

Heraus-
geberInnen

Samira Akbarian
Cengiz Barskanmaz
Boris Burghardt
Klaas Hendrik Eller
Aziz Epik
Isabel Feichtner
Carsten Gericke
Felix Hanschmann
Tanja Hitzel-
Cassagnes
Johan Horst
Eva Kocher
Nora Markard
Kolja Möller
Cara Röhner
Dana Schmalz
Thilo Scholle
Inga Schuchmann
Lukas Theune
Tim Wihl

Heft 4 · 2024
Jahrgang 57



Nomos

Kritische Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

SCHWERPUNKT „ARBEITSRECHT“

Kocher und Scholle, Die Grundlagen des Arbeitsrechts reflektieren

Scholle, Regulierung des dystopischen digitalen Taylorismus

– ein Gespräch mit Veena Dubal

Rogers, The Law and Political Economy of Workplace Technological Change

Krause, Zur Basis der betrieblichen Interessenvertretung bei digitalen Arbeitsstrukturen

Schneider-Dörr, Von Arbeitnehmern und Plattformen

Klengel, Tarifverträge für Solo-Selbstständige

Kocher und Bronowicka, Wie muss eine Gewerkschaft organisiert sein?

Scholle, Sammelrezension: Digitalisierung, Kapitalismus und Arbeitswelt

AUFSATZ

Diekmann, Ein menschenrechtlicher Blick auf die Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen in Deutschland

PRAXISRUBRIK

Kühne, Kontaktschuld im Kessel?



Inhalt

SCHWERPUNKT „ARBEITSRECHT“

Eva Kocher/Thilo Scholle Organisation und Freiheit – die Grundlagen des Arbeitsrechts reflektieren	437
Thilo Scholle Regulierung des dystopischen digitalen Taylorismus – ein Gespräch mit Veena Dubal	441
Brishen Rogers The Law and Political Economy of Workplace Technological Change	452
Rüdiger Krause Betriebliche Mitbestimmung ohne Betrieb? Zur Basis der betrieblichen Interessenvertretung bei digitalen Arbeitsstrukturen	466
Andreja Schneider-Dörr Von Arbeitnehmern und Plattformen Was hat die „Crowdworker-Entscheidung“ des BAG vom 01.12.2020 9 AZR 102/20 mit sich gebracht?	481
Ernesto Klengel Tarifverträge für Solo-Selbstständige: Modelle für die digitale Plattform-Wirtschaft?	493
Eva Kocher/Joanna Bronowicka Kampf und Offenheit – Wie muss eine Gewerkschaft im Rechtssinne organisiert sein?	504
Thilo Scholle Digitalisierung, Kapitalismus und Arbeitswelt	522
AUFSATZ	
Marie Diekmann Wirtschaft und Menschenrechte: Ein menschenrechtlicher Blick auf die Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen in Deutschland	530
PRAXISRUBRIK	
Marius Kühne Kontaktschuld im Kessel? Anmerkung zu VG Düsseldorf, Urteile vom 10.04.2024 – 18 K 4774/21, 18 K 4927/21, 18 K 5786/21	544

Schriftleitung:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
(V.i.S.d.P.)

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Einsendungen bitte an:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, D-30167 Hannover

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionsangebote bitte an:

Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School

Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg

E-Mail: felix.hanschmann@law-school.de

www.kj.nomos.de

Anzeigen:

Verlag C.H. BECK – Anzeigenabteilung
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Media-Sales:

Tel: (089) 381 89-687

mediasales@beck.de

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestr. 3-5

76530 Baden-Baden

Telefon: 07221/2104-0

www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber

HRA 200026, Mannheim

Sparkasse Baden-Baden Gaggenau,

IBAN DE05662500300005002266

(BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Preise:

Individualkunden: Jahresabo € 89 inkl. digitaler Einzelplatzlizenzen

Vorzugspreis für Studierende € 51,-, inkl. digitaler Einzelplatzlizenzen

Institutionen: Jahresabo € 259,- inkl. digitaler Mehrplatzlizenzen

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

Einzelheft: € 24,-

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil € 18,00 bzw. Direktbeorderungsgebühr € 3,50 (Inland)

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Kundenservice:

Telefon: +49-7221-2104-222

Telefax: +49-7221-2104-285

E-Mail: service@nomos.de

Kündigung: Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende.

Adressenänderungen:

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

ISSN 0023-4834

Manuskripte und andere Einsendungen:

Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigefügte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

SCHWERPUNKT „ARBEITSRECHT“

Eva Kocher/Thilo Scholle

Organisation und Freiheit – die Grundlagen des Arbeitsrechts reflektieren

Der Anwendungsbereich und damit die soziale Reichweite des Arbeitsrechts ist durch die Kategorie/den Status „Arbeitnehmer:in“ bestimmt; im deutschen Recht formuliert dies § 611a Abs. 1 BGB. Vergleichbar anderen Rechtsordnungen sind auch hier die Begriffe der „Weisungsbindung“, der persönlichen Abhängigkeit bzw. der Unterordnung zentral. Die Schutzwirkungen des Arbeitsrechts werden also nicht mit wirtschaftlichen Abhängigkeiten und der Struktur von Arbeitsmärkten begründet; sie thematisieren vielmehr Mechanismen in Unternehmen als hierarchischen Organisationen. Dies ist im Kern keine Eigenart des deutschen Rechts, sondern findet sich so oder ähnlich in fast allen Arbeitsrechtsordnungen. Dem Konzept liegt die grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Koordination durch Markt und der Koordination durch Organisation zugrunde. Grundsätzlich gilt: Wessen Arbeitskraft nicht in einer hierarchischen Organisation eingebunden wurde, sondern allein auf einem Markt angeboten wird, ist als „Selbstständige“, die mit ihren Vertragspartner:innen zivil- und wirtschaftsrechtliche Verträge abschließt, arbeitsrechtlich grundsätzlich nicht geschützt.¹

Dieses Konzept ist aus unterschiedlichen Gründen in Krisen geraten. Spätestens seit den 1990er Jahren sind Organisationsformen ausdifferenziert worden; diese Prozesse sind als Fragmentierung von Unternehmen oder Netzwerkstrukturen beschrieben worden.² Ebenfalls seit den 1990er Jahren ist das Phänomen der „neuen Selbstständigkeit“, d.h. insbesondere von Solo-Selbstständigkeit in zahlreichen Dienstleistungssektoren, allgegenwärtig. Unternehmen haben die Auflösung oder Verflüssigung von Hierarchien nicht selten genutzt, um sich aus dem Arbeitsrecht zu stehlen. Mit den digitalen Arbeitsplattformen (sowohl in Crowdwork als auch in ortsgebundener Plattformarbeit wie Taxi- oder Lieferdiensten, haushaltsnahen Dienstleistungen und Pflege) hat sich dieses Phänomen noch einmal deutlich verbreitert und zugespitzt. Für die Europäische Union

1 Ausführliche Herleitung und theoretische Einordnung: Eva Kocher, Digital Work Platforms 2022; siehe auch schon Eva Kocher, KJ 2/2013, 145. Das Sozialrecht baut auf einer ähnlichen Unterscheidung auf (§ 7 SGB IV).

