fa. Büssing über 117,80 DM (1178 RM, abgewertet durch die Währungsreform) auf der Grundlage Geschäftsführung ohne Auftrag und einer Verjährungsfrist von 30 Jahren.<sup>81</sup>

73 *Düx*, Justiz und Demokratie (Fn. 67), S. 435; s.a. den bei *Herbert*, Fremdarbeiter (Fn. 2), S. 10 abgedruckten »Muster«-Ablehnungsbescheid des Bundesverwaltungsamts in Köln.

74 *Herbert*, in: *Herbst/Goschler* (Rn. 69), S. 294.

75 BGH, 7.1.1956 – IV ZR 211/55 – RzW 1956, 113 – übrigens in Übereinstimmung mit den »führenden Kommentaren«, ua. von *Blessin/Wilden*, Bundesentschädigungsgesetz, München 1957, § 1 Anm. 26; abl. *Calvelli-Adorno*, RzW 1961, 529; aufgehoben durch BGH, 18.12.1963 – VI ZR 108/63 – RzW 1964, 209 m. Anm. *Calvelli-Adorno*, RzW 1964, 368.

76 Auf einem gemeinsamen Symposium des BGH und des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma am 17.2.2016 in Karlsruhe, BGH-Pressmitteilung Nr. 42/2016; s.a. BGH-Richter *Mosbacher*, NJW 2016, 30 ff.

77 *Ferencz*, Lohn des Grauens. Die verweigerte Entschädigung für jüdische Zwangsarbeiter. Ein Kapitel deutscher Nachkriegsgeschichte, Frankfurt aM./New York 1981 (im Original: *Less Than Slaves*), S. 235.

78 LG Frankfurt aM., 10.6.1953 – 2/3 O 406/51, abrufbar unter: [http://www.wollheim-memorial.de/de/das\\_urteil\\_des\\_lg\\_frankfurt\\_am\\_main](http://www.wollheim-memorial.de/de/das_urteil_des_lg_frankfurt_am_main) (28.5.2020).

79 Bundesarchiv Koblenz, B 149/2858.

80 Vgl. zum Ganzen *Ferencz*, Lohn des Grauens (Fn. 77), S. 59 ff.; zur rechtlichen Seite *Rumpf*, Der Fall *Wollheim* gegen die I.G. Farbenindustrie AG in Liquidation: die erste Musterklage eines ehemaligen Zwangsarbeiters in der Bundesrepublik Deutschland – Prozess, Politik und Presse, Frankfurt aM. 2010.

81 LG Braunschweig, 20.6.1965 – 13 C 566/64; s. *Ferencz*, Lohn des Grauens (Fn. 77), S. 214 ff.

3. *Edmund Bartl* war wegen eines regimekritischen Witzes denunziert und nach dem Urteil eines Sondergerichts in das KZ Sachsenhausen eingeliefert worden, wo er Zwangsarbeit für die Flugzeugfirma Messerschmitt ausführen musste. Er verklagte die Firma auf Lohn und Schadensersatz. Nach dem zusprechenden Urteil holte sich die Firma die Bundesregierung als Streithelfer ins Boot.<sup>82</sup> Das positive Urteil des OLG Stuttgart, es war von Geschäftsführung ohne Auftrag und einer 30-jährigen Verjährungsfrist ausgegangen, hob der BGH auf: Der Anspruch sei verjährt nach § 196 BGB Abs. 1 Nr. 9 BGB aF. (Arbeitslohn); die kurze Frist setze keinen Arbeitsvertrag voraus, es genüge tatsächliche Arbeitsleistung.<sup>83</sup>
- d) *Leon Staucher* ua. hatten als polnische KZ-Häftlinge bei der IG Farben in Auschwitz-Monowitz zwangsarbeiten müssen, sie waren von der IG Farben bei dem »Wollheim«-Abkommen nicht berücksichtigt worden (s. o. IV.5.a). Der BGH wies ihre Klagen als »zur Zeit unbegründet« zurück mit einer überraschenden Begründung: Ihre Ansprüche unterfielen dem Londoner Schuldenabkommen, das Polen zwar nicht unterzeichnet habe, das aber durch das Zustimmungsgesetz vom 24. August 1953 innerstaatliches Recht geworden sei. Die IG Farben sei als »Beauftragte staatlicher Stellen« iSd. Abkommens anzusehen, auch wenn sie eigenwirtschaftliche Ziele verfolgt habe. Die weitergehende Ansicht, Klagen von Bürgern gegen Unternehmen wegen Ansprüchen aus Kriegsmaßnahmen auszuschließen, wies der BGH zurück.<sup>84</sup> Auch das BVerfG stellte 1996 fest, dass zB. die Verzichtserklärungen Polens und der SU sich idR. nicht auf Ansprüche ihrer Staatsangehörigen beziehen und sie deshalb direkt die Unternehmen verklagen können.<sup>85</sup>

Der Stand war also in den 1990er Jahren: Die einen Klagen kommen zu früh (von ausländischen Bürgern), die anderen zu spät, weil verjährt. »Die Rechtswissenschaft hat sich in der Vergangenheit einer eingehenden Erörterung möglicher zivilrechtlicher Ansprüche ehemaliger Zwangsarbeiter entzogen.«<sup>86</sup>

## 6. Abkommen der Jewish Claims Conference<sup>87</sup>

Dem Abkommen mit der IG Farben AG iL. folgten, jeweils nach langen Verhandlungen, weitere Abkommen mit einzelnen großen Unternehmen. Alle Firmen sagten, die

Zwangsarbeiter seien ihnen von der SS aufgezwungen worden (dagegen s. schon oben II.7.), aber man habe sie gut behandelt; sie betonten ausdrücklich, dass die Zahlungen keinerlei Eingeständnis einer rechtlichen oder moralischen Schuld und »keine Anerkennung einer Rechtsverbindlichkeit« seien; meist verlangten sie, dass die Claims Conference keine neuen Forderungen stelle.