2 David Weil, The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad For So Many and What Can Be Done to Improve It, 2014; Judy Fudge, Osgoode Hall Law Journal 44 (2006), 609; Hugh Collins, OJLS (Oxford Journal of Legal Studies) 10 (1990), 353.

war deshalb die Plattformarbeit das Feld, auf dem jüngst ihre Bemühungen einer unionsweiten Regelung des Arbeitnehmerbegriffs nun endlich einen gewissen Erfolg hatten.³

Zugleich wird die Plattformarbeit oft als Experimentierfeld mit neuer, digital gesteuerter Arbeitsorganisation verstanden, die zeigt, was sich künftig auch an Einsatzorten in hergebrachten Bereichen der Wirtschaft tun wird. Ob, und wenn ja in welcher Form sich eine solche Entwicklung durchsetzen wird, und wie sie die Arbeitswelt verändern wird, muss hier offen bleiben. Klar erscheint, dass die Ausdifferenzierung von Arbeitsverhältnissen und Arbeitsformen durch die digitalen Möglichkeiten in den letzten Jahren einen enormen Schub erfahren hat.

Die rechtswissenschaftliche Forschung zum Thema Plattformarbeit steht noch sehr am Anfang. So sind etwa zentrale Begriffe wie beispielsweise der Begriff der „Arbeitsplattform“ alles andere als geklärt, obwohl er für Fragen der gelingenden Regulierung mit entscheidend ist: Wie sind konkret Organisationsmodelle solcher Plattformen beschaffen, bei denen die Vermittlung von Arbeitsleistungen nicht nur einen schlichten den Anzeigenteil einer Tageszeitung ersetzenden digitalen Marktplatz darstellt? Denn als arbeitsrechtlich regulierungsbedürftig erscheinen vor allem diejenigen Plattformen, die darüber hinaus die Beziehungen zwischen Plattform, Auftraggeber*in und Plattformtätigen so gestalten, dass sich Anwendungsfälle für das Arbeitsrecht ergeben.

Die rechtspolitische Debatte weist eigentümliche weitere Lücken auf. Arbeitnehmernahe Positionen konzentrieren sich häufig darauf, den Arbeitnehmer:innenbegriff gegen Deregulierungen durch „dritte Kategorien“ zu verteidigen und die Anwendung des Arbeitsrechts auf „selbstständige“ Plattformarbeiter:innen zu fordern. Gleichzeitig werden spezifische Regulierungen für Plattformbeschäftigte eingefordert; die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts werden z.T. als ungeeignet, z.T. als nicht weitreichend genug eingeschätzt. Vor dem Hintergrund der neuen Plattformarbeits-Richtlinie der EU fasst dieser Schwerpunkt die Debatte zusammen und konzentriert sich dabei auf die Frage, ob und wie das hierarchische Verständnis von Organisation, das dem Arbeitsrecht an vielen Stellen zugrunde liegt, durch Arbeitsformen wie Plattformbeschäftigung in Frage gestellt wird. Es schaut dabei nicht nur auf den Begriff des „Arbeitsvertrags“, sondern auch auf den Begriff des Betriebs, den Begriff der Gewerkschaft und schaut sich die tariflichen Regelungsmöglichkeiten genauer an.

Ein (auf englisch geführtes) Interview mit *Veena Dubal* (University of California) führt in den Schwerpunkt ein. *Thilo Scholle* hat mit Veena Dubal über ihre empirisch fundierte rechtswissenschaftliche Forschung zur Plattformarbeit gesprochen. Sie thematisiert u.a. das ambivalente Verhältnis, das (gerade migrantische) Plattformarbeiter:innen zum Arbeitsrecht haben: Einerseits wünschen sie sich oft persönliche Selbstständigkeit und Freiheit von (rassistischen) Chefs; andererseits kämpfen sie kollektiv für Mindeststandards wie Mindestentgelte und Gesundheitsschutz. Das Interview reflektiert auch Methoden der Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft sowie das Spannungsfeld zwischen wissenschaftlicher Arbeit und rechtspolitischem Aktivismus.

Mit dem zweiten (englisch-sprachigen) Text von *Brisben Rogers* (Georgetown Law School) machen wir ebenfalls Aspekte der anglo-amerikanischen Debatte für KJ-Leser:innen zugänglich. Er hat 2023 sein Buch „Data and democracy at work“ veröffentlicht. Der Artikel „The Law and Political Economy of Workplace Technological Chan-

3 Richtlinie (EU) 2024/2831 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, veröffentlicht im Amtsblatt L am 11. November 2024.

ge” spitzt seine Thesen in einer Analyse der politischen Ökonomie rechtlicher Regulierung zu; insbesondere zeigt er, wie Technologie von Unternehmen eingesetzt wird, um ihre Herrschaft über die Beschäftigten zu erweitern und zu festigen. Eine deutlich längere Version dieses Artikels wurde 2020 in der Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review (CR-CL) open access veröffentlicht. Da wir die Fragen, die er anspricht, in der deutschen Debatte vermissen, haben wir gemeinsam mit dem Autor den Text erheblich gekürzt.

Rüdiger Krause (Universität Göttingen) analysiert anschließend in „Betriebliche Mitbestimmung ohne Betrieb?“ die Herausforderungen, die digitalisierte Arbeitsstrukturen und neue Konzepte der Organisation von Arbeit für den Betriebsbegriff des deutschen Arbeitsrechts bedeuten. Dieser Begriff – bisher stark durch räumliche und örtliche Parameter bestimmt – strukturiert insbesondere die Mitbestimmung der Betriebsräte, eine wichtige Institution der Gegenmacht von Beschäftigten. Der Text entwickelt konkrete Vorschläge, wie der Begriff für ortsungebundene oder stark dezentralisierte Arbeitstätigkeiten sowie unsichtbare Leitungsstrukturen handhabbar gemacht werden könnte.

Was den „Arbeitnehmerbegriff“ oder genauer den Begriff des Arbeitsvertrags (§ 611a BGB) angeht, so hat das BAG am 1.12.2020 bereits festgestellt, dass ein:e Crowdworker:in Arbeitnehmer:in sein könne. Es handelt sich um die wahrscheinlich weitreichendste der zahlreichen weltweit ergangenen Gerichtsentscheidungen, die den Arbeitnehmerstatus von Plattformbeschäftigten festgestellt haben. Für die Debatte produktiv war dabei insbesondere, dass das BAG dabei indirekte Steuerungsmechanismen in angemessener Weise mit direkten Weisungen gleich gesetzt hat. *Andreja Schneider-Dörr* (eine der Prozessvertreter:innen des Klägers in dem Verfahren) erläutert in „Von Arbeitnehmern und Plattformen“ die Entscheidung und zeigt auf, welche Anforderungen die EU-Plattformarbeits-Richtlinie für das deutsche Recht bringen wird.

In der rechtspolitischen Debatte wird häufig gefordert, dass Plattformbeschäftigten Kollektivverhandlungsrechte zustehen müssen. Auch die Europäische Kommission hat dies bereits festgestellt⁴ – ungeachtet der wettbewerbsrechtlichen Fragen, die sich dabei für Solo-Selbstständige stellen.⁵ Allerdings gibt es für (Solo-)Selbstständige noch keine tarifliche Routinen. *Ernesto Klengel* (Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeits- und Sozialrecht) zeigt hierfür in „Tarifverträge für Solo-Selbstständige: Modelle für die digitale Plattform-Wirtschaft?“ , welche Beispiele und Vorbilder es für kollektivvertragliche Regelungen im Bereich der Soloselbstständigkeit gibt und welche Besonderheiten im Vergleich mit Arbeitnehmer:innen hier zu beachten sind.

Zuletzt beschäftigen sich *Eva Kocher und Joanna Bronowicka* (Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)) in „Kampf und Offenheit. Wie muss eine Gewerkschaft organisiert sein?“ mit den Organisationsformen, die Aktivist:innen in der Plattformarbeit für ihre Kämpfe und Proteste häufig gewählt haben. Weltweit sind hier Arbeiter:innenkollektive und ähnliche Organisationen entstanden, die sich von etablierten Organisationen wie z.B. den DGB-Gewerkschaften durchaus erheblich unterscheiden. Rechtlich ist dies noch kaum analysiert worden, obwohl das LAG Berlin-Brandenburg sich zu zwei unterschiedlichen Organisationen bereits sehr kritisch geäußert hat. Der Artikel argumentiert, dass flache Hierarchien, Dezentralität und größere Offenheit kein Hindernis

4 Europäische Kommission, Mitteilung: Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, Anhang zu C(2021)8838 final.

5 Dazu siehe z.B. Eva Kocher, SR 4/2022, 125.

sein müssen, um eine Organisation als „Gewerkschaft“ im Sinne des deutschen Rechts anzuerkennen.

In seiner Sammelrezension aktueller Bücher gibt *Thilo Scholle* (KJ-Redaktion) abschließend einen Überblick über aktuelle sozialwissenschaftliche und juristische Beiträge zur rechtspolitischen Debatte um die Plattformbeschäftigung. Vorgestellt werden Bände zu ökonomischen Grundfragen eines „digitalen Kapitalismus“, zu aktuellen Forschungen zur Plattformarbeit, zur oft vergessenen menschlichen Arbeit „hinter“ der Ent- und Fortentwicklung künstlicher Intelligenz, zur arbeitsrechtlichen Bewertung von algorithmischem Management sowie zu Fragen der kollektiven Organisation von solo-selbstständigen Plattformarbeitenden.

Regulierung des dystopischen digitalen Taylorismus – ein Gespräch mit Veena Dubal

Veena Dubal ist Professorin an der School of Law der University of California at Irvine. Ihre thematischen Schwerpunkte liegen im Arbeitsrecht sowie in der Critical Race Theory. Nach einem Studium der Internationalen Beziehungen an der Stanford University erwarb sie zunächst an der Berkeley School of Law den Juris Doctor (JD) und wurde anschließend an der Berkeley University auch im Bereich Jurisprudence and Social Theory promoviert. Vor ihrem Wechsel nach Irvine im Jahr 2023 war sie Professorin am Hastings College of the Law in San Francisco. Schwerpunkt der wissenschaftlichen Arbeit von Veena Dubal sind Fragen der Auswirkungen von Plattformarbeit und Methoden des algorithmischen Managements auf die Arbeitswelt und das Arbeitsrecht. Dabei verbindet sie rechtssoziologische und rechtsdogmatische Betrachtungsweisen. Zudem bringt sich Veena Dubal auch kritisch in öffentliche Debatten über Auswirkungen und Regulierungsnotwendigkeiten von Plattformarbeit ein.

Was sind Ihre wichtigsten Forschungsthemen? Wie haben sich diese Interessen entwickelt?

Ich verwende empirische Methoden, um zu untersuchen, wie Arbeitnehmer*innen sowohl individuell als auch kollektiv rechtliche und technologische Veränderungen am Arbeitsplatz erleben und auf diese reagieren. Diese Forschungsinteressen sind eigentlich eher zufällig entstanden. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten wurden als „muslimisch“ gelesene Arbeitnehmer*innen innerhalb und außerhalb von Betrieben stark diskriminiert. Zu dieser Zeit war ich Studentin in der Region San Francisco und hatte vor, nach Indien zu reisen, um dort meine Abschlussarbeit über Kommunalismus zu schreiben. Wie viele andere Universitäten in den USA verbot meine Universität zu dieser Zeit aus Vorsicht Reisen ins Ausland. Ich begann mir der Vorurteile bewusst zu werden, mit denen Menschen, die aussahen wie ich, am Arbeitsplatz konfrontiert waren, und begann daher, über Diskriminierung am Arbeitsplatz zu forschen. Ich interessierte mich besonders dafür, wie eingewanderte Beschäftigte an Arbeitsorten mit Öffentlichkeitskontakten, z. B. in Geschäften, an Mautstellen und im Verkehrswesen diese Zeit erlebten. Also begann ich, mich mit Taxifahrer*innen zu treffen, die im Silicon Valley am Flughafen auf Arbeit warteten. Ich hörte Geschichten über Gewalt am Arbeitsplatz und rassistische Belästigung, aber was mich am meisten überraschte und beunruhigte, war die strukturelle Gewalt, die diese Arbeiter*innen erlebten. Mir war nicht klar, dass man in den Vereinigten Staaten eine 12-Stunden-Schicht für ein Unternehmen arbeiten und mit Schulden nach Hause gehen kann - weil das Unternehmen behauptet, man sei als Selbstständige*r tätig.

In den USA hatten die Beschäftigten von Taxiunternehmen in den späten 1970er Jahren ihren Kündigungsschutz verloren, als diese Unternehmen ihre Geschäftsmodelle neu ordneten. Obwohl sich die Beschäftigten bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts gewerkschaftlich organisiert hatten, betrachteten viele von ihnen nun ihre Gewerkschaft mit Misstrauen, weil sie glaubten, dass die Chauffeurs' Union in San Francisco zu einer

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-441

„gelben“ Gewerkschaft geworden war, die mit den großen Taxiunternehmen unter einer Decke steckte. Die Taxiunternehmen nutzten diese Unzufriedenheit aus und boten ihren Beschäftigten eine Vertragsgestaltung ohne Gewerkschaftseinfluss an. Sie behaupteten: „Anstatt unsere Angestellten zu sein, könnt ihr frei sein! Ihr könnt selbstständig sein. Ihr zahlt uns einfach eine tägliche Gebühr für die Nutzung des Taxis und bezahlt das Benzin, und wir stellen euch ein sicheres, voll versichertes Fahrzeug zur Verfügung. Alles, was ihr am Tag verdient, gehört allein euch.“ Zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte sich die Taxi-gewerkschaft durch kommunale Lobbyarbeit schon erfolgreich für eine Fahrzeugobergrenze und regulierte Fahrpreise eingesetzt. Da das Angebot und die Preise auf diese Weise festgelegt waren, glaubten viele Taxifahrer*innen, dass sie mehr Geld verdienen könnten, wenn sie in der neuen Vertragsgestaltung als selbstständige Fahrer*innen arbeiten würden. Doch Mitte der 1980er Jahre begannen sie zu erkennen, was es bedeutete, den Arbeitnehmerstatus und die gewerkschaftliche Vertretung zu verlieren: Wenn sie in einen Unfall verwickelt wurden, hatten sie keinen Anspruch auf Entschädigung. Wenn sie entlassen wurden, hatten sie keine Arbeitslosenversicherung. Und in Zeiten des wirtschaftlichen Abschwungs, wie nach dem 11. September, trugen sie die gesamte Last des Rückgangs der Nachfrage nach Taxifahrten. Die Taxiunternehmen, für die sie faktisch arbeiteten, wurden weiterhin bezahlt, aber die Beschäftigten selbst lebten sehr prekär.