Krupp zahlte zehn Millionen DM = 3300 DM pro Person; AEG Telefunken: vier Millionen DM = 1800 DM pro Person; Siemens: sieben Millionen DM = 3500 DM pro Person; Rheinmetall: 2,5 Millionen DM = 1700 DM pro Person; Flick/Feldmühle Nobel: fünf Millionen DM = 2000 DM pro Person. *Flick* hatte einen unterschriftsreifen Vertrag für obsolet erklärt, 1972 starb er, ohne einen Pfennig gezahlt zu haben. Eine Lösung gab es erst nach dem Verkauf der Aktien an die Deutsche Bank.

## 7. Globalabkommen mit Staaten

Nachdem westliche Staaten merkten, dass das BEG 1956 keine Regelung für die Verfolgte ihrer Länder enthielt (zB. Widerstandskämpfer, zur Zwangsarbeit Deportierte), verlangten sie von der Bundesrepublik einen Ausgleich. Die Bundesregierung sah – trotz der Regelungen im Londoner Schuldenabkommen – eine politische Notwendigkeit zu Verhandlungen, ua. weil die Gründung der EWG bevorstand. Die Bundesregierung verlangte zB., dass Zahlungen nicht an Widerstandskämpfer gehen dürfen, was zB. Frankreich für inakzeptabel hielt.

Schließlich einigte man sich: Die Höhe des Topfes wurde verbindlich vereinbart; die Gelder konnte jedes Land faktisch nach seinen Kriterien verteilen. Die Abkommen zwischen 1959 und 1964 sahen Leistungen in Höhe von insgesamt 971 Mio. DM vor.

82 Vgl. Sitzung des Bundeskabinetts v. 7.4.1965, abrufbar unter: [https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0100/k/k1965k/kap1\\_2/kap2\\_15/para3\\_3.html](https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0100/k/k1965k/kap1_2/kap2_15/para3_3.html) (12.5.2020)

83 BGH, 22.6.1967 – VII ZR 181/65 – BGHZ 48, 125, 127, juris-Rn. 11 f. Vgl. *Irmmer*, in: Kramer (Hrsg.): *Zwangsarbeit im Nationalsozialismus und die Rolle der Justiz*, Nordhausen 2007, S. 119 ff. S. aber BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 71/99 – BAGE 93, 310, unter II.2.b).

84 BGH, 26.2.1963 – VI ZR 94/61 – RzW 1963, 525, 526: Die Vorlage zur dieser seltsamen These hatte der BMF-Beamte *Féaux de la Croix* in NJW 1960, 2268 geliefert.

85 BVerfG, 13.5.1996 – 2 BvL 33/93 – BVerfGE 94, 315; sa. LG Bonn, 5.11.1997 – 1 O 134/92 – Streit 1988, 101 m. Anm. *Fuchsloch* für Individualklage gegen die Bundesrepublik Deutschland.

86 *Pawlita*, AuR 1999, 426, 436.

87 Alle Angaben nach *Ferenz*, Lohn des Grauens (Fn. 77).

Nach den deutsch-polnischen Verträgen folgte ein Vertrag mit Polen. Die deutsche Sozialversicherung zahlte 1,3 Mrd. DM an Polen. Damit sollten Rentenansprüche von Polen abgegolten werden, denen man während der Besatzung Beiträge abgezogen hatte. Nach der Wiedervereinigung folgten Verträge mit Polen, Russland, der Ukraine, Weißrussland und den baltischen Staaten.

## 8. Neue Anläufe in den 1980er und 1990er Jahren

Nach der grundlegenden historischen Studie von *Ulrich Herbert* (s. o. I.) brachten viele lokalgeschichtliche Arbeiten, zB. von Geschichtswerkstätten, Ringvorlesungen an Universitäten (zB. Berlin und Bremen), Ausstellungen und Besuche ehemaliger Zwangsarbeiter\*innen, die massenhafte Zwangsarbeit und bisher »vergessene Opfer« einem breiteren Publikum nahe.

- Die Wehrmachtsausstellung konfrontierte viele erstmals mit den »Verbrechen der Wehrmacht«.
- *Richard von Weizsäcker* nannte als erster Bundespräsident den 8. Mai 1945 einen »Tag der Befreiung«.
- Das Europäische Parlament mahnte 1986 in einer Entschließung eine Entschädigung für die Zwangsarbeiter durch die Bundesrepublik Deutschland an.
- Bündnis 90/Die Grünen forderte 1997 die Errichtung einer Bundesstiftung »Entschädigung für Zwangsarbeit« sowie Rentenleistungen für bisher davon ausgeschlossene Gruppen von Zwangsarbeitern.