Nach meinem Jurastudium gründete ich eine anwaltliche Law Clinic für Beschäftigte der Taxiunternehmen, um schlecht entlohnten Fahrer*innen bei Anhörungen in Verwaltungsverfahren und politischen Kampagnen zu unterstützen. In dieser Zeit blieb der Arbeitnehmerstatus ein strittiges Thema. Viele Arbeiter*innen - vor allem Einwanderer*innen - wollten ihren Status als Selbstständige beibehalten. Zu dieser Zeit war das Langzeitleasing von Taxis bei den Unternehmen bereits weit verbreitet. Die Taxibesetzten mieteten ihre Taxis jeweils für einen Monat, und mussten dann nicht jeden Tag in die Taxigarage gehen und die Geschäftsführerin um die guten Schichten bitten. Sie mussten dann auch nicht die Fremdenfeindlichkeit und den Rassismus ertragen, die sonst viele von ihnen vom Management der Taxiunternehmen zu spüren bekamen. Noch wichtiger war, dass sie nach ihren eigenen Zeitplänen arbeiten konnten. Für einige bedeutete dies, durchgängig zu arbeiten. Für andere bedeutete es, Arbeit mit ihren Betreuungspflichten vereinbaren zu können. Viele der Betroffenen führten zudem ein transnationales Leben: Wenn sie in ihr Herkunftsland fahren mussten, um einen kranken Elternteil zu pflegen oder Zeit mit ihren Kindern zu verbringen, konnten sie ihr Taxi an einen Freund oder ein Familienmitglied untervermieten. Diese Taxifahrer*innen befürchteten, dass der Status als Arbeitnehmer*in ihnen diese Flexibilität bei der Zeitplanung nehmen würde. Wenn sie dann allerdings einen Unfall hatten oder von der Taxifirma entlassen wurden, wünschten sie sich, sie hätten Zugang zu den grundlegenden Arbeitsrechten.

Im Anschluss an die anwaltliche Arbeit für Taxifahrer*innen ging ich zurück an die University of California Berkeley, um in Recht und Soziologie zu promovieren, und schrieb meine Dissertation über Recht und Organisierung in der Taxibranche.¹ Und während ich an meiner Dissertation arbeitete, hörte ich von meinen Freund*innen aus der Taxibranche Geschichten über „Bandit-tech-drivers“ in nicht gekennzeichneten Autos, die sich in den Warteschlangen der Hotels vor sie drängelten. Diese stimmten sich mit den Fahrgästen über Smartphone-Apps ab. Wie sich herausstellte, war dies der Beginn des Phänomens „Uber“.

1 Veena Dubal, Drive to Precarity. Berkeley Journal of Employment and Labor Law. 2017.

In diesen frühen Jahren waren viele Menschen – eigentlich die meisten Menschen – sehr, sehr begeistert von Uber und der „Sharing Economy“. Aber als jemand, der so viel Zeit damit verbracht hatte, das Taxigewerbe zu studieren, wusste ich, dass das Geschäftsmodell von Uber für die Beschäftigten noch unsicherer sein würde als die Arbeit im Taxi. In jenen Jahren warben Uber und ähnliche Unternehmen damit, dass sie den Menschen eine neue Art zu arbeiten anbieten würden. Die App – so behauptete das Unternehmen – ermögliche es den Menschen, ihr eigenes Auto zu benutzen und ihr eigener Chef zu sein. Das war ähnlich wie bei den Taxiunternehmen in den 1970er Jahren, aber im Gegensatz zu den Taxifahrer*innen arbeiteten die Uber-Fahrer*innen ohne Beschränkungen des Angebots an Fahrzeugen und ohne Preisregulierung. Wie wir uns alle erinnern, wurden in den ersten Jahren sowohl die Zahlungen von Uber an die Fahrer*innen wie auch die Verbraucherpreise durch Risikokapitalfinanzierung stabilisiert. Das war das Modell des Silicon Valley. Die Idee war, dass die Risikokapitalfinanzierung Uber in diesen frühen Jahren helfen sollte, Abhängigkeiten bei Verbraucher*innen wie auch bei Fahrer*innen zu schaffen. Im Schatten der Großen Rezession und von Occupy Wallstreet war dies nicht schwer zu bewerkstelligen. Menschen suchten verzweifelt nach Arbeit und waren begeistert von einem Job, der ihnen scheinbar Handlungsfreiheit gab. Niemand will einen Chef, weder damals noch heute. Ich denke, dass in diesem ersten Jahr, als die Zahlungen hoch waren, viele Fahrer*innen – vielleicht sogar die meisten – wirklich glaubten, dass sie echte Selbstständige waren, dass Uber ein Technologieunternehmen und kein Arbeitgeber war und dass sie an einem neuen, sozial-kapitalistischen Phänomen beteiligt waren.

In diesen Jahren erweiterte sich meine eigene Forschung. Ich begann, mich mit Uber-Fahrer*innen zu befassen, insbesondere mit Uber-Fahrer*innen, die sich kollektiv organisierten, um ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern.² Tatsächlich hatte es nicht lange gedauert, bis erste Proteste gegen das Unternehmen begannen. Im März 2013, nur ein Jahr nach der Eröffnung von Uber in San Francisco, begann das Unternehmen, die Entlohnung der Fahrer*innen zu kürzen. Eine Gruppe von etwa 30 Uber-Fahrer*innen protestierte vor der Uber-Zentrale in der Market Street in San Francisco. Die Arbeiter*innen wollten selbstständig sein, fanden jedoch, dass Uber sie wie Angestellte behandelte. Die Tatsache, dass das Unternehmen ihre Löhne einseitig kürzen und sie aus ihnen unbekannten Gründen entlassen konnte, gab ihnen das Gefühl, dass die ihnen versprochene Freiheit eine Illusion war.

In den letzten zehn Jahren seit diesem ersten Protest habe ich das Wachstum des Uber-Modells in verschiedenen Branchen untersucht – unter anderem im Gesundheitswesen, im Hotel- und Gaststättengewerbe und in der Logistik. Die grundlegenden Probleme bleiben dieselben: Die Arbeiter*innen wollen Sicherheit bei Arbeit und Lohn, Flexibilität bei der Zeitplanung und Freiheit von der Unterdrückung durch traditionelle Arbeitsverhältnisse. Doch mit der Weiterentwicklung des Managements auf Plattformen durch den Einsatz automatisierter Überwachungs- und Entscheidungsfindungssysteme ist es schwieriger geworden, all diese Wünsche zu erfüllen. Die meisten der Arbeiter*innen, mit denen ich geforscht habe, sind der Meinung, dass sie noch schlechter behandelt würden als herkömmliche Arbeitnehmer*innen.³ Sie werden kontrolliert und bezahlt durch

2 Veena Dubal, *History of the Gig*. Logic Magazine.

3 Veena Dubal, *An Uber ambivalence*. In: Deepa Das Acevedo (Ed.) *Beyond the algorithm: qualitative insights for gig work regulation* 47. Cambridge 2020, 33 – 56.

algorithmische Systeme, die ihr Verhalten zu erlernen scheinen und diese Informationen dann nutzen, um sie zu zwingen, länger und härter für weniger Geld zu arbeiten. Die Arbeiter*innen müssen häufig zu bestimmten Zeiten arbeiten, damit sie überhaupt Geld verdienen.⁴ Wenn sie in einen Unfall verwickelt werden, haben sie kein Sicherheitsnetz. Eine dystopische Situation.

Mit Blick auf Ihre Forschung zum Thema Plattformarbeit: Was sind die drängendsten aktuellen Fragen sowohl im Hinblick auf die tatsächliche Situation in der Plattformökonomie als auch auf mögliche gesetzliche Maßnahmen?

Ich denke, das drängendste Problem der Plattformarbeit ist nach wie vor der Arbeitnehmerstatus der Arbeiter*innen.⁵ In den Vereinigten Staaten wie auch anderswo auf der Welt hat diese Frage sowohl die Plattformen-Arbeiter*innen wie auch die Gewerkschaften gespalten. Die von mir untersuchten selbstorganisierten Arbeiter*innen bei Rideshare Drivers United (RDU) in Kalifornien kämpfen seit 2018 für den Arbeitnehmer*innenstatus.⁶ Bereits in den ersten Monaten nach der Gründung der Gruppe befragten die Aktivist*innen andere Fahrer*innen. Mithilfe einer Organizing-App, die es erleichterte, Einzelgespräche zu führen und die Mitgliederzahl zu erhöhen, begannen sie Gespräche darüber, was ihre Kolleg*innen wollten. Aus diesen Diskussionen und Umfragen entstand eine „drivers‘ bill of rights“.⁷ Ein Blick auf dieses Dokument zeigte, dass alles, was die Fahrer*innen wollten – sichere Löhne, flexible Arbeitszeiten, Zugang zur Unfall- und Arbeitslosenversicherung – durch die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft und eine Kollektivvereinbarung mit der Gewerkschaft erreicht werden konnte. Es bedurfte dennoch einiger Überzeugungsarbeit und politischer Bildung, um die Kolleg*innen davon zu überzeugen, dass sie als Arbeitnehmer*innen im Vergleich zu ihrem aktuellen Status doch nicht noch schlechter gestellt sein würden.

Als ich den Gesprächen der RDU-Führung mit ihren Mitgliedern über das Thema des Arbeitnehmerstatus zuhörte, lernte ich, wie entmachtet und verängstigt die einzelnen Arbeiter*innen waren, aber auch, wie diese Gefühle der Entmachtung sich durch kollektive Gespräche auflösen ließen. Bei den RDU-Sitzungen kamen immer neue Fahrer*innen, die über ihren Status verunsichert waren, und sie gingen mit einem Gefühl von produktiver, kollektiver Wut und der Gewissheit, dass grundlegende Arbeitsrechte und eine Gewerkschaft ihnen und ihren Familien eine bessere Zukunft ermöglichen würden. Dies führte zu einer Welle der Unterstützung für den Arbeitnehmerstatus in Kalifornien, den die Plattformbeschäftigten schließlich durch einen Gesetzeserfolg im Jahr 2019 errangen.

4 Veena Dubal, On algorithmic wage discrimination, Columbia Law Review 123.7 (2023), 1929-1992.

5 Veena Dubal, The Legal Uncertainties of Gig Work, in Guy Davidov, Brian Langille, and Gillian Lester (eds), The Oxford Handbook of the Law of Work (2024; online edn, Oxford Academic, 21 Aug. 2024), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780192870360.013.61>, zuletzt besucht am 4. November 2024.

6 Veena Dubal, Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22, European Labour Law Journal 13, no. 1 (2022): 51-65.

7 Veena Dubal, How Labor Practices Exacerbate and Reproduce Racial Injustice, PolicyLink. Available at https://www.policylink.org/sites/default/files/veena_dubal_090922.pdf.

Im darauffolgenden Jahr wurde dieser Erfolg durch einen vom Unternehmen gesponserterten Gesetzgebungsvorschlag wieder rückgängig gemacht.⁸

In den Jahren 2018 und 2019, als diese Kampagne für den Kampf um den Arbeitnehmerstatus unter den Fahrer*innen in Kalifornien wuchs, begannen Uber (sowie Lyft und Doordash, zwei weitere On-Demand-Unternehmen in den USA), sich hinter verschlossenen Türen mit gewichtigen Gewerkschaften zu treffen. Obwohl diese Gewerkschaften die betroffenen Arbeitnehmer*innen nicht vertraten, wurde ihnen ein Angebot gemacht. Der Deal bestand im Wesentlichen darin, dass die Unternehmen ihnen Zugang zur Belegschaft gewähren und sie als Akteur im Streitfällen über die „Deaktivierung“ einzelner Fahrer*innen von der Plattform anerkennen würden; im Gegenzug würden die Gewerkschaften sich nicht an dem Kampf der Fahrer*innen um den Arbeitnehmerstatus beteiligen, aber Mitgliedsbeiträge oder eine andere Form der Bezahlung erhalten. Das Argument für diese Art von Vereinbarung war, dass sie einen viel einfacheren Weg zu mehr Gewerkschaftsmitgliedern und damit zu politischer Macht für die Gewerkschaften darstellt. Die Organisation einer Gruppe von verstreuten, in sehr unterschiedlichen Lebenssituationen befindlichen Arbeiter*innen wie Uber-Fahrer*innen oder Essenskurieren ist natürlich eine enorm zeitintensive Aufgabe.⁹ Das Gegenargument war, dass dies bedeuten würde, eine „dritte Kategorie“ von Arbeitnehmer*innen zu akzeptieren, hart erkämpfte Rechte wie den Mindestlohn aufzugeben und eine Form der Gewerkschaftsarbeit zu akzeptieren, die weder unabhängig noch demokratisch ist. Die unterschwellige Befürchtung der Gegner*innen eines solchen Kompromisses war, dass sich das Modell der dritten Kategorie weit über die Plattformarbeit hinaus ausbreiten würde.¹⁰