Dies strahlte auch auf das Sozial- und Arbeitsrecht aus. Junge Wissenschaftler\*innen sowie einige Sozial- und Arbeitsrichter\*innen entwickelten Ideen, wie man den Stillstand überwinden könnte.<sup>88</sup> Es gab die Chance und Aufgabe,

- die Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung, die viele osteuropäische Zwangsarbeiter\*innen nicht als NS-Opfer anerkannt hatte, auf die Sozialversicherung zu überprüfen und
- das System der NS-Zwangsarbeit als massenhaften Rechtsbruch, Verstoß gegen internationale Verträge, wie zB. das ILO Übereinkommen Nr. 29 von 1930 betr. Zwangsarbeit, sowie als Menschheitsverbrechen zu bewerten.

### a) Sozialrecht

»Die nationalsozialistische Herrschaft hat – trotz aller Ausnahmenvorschriften für Verfolgte – im Selbstverständ-

nis der Sozialrechtler die Grundlagen der Sozialversicherung nicht erschüttert«, so *Pawlita* unter Verweis auf rechtshistorische Arbeiten von *Peter, Wannagat, Zöllner* ua.<sup>89</sup> Ein Grund ist vermutlich, dass die RVO und der Kernbereich – Versicherungsschutz nur aufgrund von Beiträgen – die »1000 Jahre« relativ unbeschadet überdauert hat. Mitte der 1990er Jahre kam Bewegung zB. beim Ausschluss von Ostarbeitern aus der Sozialversicherung und bei der sog. Ghettoarbeit.

### (1) Ostarbeiter

Sozialrechtler\*innen und Sozialgerichte hatten seit langem mit der Entschädigung von NS-Unrecht zu tun; vgl. § 138 BEG bzw. das Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung<sup>90</sup>. Rechtsprechung und Kommentare waren lange Zeit der restriktiven BGH-Rechtsprechung gefolgt, die insbesondere bei Polen und Sowjetbürgern politische oder rassistische Verfolgung bei Widerstand oder Deportation zur Zwangsarbeit verneinte (s. o. IV.4.a). So hatte 1995 das BSG konform mit der st. Rspr. befunden:<sup>91</sup> Die Angehörigen der slawischen Völker wurden als solche nicht aus Gründen der Rasse iSd. § 1 BEG verfolgt. Zeiten der Zwangsarbeit als »Ostarbeiter« seien daher keine Ersatzzeiten nach § 1251 Abs 1 Nr. 4 RVO.

Das BSG schrieb aber in einem obiter dictum, dass der Ausschluss der »Ostarbeiter« von der Beitragspflicht zur Sozialversicherung erkennbar auf »willkürlichen ideologischen Überlegungen« beruhe. Das »dürfte in solchem Maße gegen fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit verstoßen und ein derart evidentes Unrecht darstellen, daß dessen Fortwirken in unserer Rechtsordnung in der Weise, daß solche Differenzierungen weiterhin berücksichtigt werden müssen, nicht hingenommen werden kann. Die Normen, die einer Einbeziehung der ›Ostarbeiter‹ in die gesetzliche Rentenversicherung für die Zeit vor dem 1. April 1944 entgegenstanden, wären deshalb als nichtig anzusehen (...). Nur so kann verhindert werden, daß sich das nationalsozialistische Unrecht in der Anwendung des

<sup>88</sup> *Pawlita*, »Wiedergutmachung« als Rechtsfrage? Die politische und juristische Auseinandersetzung um Entschädigung für die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung (1945 bis 1990), Frankfurt aM. 1993 (zugl. Gießen, Univ., Diss. 1992).

<sup>89</sup> *Pawlita*, ZfS 1988, 1 ff.

<sup>90</sup> Gesetz v. 22.12.1970, BGBl. I, S. 1846.

<sup>91</sup> BSG, 23.5.1995 – 13 RJ 67/91 – SozR 3-2200 § 1251 Nr. 7; aA. SG Hamburg, 31.5.1996 – 20 J 873/94 – juris; SG Düsseldorf, 23.3.2000 – S 15 RJ 50/98 – juris.

heute geltenden Rentenversicherungsrechts fortsetzt. Ein Recht zur Nachentrichtung müsste der Klägerin gemäß § 1418 Abs. 3 RVO zugestanden werden.«<sup>92</sup>

## (2) »Ghettoarbeit«

In die festgefügte Auslegung des »freiwilligen« sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis kam Bewegung durch die sog. »Ghettoarbeit«<sup>93</sup>. Die jüdische Bevölkerung Polens (und später auch vieler anderer Länder) wurde ab Oktober 1939 von der deutschen Besatzungsmacht in viele hunderte Ghettos gebracht (s. o. II.6.). Die meisten waren Durchgangsghettos, dh. sie wurden nach einer unbestimmten Zeit »liquidiert« und die Menschen in Vernichtungslagern ermordet.<sup>94</sup> Eines der größten war das von 1940 bis 1944 bestehende Ghetto »Litzmannstadt« in Lodz. Unter miserablen Umständen lebten dort insgesamt über 200.000 Menschen. Insbesondere die Wehrmacht vergab viele Arbeitsaufträge an Werkstätten, die im Ghetto errichtet worden waren. Der Ältestenrat der Juden schrieb die Arbeiten aus, jede/r konnte sich für die Arbeit melden. Die Ghettobewohner\*innen erhielten dafür »Ghettogeld«, das außerhalb nichts wert war, und oft eine Suppe. Das wurde bei den Sozialversicherungen nicht berücksichtigt.

Anfang der 90er Jahre wurden viele Anträge an die Entschädigungsbehörden gestellt; sie lehnten die Mehrheit der Anträge ab: sie seien unvollständig ausgefüllt oder im Widerspruch zu früheren Angaben; die Beschäftigung sei nicht freiwillig gewesen, sondern als Zwangsarbeit geleistet worden. Unterschiedliche Senate des BSG gaben einzelnen Klagen statt, andere wurden abgewiesen. Über unterschiedliche Typen und Wirklichkeiten von Ghettos, Wahrnehmungen, sowie juristische Begriffe und historische Erkenntnisse wurde auch auf einer Tagung 2008 diskutiert.<sup>95</sup> Ein Gesetz von 2003 schuf, wie das BSG 2009 entschied, eine neue – *entschädigungrechtliche* – Grundlage. Nach BSG liegt ein – für die besonderen Bedingungen der Ghettoarbeit ausreichender – eigener Willensentschluss vor, »wenn der Ghetto-Bewohner hinsichtlich des Zustandekommens oder der Durchführung der Arbeit noch eine Dispositionsbefugnis zumindest dergestalt hatte, dass er die Annahme oder Ausführung der Arbeit auch ohne Gefahr für Leib, Leben oder seine Restfreiheit ablehnen konnte«<sup>96</sup>.

Einen Schritt weiter geht das BSG offenbar in einem Urteil vom 20. Mai 2020. Nach der Pressemitteilung ist

verfolgungsbedingte Entschädigung für Ghettoarbeit auch bei Verbleib im eigenen Haus möglich. Der Kläger war als Jude verfolgt. Er ging von seinem angestammten Wohnhaus aus einer Beschäftigung nach. Er führte von Januar 1940 bis März 1942 Reinigungsarbeiten in einem kleinen Dorf aus, er erhielt dafür Extraportionen Essen. »Das Unrecht bestehe darin, dass keine Rentenanwartschaften entstanden, obwohl die verrichteten »Ghetto-Arbeiten« unter anderen Umständen im Rahmen von rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungen geleistet worden wären und dann in aller Regel Rentenanwartschaften begründet hätten.«<sup>97</sup>

## b) Arbeitsrecht

### (1) Schweigen und Verdrängen

Das erste mir bekannte Urteil fällte das LAG Mannheim 1947, es wies die Lohnklage eines jüdischen Arbeiters ab. Der SS- und Polizeiführer von Krakau hatte am 14. Dezember 1942 per Verordnung dekretiert, dass jüdischen Arbeitskräften kein Entgelt mehr zu zahlen sei; vielmehr müsse der Betrieb fünf Zloty/Tag bzw. vier Zloty für Frauen an die SS zahlen. Die SS verlangte außerdem, dass die Firma die bisherigen Löhne an die SS abführen müsse,<sup>98</sup> die Firma zog das bei den Beschäftigten ab. Das LAG wies die Klage ab, die Firma S. sei nicht mehr bereichert. In einer Anmerkung wies *Adolf Arndt*, der spätere Kronjurist der SPD-Fraktion, darauf hin, dass die Firma kein Recht habe, die ihr von der SS abgepressten Beträge auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Das Gericht habe offenbar nicht gemerkt, dass es genau das realisierte, »was die SS im Schilde führte«<sup>99</sup>.

Danach passierte arbeitsrechtlich lange Zeit nichts, keine Zeile in den (arbeitsrechtlichen) Standardwerken, keine Verfahren vor den Arbeitsgerichten. *A. Hueck* befeuerte

92 BSG, 23.5.1995 – 13 RJ 67/91 – SozR 3-2200 § 1251 Nr. 7, juris-Rn. 49 f.

93 Umfassend dazu *Reuter*, Ghettorenten. Eine rechtsmethodische und -historische Untersuchung zum Umgang mit nationalsozialistischen Unrecht in der Sozialversicherung, Tübingen 2019 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2017)

94 Vgl. *Hänschen*, Das Transitghetto Izbica im System des Holocaust, Berlin 2018; *Zakowska*, Die zweite Etappe ist der Tod, Berlin 1993 (ausgewählte Dokumente zum Warschauer Ghetto),

95 Vgl. *Zarusky* (Hrsg.), Ghettorenten. Entschädigungspolitik, Rechtsprechung und historische Forschung, München 2010.

96 BSG, 2.6.2009 – B 13 R 81/08 – SozR 4-5075 § 1 Nr. 7, juris-Rn. 29; dazu umfassend *Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer*, SGB 2018, 657 ff. und 741 ff.