Hier entwickelte sich eine zerklüftete Dynamik, bei der einige Arbeiter*innen um ihren Arbeitnehmerstatus kämpfen, während die On-Demand-Unternehmen versuchen, die Gewerkschaftseinheit zugunsten einer dritten Kategorie von Arbeitnehmer*innen zu brechen (entweder durch Gesetze oder durch Vereinbarungen mit den Gewerkschaften). Diese Dynamik hat sich weit über Kalifornien hinaus ausgebreitet. Im Bundesstaat Washington beispielsweise haben Uber und die örtliche Teamsters-Gewerkschaft im Jahr 2023 einem Gesetz zugestimmt, das eine dritte Kategorie von Arbeitnehmer*innen und eine begrenzte gewerkschaftliche Vertretung vorsieht. Die Beschäftigten werden nach einer im Voraus festgelegten entfernungs- und zeitabhängigen Berechnungsweise bezahlt, aber nicht für ihre gesamte Arbeitszeit. Es gibt keine zeitabhängige Lohnuntergrenze. Wenn ihnen gekündigt wird, können sie über eine von der Gewerkschaft gegründete Vereinigung Einspruch gegen die Kündigung einlegen. Obwohl ich die Ergebnisse im Bundesstaat Washington nicht systematisch untersucht habe, habe ich von Arbeiter*innen gehört, die mit dem dortigen Ansatz der dritten Kategorie sehr unzufrieden sind. Ihre Entlohnung ist nach wie vor niedrig und in der Höhe nicht vorhersehbar, die Bemühungen der Fahrer*innen, ihre Macht zu stärken, wurden von der Gewerkschaft zurückgewiesen, und die Einspruchsmöglichkeit gegen Kündigungen ist nicht so wirksam wie erhofft. Während ich diese Zeilen schreibe, werden die Wähler*innen in Massachusetts über einen ähnlichen Vorschlag abstimmen, der von der Machinists Union und der

8 Siehe die Passagen weiter unten zur AB 5-Regelung.

9 Ruth Berins Collier, Veena Dubal, Christopher L. Carter. Disrupting regulation, regulating disruption: The politics of Uber in the United States, *Perspectives on Politics* 16, no. 4 (2018): 919-937.

10 Veena Dubal. The False Promise of Third Category Worker Laws, *The Regulatory Review*. (2022). Available at: <https://www.theregreview.org/2022/04/19/dubal-third-category/>.

Service Employment International Union (SEIU) eingebracht wurde – wie es scheint in Zusammenarbeit mit Uber. Ähnliche Dynamiken sind auch in anderen Ländern, die ich untersucht habe, zu beobachten – etwa in Brasilien und Indien. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, dass der Arbeitnehmerstatus mehr als ein Jahrzehnt nach dem Start von Uber auf den Straßen von San Francisco nach wie vor das wichtigste Thema für die Plattformarbeit ist.

Das zweitwichtigste Problem im Zusammenhang mit Plattformarbeit ist die Praxis der algorithmischen Lohnfestsetzung oder das, was ich als algorithmische Lohndiskriminierung bezeichnet habe.¹¹ Selbst in Rechtsordnungen, in denen Arbeitnehmer*innen per Gesetz eine zeitbasierte Lohnuntergrenze gezahlt werden muss (wie in New York City), verwenden die Arbeitsplattformen automatisierte Überwachungs- und Entscheidungsfindungssysteme, um unvorhersehbare und variable Löhne zu schaffen. Dies hat dazu geführt, dass die Arbeitsplattformen die Arbeiter*innen „aussperren“, um sie nicht bezahlen zu müssen. Dies geschieht, indem sie die Arbeiter*innen zu unvorhersehbaren Zeiten aus ihrer App ausloggen und daran hindern, sich wieder einzuloggen. Im Ergebnis führt dies zu sehr niedrigen Stundenlöhnen für die Arbeiter*innen. In den meisten anderen US-Großstädten, in denen Arbeitsplattformen nicht gezwungen sind, sich örtliche Mindestlohn- und Überstundengesetze zu halten, darunter auch in San Francisco und Los Angeles, hat Uber eine neue Form der Lohnberechnung eingeführt, die „Upfront“- oder „dynamische“ Preisgestaltung. Verschiedene Fahrer*innen erhalten dabei für ein und dieselbe Fahrt unterschiedliche „Upfront Pricing“-Beträge, wahrscheinlich auf der Grundlage von Informationen, die die Plattform im Laufe der Zeit über die jeweilige Fahrer*in gesammelt hat. Vermutlich bedeutet dies, dass das System den niedrigsten Lohn ermitteln kann, den eine Fahrer*in zu akzeptieren bereit ist, und dann genau diesen Betrag anbietet.

Wie ich in einem 2023 in der Columbia Law Review veröffentlichten Artikel argumentiert habe,¹² verstoßen algorithmisch berechnete Löhne gegen den Geist (wenn nicht sogar gegen den Buchstaben) der bestehenden Lohngesetze. In den USA, wie auch anderswo, gibt es zwei Arten von Lohnvorschriften, die beide durch die Arbeiter*innenbewegung erstritten worden sind. Die erste ist das Antidiskriminierungsrecht, das Arbeitgeber dazu verpflichtet, gleichen Lohn für gleiche Arbeit zu zahlen. Die zweite sind Mindestlohnvorschriften, also Gesetze, die vorschreiben, dass Arbeitnehmer*innen ein Mindestbetrag pro Stunde gezahlt werden muss. Bei der algorithmischen Lohndiskriminierung, die ich zum ersten Mal in meinen Gesprächen mit RDU-Fahrer*innen festgestellt habe, werden die Arbeiter*innen für ungefähr dieselbe Arbeit unterschiedlich bezahlt, und diese Löhne liegen häufig weit unter den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbeträgen. Ein zentrales Element der algorithmischen Lohndiskriminierung ist die Tatsache, dass sich die Unternehmen weigern, die Arbeiter*innen für die gesamte Arbeitszeit zu bezahlen. Die Arbeitsplattformen nutzen unbezahlte Arbeit bzw. unbezahlte Wartezeit. In Kalifornien wurde den Arbeiter*innen bis 2020 ein Grundlohn gezahlt, der auf einer objektiven Berechnung von Zeit und Kilometern basierte. Die Beträge waren niedrig, aber zumindest die grundlegende Berechnung der Lohnhöhe war transparent. Jetzt erhalten die Arbeiter*innen unterschiedliche Beträge für annähernd dieselbe Arbeit auf der Grundlage von Vorab-Preissystemen in Kombination mit unterschiedlich zugewiesenen

11 Veena Dubal, Data Rights at Work, Yale Law Journal Forum, im Erscheinen.

12 Siehe Fn. 4.

„Boni“ und „Zuschlägen“. Unter den Arbeiter*innen, mit denen ich geforscht habe,¹³ hat dies zu noch größerer Uneinigkeit geführt. Einige Arbeiter*innen glauben, dass sie deshalb mehr verdienen als andere, weil sie ihre Arbeit gut beherrschen, während andere Arbeiter*innen befürchten, dass sie deshalb weniger verdienen, weil sie für etwas bestraft werden, das sie nicht erkennen können. Die Ungewissheit und die Schwankungen sind zum Verrücktwerden. Die häufigste Analogie, die ich von Arbeiter*innen höre, ist, dass die algorithmische Lohndiskriminierung ihre Arbeit wie ein Glücksspiel erscheinen lässt.