97 BSG, 20.5.2020 – B 13 R 9/19 R – BSG PM Nr. 9/2020.

98 Das klingt nach einem kleinen Nebengeschäft des SS-Führers.

99 LAG Mannheim, SJZ 1947, 516.

das Schweigen durch seine Bemerkung im Lehrbuch des Arbeitsrechts: »Das nationalsozialistische Arbeitsrecht als solches ist heute ohne Interesse. Es besteht kein Anlaß, sich näher mit den Grundsätzen dieses Rechtes zu beschäftigen.«<sup>100</sup> Ein geschickter Schachzug, der zudem den falschen Eindruck erweckte, als sei mit dem Privatrecht im Allgemeinen und dem Individualarbeitsrecht<sup>101</sup> im Besonderen nichts Gravierendes passiert. Das Gegenteil ist richtig (s. o. III.5.a und b).

## (2) Einzelne Arbeiten von Arbeitsrechtlern

Ab Mitte der 1960er Jahre begannen einzelne Autoren, das Thema Nationalsozialismus und Arbeitsrecht sowie dessen Nachwirkungen zu bearbeiten, zB. *Olaf Radke*<sup>102</sup>, *Thilo Ramm*<sup>103</sup>, *Roderich Wahsner*<sup>104</sup>, *Christoph Schminck-Gustavus* mit Darstellung der Zwangsarbeit insbes. von Polen<sup>105</sup> oder *Andreas Kranig*, der auch die NS-Zwangsarbeitspolitik und deren Vorbereitung einbezog<sup>106</sup>.

Danach fand das Thema »NS und Arbeitsrecht« in den arbeitsrechtlichen Standardwerken Erwähnung – aber ohne das Millionenheer der Zwangsarbeiter\*innen zu erwähnen. Auch der Festvortrag von *Ulrich Preis* »Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt« geht auf die Zwangsarbeit nicht ein.<sup>107</sup>

Im Gefolge der neuen Diskussion um die Zwangsarbeiterpolitik erschienen einzelne arbeitsrechtlich orientierte Werke und Aufsätze, zB. von *Pawlita*<sup>108</sup>, *Rainer Schröder*<sup>109</sup>, *Klimpe-Auerbach*<sup>110</sup>. Ende der 1990er Jahre reichten ehem. Zwangsarbeiter\*innen eine Reihe von Klagen gegen ihre Beschäftigungsfirmer bei Arbeitsgerichten ein. Hintergrund war die drohende Verjährung nach dem Beschluss des BVerfG vom 13. Mai 1996<sup>111</sup> (danach konnten sich Zwangsarbeiter direkt an den ehem. Beschäftigungsbetrieb wenden, hatten aber auch Verjährungsfristen zu beachten); dazu kam die Überlegung, dass man vorenthaltenen Lohn üblicherweise bei dem Arbeitsgericht einklagt, und dass die Verfahren kostengünstiger als vor Zivilgerichten sind.<sup>112</sup>

Einzelne Arbeitsgerichte lehnten es ab, die NS-Bestimmungen über die »besonderen Beschäftigungsverhältnisse eigener Art« für polnische und sowjetische Arbeitskräfte (s. o. III.5.c) anzuwenden. Der Ausschluss aus der Betriebsgemeinschaft und der deutschen »Sozialordnung« sei aus rasseideologischen Gründen erfolgt, das sei mit fundamentalen Rechtsgrundsätzen des Grundgesetzes nicht vereinbar und sei deshalb heute nicht mehr anzuwenden.<sup>113</sup> Das LAG München legt ein ähnliches Rechtsverhältnis zugrun-

de und bejaht grundsätzlich einen Lohnanspruch für die geleistete Arbeit aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Tatsache, dass die Grund- und Menschenrechte der Zwangsarbeiter verletzt worden seien.<sup>114</sup>

## (3) BAG-Beschluss vom 16. Februar 2000

Beim BAG sind mehrere Beschwerden oder Revisionen zu diesen Fragen eingegangen, es hat sechs »Fälle« entschieden: »Ehemalige Zwangsarbeiter, die gegen ihren Willen nach Deutschland verbracht und ohne vertragliche Grundlage zur Arbeit herangezogen wurden, können Entschädigungsansprüche gegen deutsche Unternehmen gerichtlich geltend machen. Hierfür ist nicht der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen, sondern zu den ordentlichen Gerichten eröffnet«; sie sind an die zuständigen Landgerichte zu verweisen.<sup>115</sup>

Entscheidend ist für das BAG offenbar der – fehlende – Abschluss eines Vertrages. Die Klägerin habe nicht aufgrund rechtsgeschäftlich eingegangener Verpflichtung für die Firma gearbeitet.<sup>116</sup> Eine auf Zwang und Androhung

100 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 6. Aufl., Berlin/Frankfurt aM. 1959, S. 20; das hinderte ihn freilich nicht, beim Thema Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bzw. Arbeitsvertrag als gemeinschaftsbegründender Vertrag, Dutzende Quellen aus eben jener uninteressanten Zeit zu bemühen (S. 104 ff.).

101 Vgl. dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968, insb. S. 379 ff.

102 Radke, AuR 1965, 307 ff.

103 Ramm, KJ 1968, 108 ff., der Artikel wurde wahrgenommen und löste geharnischte Reaktionen.

104 Wahsner, KJ 1974, 369 ff.

105 Schminck-Gustavus, KJ 1980, 1 ff.

106 Kranig, Lockung und Zwang. Zur Arbeitsverfassung im Dritten Reich, Stuttgart 1983 (zugl. Hagen, Fernuniv., Diss. 1982); ders., Arbeitsrecht im NS-Staat (Fn. 6), insb. S. 123 ff., 159 ff.