Die beschlossene EU-Richtlinie über Plattformarbeit¹⁴ ist wahrscheinlich weltweit die umfassendste Regelung, die sich mit den beiden relevanten, voneinander abhängigen Problemen befasst, die ich oben dargelegt habe: Arbeitnehmer*innenstatus und algorithmische Lohndiskriminierung. Sie ist zweifelsohne ein enorm wichtiger Schritt nach vorn, um sicherzustellen, dass Arbeitnehmer*innen rechtlich als solche anerkannt werden und dass sie von der gesamten Bandbreite der ihnen in den EU-Mitgliedstaaten zustehenden Arbeitsrechte profitieren. Aber die Richtlinie kann und wird die Probleme, die durch algorithmische Lohndiskriminierung entstehen, nicht angemessen angehen können, weil sie dieses Problem nicht frontal angeht. Wie bei der DSGVO geht es bei der Richtlinie in Bezug auf die Datenrechte in erster Linie darum, Transparenz bei der Datenverarbeitung zu schaffen und die Verletzung von Grundrechten durch algorithmische Systeme zu verhindern. Aus meiner mehr als zehnjährigen Forschungstätigkeit unter zunehmend überwachten und digital kontrollierten Arbeitnehmer*innen bin ich jedoch davon überzeugt, dass Transparenz und selbst zeitbasierte Lohnuntergrenzen zusammen keine ausreichenden Mechanismen sind, um sichere, stabile und geschützte Arbeitsplätze zu schaffen. Beobachter*innen und auch Forscher*innen unterschätzen die unheimliche Natur der algorithmischen Kontrolle im Rahmen von Arbeitsplattformsystemen. Ich bin der Meinung, dass der Gesetzgeber automatisierte Entscheidungsfindungsprozesse, angefangen bei der algorithmischen Lohndiskriminierung und der automatisierten Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in großem Umfang untersagen muss.¹⁵ Nur weil eine Form der innovativen Ausbeutung möglich ist, heißt das nicht, dass sie gesetzlich ermöglicht werden sollte. Die Arbeitnehmer*innen brauchen mehr als allgemeine Leitplanken.

Wie hat sich die Plattformarbeit in den USA in den letzten Jahren entwickelt?

In den letzten vier Jahren war die Plattformarbeit in den USA weiterhin Gegenstand vieler Auseinandersetzungen. Im Jahr 2019 verabschiedete der kalifornische Gesetzgeber auf Betreiben vieler Arbeiter*innen, darunter auch Plattformarbeitende, ein Gesetz mit der Bezeichnung AB 5, das im Arbeitsrecht dieses Bundesstaats eine Vermutungsregelung für den Arbeitnehmer*innenstatus einführte. Ein Unternehmen, das seine Arbeiter*innen als Selbstständige behandeln wollten, musste nun nicht nur nachweisen, dass es die Mittel und die Art der Arbeit nicht kontrolliert, sondern auch, dass der Arbeiter eine Arbeit außerhalb des üblichen Geschäftsverlaufs des einstellenden Unternehmens verrichtet. Dieses Gesetz machte es Unternehmen wie Uber sehr schwer, so zu tun, als seien ihre Arbeiter*innen selbstständig tätig.

13 Ebd., Teil III.

14 Richtlinie (EU) 2024/2831 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, veröffentlicht im Amtsblatt L am 11. November 2024.

15 Veena Dubal, Yale Law Journal Forum, im Erscheinen.

In den USA wurden viele Gesetzgeber in den Bundesstaaten durch die Verabschiedung von AB 5 zu eigenem Handeln ermutigt. Die Arbeitsplattformen hingegen sahen darin eine existenzielle Bedrohung. Nur wenige Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes legten die größten und finanzstärksten Arbeitsvermittlungsplattformen des Landes (Uber, Lyft, DoorDash, Instacart und Postmates (das später von Uber aufgekauft wurde) die historische Summe von 223 Millionen Dollar zusammen, um über das kalifornische System der direkten Demokratie eine Gesetzesinitiative einzubringen, um ihre bestehenden Geschäftspraktiken zu legalisieren. Diese Initiative, bekannt als Proposition 22, wurde im November 2020 verabschiedet und schuf zum ersten Mal in der Geschichte der USA eine Zwischenkategorie von Arbeitnehmer*innen.¹⁶ Anstatt in den Genuss von Arbeitnehmer*innenrechten zu kommen, verdienen die Beschäftigten von Liefer- und Fahrdienstplattformen in Kalifornien nun unberechenbare Löhne, die im Durchschnitt weit unter dem Mindestlohn liegen. Sie haben keinen Zugang zur Unfallversicherung, zur Arbeitslosenversicherung oder zur arbeitgeberfinanzierten Krankenversicherung, die ihnen unter AB 5 zustanden. Wie ich in einigen meiner Schriften dargelegt habe,¹⁷ wurde Proposition 22 erfolgreich verabschiedet, weil dem Großteil der kalifornischen Wähler*innenschaft nicht klar war, was das Gesetz bewirkt. Die Betreiber*innen der Arbeitsplattformen behaupteten, es bedeute, dass die Arbeiter*innen neue Rechte erhalten würden, einschließlich des Mindestlohns. Und sie machten diese Behauptungen in einem Moment des landesweiten Aufschreis nach dem rassistischen Polizistenmord an George Floyd und den darauffolgenden Unruhen. In dem Bewusstsein, dass die öffentliche Meinung auf der Seite schwarzer Arbeiter*innen stand – von denen viele als „unentbehrliche Arbeitskräfte“ bei den pandemischen Aussperrungen im Jahr zuvor gearbeitet hatten – setzten die Plattformunternehmen auf „Rasse“ als Argument. In den städtischen Gebieten Kaliforniens sind etwa 80 % der Plattformarbeiter*innen People of Color und Einwanderer*innen. Die Fernseh-, Radio-, Plakat- und Internetwerbung, mit der die Wähler*innen in den Monaten vor den Wahlen im November 2020 überschwemmt wurden, zeigte schwarze Frauen und Männer als Schauspieler, die behaupteten, Proposition 22 würde ihrem Leben und ihrem Lebensunterhalt zugutekommen. Nichts hätte weiter von der Wahrheit entfernt sein können.