107 Preis, RdA 2019, 75 ff.

108 Pawlita, AuR 1999, 426, 436; ders., ZfS 1998, 1 ff.; ders., AuR 1999, 426 ff.

109 Schröder, Jura 1994, 61 ff., 118 ff.

110 Klimpe-Auerbach, in: Winkler (Fn. 10), S. 205 ff.

111 BVerfG, 13.5.1996 – 2 BvL 33/93 – BVerfGE 94, 315.

112 Klimpe-Auerbach, in: Winkler (Fn. 10), S. 205, 208; beim ArbG Stuttgart zB. wurden etwa 300 Klagen eingereicht.

113 ZB. ArbG Nürnberg, 8.7.1999 – 11 Ca 2079/99 und 19.5.1999 – 4 Ca 2111/99 – juris.

114 LAG München, 11.1.2000 – 5 Ta 446/99 – NZA-RR 2000, 155 ff., juris-Rn. 54 ff.; aufgehoben von BAG, 10.5.2000 – 5 AZB 3/00 – juris.

115 BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 71/99 – AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979 = AuR 2000, 228 ff. mit krit. Anm. *Seifert*; *Weber*, AuR 2001, 12 ff.; sa. den ausführlichen Aufsatz von *Kreft*, damals Richter im 5. BAG-Senat, JbArbR 38, 71 ff.

116 BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 71/99 – AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979, juris-Rn. 18.

von Gewalt beruhende Leistung fremdnütziger Arbeit begründe aber keinen Arbeitnehmerstatus.<sup>117</sup> Auf einen Vertragsschluss könne allein dann verzichtet werden, wenn Arbeitsverhältnisse durch Gesetz begründet worden sind. Die Ostarbeiter-Erlasse enthielten aber keine Grundlage für die Annahme, durch sie sollten Arbeitsverhältnisse begründet werden; sie gingen gerade davon aus, dass es sich (nur) um »Beschäftigungsverhältnisse eigener Art« handele.<sup>118</sup>

#### (4) Zur Kritik der BAG-Beschlusses

- i. Den Ostarbeiter\*innen wurde – außer der Deportation, außer der unmenschlichen Behandlung – zweifach Unrecht angetan, nämlich durch den ausgeübten Zwang und das – aus rasseideologischen Gründen – verweigerte Arbeitsverhältnis. Die rassistische Rangordnung der NS-Behörden sah nicht nur Unterschiede bei den Arbeitsbedingungen vor, sondern auch beim Status (s. o. III.1). Dem BAG-Urteil lässt sich nicht entnehmen, ob es den Verstoß der Polen- und Ostarbeitererlasse gegen fundamentale Prinzipien wahrnimmt und welche Folgerungen es daraus ableitet. Auch wenn es »nur« um Zuständigkeit ging, hätte sich das BAG mit der naheliegenden Frage auseinandersetzen müssen, ob – wegen der rechtlich unbeachtlichen Unterstellung unter ein diskriminierendes »Beschäftigungsverhältnis« iSd. Ostarbeiter-Erlasse (s. dazu BSG<sup>119</sup>) und als Kompensation für den ausgeübten Zwang – von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist – entgegen *Kreft*.<sup>120</sup>
- ii. Das BAG zeichnet ein Idealbild des »freien Arbeitsvertrags« und des »freien Arbeitsverhältnisses«, das mit der Wirklichkeit ab 1938 oder 1943 nicht übereinstimmt (s. o. III.3.a–c). In der NS-Zeit wurde der Arbeitsvertrag zwar nicht abgeschafft, aber zum »Instrument eines unfreiheitlichen Statusverhältnisses«, so *Martin Becker*.<sup>121</sup> Auch bei denjenigen, die am Arbeitsvertrag als Begründungsakt des Arbeitsverhältnisses festhielten (wie zB. *Hueck*<sup>122</sup>), blieb seine Funktion hinsichtlich der Pflichten im Arbeitsverhältnis unklar, da er auf die Funktion eines »gemeinschaftsbegründenden Vertrages« reduziert wurde und nicht mehr die gegenseitigen Leistungspflichten gestalten sollte. Diese sollten sich vielmehr aus dem »Wesen des Arbeitsverhältnisses« ergeben, das wiederum mit »Wesen und Zweck der Betriebsgemein-

schaft« und der »Volksgemeinschaft« identisch sein sollte.<sup>123</sup> Diese »Gemeinschaften« hatten aber auch ausgrenzende Funktion, zB. für Juden und »Fremdvölkische«.

Arbeitsdienst, Notdienst, Kündigungsbeschränkungen und die Dienstpflicht-Verordnungen *Görings* ermöglichten es vor und im Zweiten Weltkrieg, tausende von Menschen aus ihren Arbeitsverhältnissen herauszunehmen und in andere zu verpflanzen. Die vielfältigen Vorschriften über den Arbeitseinsatz machen einen grundlegenden Strukturwandel von Arbeitsverhältnissen im Dritten Reich deutlich: Prinzipiell wurde die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen unter den Vorbehalt staatlicher Reglementierung gestellt, und Millionen deutscher Arbeitnehmer waren von den Maßnahmen der Arbeitseinsatzverwaltung betroffen. Es gab zunehmend unfreie Arbeit und zwangsarbeitsähnliche Verhältnisse bei deutschen Arbeitnehmern im Reich.<sup>124</sup>

- iii. Der 5. Senat setzt sich nicht mit den Versuchen der Sozialgerichte und des BSG ab 1996 auseinander, das Problem der »freiwilligen« bzw. »erzwungenen Beschäftigung« zu lösen, dem sie nach 20 Jahren im Zusammenspiel mit dem Gesetzgeber nähergekommen sind (s. o. IV.8.a). Das BSG hat dafür gehalten, bestimmte Rechtsvorschriften wegen Verstoßes gegen fundamentale Prinzipien als nichtig zu bewerten und die Betroffenen wie »freie Beschäftigte« zu behandeln.<sup>125</sup> Das ist auch auf die rassistische Benachteiligung der Ostarbeiter\*innen anwendbar.

Das SG Düsseldorf geht davon aus, dass der herkömmliche Beschäftigungsbegriff auf einer Wirtschaftsverfas-

117 BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 71/99 – AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979, juris-Rn. 19.

118 BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 71/99 – AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979, juris-Rn. 22.

119 S. BSG, 23.5.1995 – 13 RJ 67/91 – SozR 3-2200 § 1251 Nr. 7, juris-Rn. 49f.

120 *Kreft*, JbArbR 38, 71 ff.

121 *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, Frankfurt aM. 2005, S. 571; in der Sache auch *Seifert*, AuR 2000, 230f.

122 *Hueck*, DAR 1938, 180.

123 *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus (Fn. 121); sa. *Linne*, KJ 2005, 260.

124 Vgl. *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat (Fn. 6), S. 131; sa. *Franz Neumann* (oben III.5.a).

125 BSG, 23.5.1995 – 13 RJ 67/91 – SozR 3-2200 § 1251 Nr. 7, juris-Rn. 49f.; *Gagel*, NZS 2000, 231, 236, bedauert, dass sich das BAG mit dem »Aspekt rassistischer Diskriminierung im Verhältnis zu anderen Dienstverpflichteten nicht auseinandersetzt«.

sung beruht, die von dem freien Austausch von Arbeitsleistung und Lohn geprägt ist. Mit Blick auf die Verhältnisse in der NS-Zeit fährt es fort: »Das Beschäftigungsverhältnis im tradierten Sinne wird zur Abgrenzung dann unbrauchbar, wenn die Rechtsordnung sich auflöst, der (Unrechts-)Staat Erwerbsarbeit massenhaft in Zwangsverhältnissen organisiert und gesetzlicher oder physischer Zwang die freie Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ersetzen. Mit solchen Zwangsverhältnissen, die Akte der Gewalt waren, entzieht der (Unrechts-)Staat dem Sozialversicherungsrecht die Grundlagen.«<sup>126</sup>

Abhilfe schaffen sollte ein gewandelter Beschäftigungsbegriff. Es komme darauf an, »ob eine planmäßige, auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtete Tätigkeit verrichtet wurde, die unter Hinwegdenken des nationalsozialistischen Unrechts in zivilisierten Gesellschaften aufgrund einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber ausgeübt werden würde bzw. worden wäre.«<sup>127</sup> Wenn die Unwirksamkeit der entsprechenden Normen nicht ausreicht, ist eine Lösung über das Schadensersatzrecht geboten, vgl. dazu *Düx*<sup>128</sup>.

- iv. Es hätte nahegelegen, bei der arbeitsrechtlichen Bewertung internationale Normen heranzuziehen. Die Internationale Arbeitsorganisation hat schon 1930 das Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit verabschiedet, das seit kurzem zu den Kernarbeitsnormen zählt und dessen Einhaltung bis heute von den Arbeitsbehörden sowie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden der Mitgliedstaaten überwacht wird. Auch Art. 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention verbietet die Zwangsarbeit.<sup>129</sup>

## V. Fazit

Die massenhafte Deportation von Männern, Frauen und Kindern aus den deutsch besetzten Gebieten zur Zwangsarbeit ist lange Zeit in der Gesellschaft, von Regierungen, Parlamenten, Behörden, Gerichten und Wissenschaftlern nicht als spezifisches NS-Unrecht erkannt und anerkannt worden. Das hatte fatale Folgen für die Betroffenen, die jahrzehntelang kein Gehör fanden, deren Entschädigungsansprüche limitiert wurden oder denen jahrelang entgegnet wurde, das Deutsche Reich habe im und für den Krieg halt unbedingt Arbeitskräfte gebraucht. Das hat sich um die Jahrtausendwende durch zivilgesellschaftliche Initiativen, Druck aus dem Ausland und die Zwangsarbeiterstiftung EVZ teilweise geändert.

Im Arbeits- und auch im Sozialrecht fehlen teilweise noch heute klare Lösungen für die zivilrechtliche Haftung von Unternehmen, die Entlohnung und sozialversicherungsmäßige Behandlung der Zwangsarbeit sowie die Verjährung von Ansprüchen. Diese Fragen können bei neuen Formen von zwangs- und sklavenähnlichen Arbeitsverhältnissen – in der Lieferkette oder vor der Haustür – wieder an Bedeutung gewinnen.

126 SG Düsseldorf, 23.3.2000 – S 15 RJ 50/98 – juris, Rn. 120; sa. *Pawlita*, ZSR 1998, 1, 14.; das klingt auch in der Pressemitteilung über das BSG-Urteil v. 20.5.2020 an.

127 SG Düsseldorf, 20.8.1998 – S 3 RJ 80/93 – juris, Rn. 52; ähnlich SG Düsseldorf, 23.3.2000 – S 15 RJ 50/98 – juris, Rn. 92; sa. *Buschmann*, SGB 1998, 319, 320; *Pawlita*, ZSR 1998, 1, 14, 21.

128 *Düx*, Justiz und Demokratie (Fn. 67), S. 435.

129 Vgl. die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags: »Das völkerrechtliche Verbot der Zwangsarbeit und die Arbeit von Strafgefangenen während der Freiheitsentziehung« v. 26.10.2016, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/482698/12a1da50a6a54e09306a54280911e929/wd-2-132-16-pdf-data.pdf> (14.6.2020).



Ulber / Ulber

## Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Basiskommentar zum AÜG

3., neubearbeitete, aktualisierte Auflage

2020. 629 Seiten, kartoniert

€ 44,90

ISBN 978-3-7663-6571-2

[www.bund-verlag.de/6571](http://www.bund-verlag.de/6571)

# Die geltende Rechtslage handlungsorientiert erläutert

Das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom 28.2.2017 hat die Rahmenbedingungen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern erheblich verändert. Zudem wurde in der Corona-Epidemie und mit Wirkung vom 15.3.2020 die Möglichkeit zur Kurzarbeit von Leiharbeitnehmern in das AÜG eingeführt. Das Gesetz ermöglicht die dauerhafte Besetzung jedes Arbeitsplatzes mit Leiharbeitnehmern. Daraus ergeben sich neue Probleme für die betriebliche Beschäftigungspolitik. Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor Diskriminierung wird weitgehend aufgehoben.

Das Gesetz ist für unzählige Beschäftigungsverhältnisse in den Betrieben relevant. Auch nach den Reformen bleiben viele Zweifelsfälle bei der Abgrenzung Leiharbeit/Werkvertrag/Selbständigkeit.

Die Autoren stellen die geltende Rechtslage vor dem Hintergrund der neuesten Rechtsprechung dar und bereiten sie handlungsorientiert für den betrieblichen Praktiker auf. Einen Schwerpunkt bilden beschäftigungsorientierte Aspekte des Fremdfirmeneinsatzes und die Tarifverträge in der Verleihbranche.

### Vorteile auf einen Blick

- > Das neue AÜG mit aktueller Rechtsprechung
- > Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten und Personalräten
- > Praxisnahe, gut verständliche Darstellung

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6571](http://www.bund-verlag.de/6571) 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6571-2	Ulber / Ulber Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	44,90

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname: \_\_\_\_\_

Firma / Funktion: \_\_\_\_\_

Straße / Nr.: \_\_\_\_\_

PLZ / Ort: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Datum / Unterschrift: \_\_\_\_\_



Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

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



Däubler / Deinert / Zwanziger (Hrsg.)

## KSchR – Kündigungsschutzrecht

Kommentar für die Praxis inklusive Online-Zugang

11., überarbeitete Auflage

2020. 2.232 Seiten, gebunden

€ 220,-

ISBN 978-3-7663-6862-1

[www.bund-verlag.de/6862](http://www.bund-verlag.de/6862)

# Erfolgreich gegen Kündigungen Beschäftigte wirksam schützen

Wer Arbeitnehmern beim Kündigungsschutz kompetent zur Seite stehen will, kommt an diesem Kommentar nicht vorbei. Er behandelt detailliert alle Gesetze, die Schutz gegen Kündigungen bieten. Dazu gehören neben dem KSchG und dem BGB auch zahlreiche Bestimmungen, die unter dem Stichwort »Sonderkündigungsschutz« zusammengefasst sind. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wirft zahlreiche Fragen des Sozialversicherungs- und des Steuerrechts auf – auch sie sind umfassend erläutert.

### Schwerpunkte der Neuauflage

- › Die Reform des SGB IX und ihre Auswirkungen auf den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte
- › Die Änderungen im Mutterschutzgesetz (MuSchG)
- › Datenschutz und Verwertungsverbote im Prozess
- › Die Änderungen im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)
- › Der § 611a BGB mit der Legaldefinition des Arbeitsvertrags
- › Kündigungsschutz von Leiharbeitnehmern

### Vorteile auf einen Blick

- › Fokussiert auf die Schutzrechte und Interessen der Beschäftigten
- › Berücksichtigt die Rechtsprechung aller Instanzen und zeigt Argumentationslinien
- › Inklusive Online-Ausgabe mit Volltext und zitierter Rechtsprechung

## Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6862](http://www.bund-verlag.de/6862) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6862-1	Däubler / Deinert / Zwanziger (Hrsg.) KSchR – Kündigungsschutzrecht	220,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



**BUND  
VERLAG**

Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

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