Die Verabschiedung von Proposition 22 hatte nachhaltige Auswirkungen auf die politische Debatte über den Arbeitnehmerstatus in den gesamten Vereinigten Staaten. Einige Gewerkschaftsvertreter*innen, die sich zuvor sehr dafür eingesetzt hatten, dass Plattformarbeiter*innen als Arbeitnehmer*innen behandelt werden, verloren die Hoffnung. Wie ich bereits erwähnt habe, hat die Gewerkschaft Teamsters im Bundesstaat Washington kapituliert und gemeinsam mit Uber ein Gesetz vorgeschlagen, das eine Fahrervereinigung ohne jeglichen Arbeitnehmer*innenschutz für die Arbeiter*innen vorsieht. In Massachusetts verklagte der Generalstaatsanwalt Uber mit der Begründung, die bei Uber dort selbstständig Beschäftigten seien eigentlich Arbeitnehmer*innen. Nach Abschluss einer eigentlich überzeugenden Beweisführung in einem Prozess, den Uber wahrscheinlich verloren hätte, einigte sich das Büro des Generalstaatsanwalts mit Uber, damit das die Proposition-22-ähnlichen Initiativen zurückzog, die es in dem Bundesstaat zur Abstimmung stellen wollte. Dass hat die Risikokapitalfirmen und Unternehmen, die das Modell der Scheinselbstständigkeit verbreiten wollen, ermutigt. Ersten einzelnen

16 Veena Dubal, The new racial wage code, Harv. L. & Pol'y Rev. 15 (2020): 511.

17 Ebd.

Beobachtungen zufolge sehen wir eine Zunahme der Plattformarbeit in den Bereichen Lagerhaltung, Pflege und Gastgewerbe. Ich verstehe dies als eine Bemühung, einige Branchen gewerkschaftsfrei zu machen, und andere zu prekarisieren. Während die Frage des Arbeitnehmerstatus auf Bundesebene zweifellos weitergehen wird, wenden sich die Regulierungsversuche in Kalifornien (wo die Arbeiter*innen durch Proposition 22 in die Falle getappt sind) jetzt vom Arbeitnehmerstatus ab und zielen allgemeiner auf Regulierung der algorithmischen Steuerung und Kontrolle, wie sie sowohl von Plattformen als auch von traditionelleren Arbeitgebern ausgeübt wird.

Was sind die Hauptthemen der legislativen Debatte zu diesen Fragen?

Die beiden Hauptthemen in der Debatte über die Arbeit auf Plattformen sind (1) ungebundene Zeit und Bezahlung und (2) gewerkschaftliche Vertretung. Diese Herausforderungen sind durch die Unternehmen gesetzt und miteinander verbunden. Nach Bundes- und Landesrecht werden aktuell selbst Arbeitnehmer*innen, die „auf Abruf“ arbeiten, nicht für die Wartezeit bezahlt, es sei denn, diese Zeit wird in erster Linie zum Nutzen des Arbeitgebers verwendet. Obwohl diese Frage noch nicht gerichtlich entschieden wurde, haben die Plattformunternehmen vehement argumentiert, dass sie aus rechtlichen und geschäftspolitischen Gründen nicht für die Zeit zahlen müssen, in der die Arbeiter*innen auf Arbeit warten. Nur in New York City werden die Arbeitnehmer*innen für die gesamte Zeit, in der sie arbeiten, bezahlt - weil die New York Taxi Workers Alliance (NYTWA) sich dafür einsetzt hat und weil starke, unabhängige Aufsichtsbehörden dafür sorgen. Dies ist die einzige Stadt im ganzen Land, in der ein solches Gesetz verabschiedet wurde. Um andere Kommunen davon abzuhalten, dem Beispiel von New York City zu folgen, haben die beiden großen Fahrdienstleister Uber und Lyft den Fahrer*innen das Leben schwer gemacht. Um die Arbeiter*innen nicht bezahlen zu müssen, sperren sie sie zu unterschiedlichen Zeiten und an unterschiedlichen Orten ohne Vorankündigung aus ihren Konten aus.¹⁸ Die NYTWA hat sich für eine Gesetzgebung eingesetzt, die diese Aussperrungen verbietet. Aber die Regulierung von Plattformarbeit ist wie das Spiel von Haase und Igel: Die Arbeiter*innen kämpfen für grundlegende Rechte und Freiheiten, und die Unternehmen nutzen ihre strukturelle und politische Macht, um Wege zu finden, diese Vorschriften wieder zu umgehen.

Die Gewerkschaften, die am engsten mit den Plattformunternehmen verhandelt haben, um (möglicherweise illegale) Fahrer*innenvereinigungen und unterdurchschnittliche Arbeitsstandards zu schaffen, haben den Unternehmen in der Frage der unbezahlten Arbeitszeit mittlerweile weitgehend nachgegeben. Die von mir durchgesehenen Gesetzesentwürfe, die aus Kompromissen zwischen den Gewerkschaften und den Plattformunternehmen hervorgegangen sind, gehen nie angemessen auf die Frage der Bezahlung ein. Außerdem neigen sie dazu, „Vereinigungen“ zur Vertretung der Plattformarbeiter*innen zu schaffen, die weit hinter eigentlichen Gewerkschaften zurückbleiben. Sie basieren oft nicht auf angemessenen Auswahlentscheidungen der Arbeiter*innen, sind nicht demokratisch legitimiert, nicht befugt, direkte Aktionen durchzuführen, und/oder nicht

18 Siehe Oben.

eindeutig befugt, über die Probleme der Plattformarbeit zu verhandeln.¹⁹ In diesem Sinne denke ich, dass die Plattformunternehmen mehr tun, als nur neue Wege zur Organisation von Arbeit zu „erfinden“. Innovativ sind sie vor allem mit Blick auf die Art und Weise, wie über Löhne und über Gewerkschaften gedacht wird. Viele dieser Konzepte waren in den USA Gegenstand von Kämpfen zu Beginn des 20. Jahrhunderts, als 1935 der National Labor Relations Act und 1938 der Fair Labor Standards Act verabschiedet wurden, die unternehmensbeeinflusste Gewerkschaften illegal machten²⁰ und Akkordarbeit effektiv verbot. Unter dem Deckmantel von Technologie und Innovation bringen die Arbeitsplattformen all diese längst geklärten Fragen wieder auf den Tisch.

*Welche Fragen müssen in der rechtlichen Debatte im Hinblick auf Flexibilität und Sicherheit aus der Sicht der Arbeiter*innen gelöst werden?*

Um den großen Ängsten zu begegnen, die die Unternehmen bei den Arbeiter*innen jedes Mal schüren, wenn diese kurz davor stehen, den Status als Arbeitnehmer*in zu erlangen, muss der Gesetzgeber meiner Meinung nach die Fragen der zeitlichen Flexibilität und der niedrigen, variablen Löhne direkt angehen. Vielleicht kann der Gesetzgeber jetzt, da das „Plattformunternehmen“ zu einer anerkannten rechtlichen Kategorie geworden ist, flexible Zeitplanungsmöglichkeiten für Plattformarbeiter*innen vorschreiben. Schaut man sich die von den Plattformunternehmen entwickelten und bereits eingeführten Gesetze an, so verpflichten sich diese stets dazu, den Arbeiter*innen Zeitflexibilität zu gewähren und sie im Gegenzug nicht für die gesamte Arbeitszeit zu bezahlen. Angesichts der Möglichkeiten ihrer technischen Systeme wäre jedoch beides zugleich möglich. Die Vorstellung, dass Arbeitnehmer entweder Zeitflexibilität oder Einkommenssicherheit haben können, ist einfach ein Mythos. Die Schaffung eines Systems, in dem die Arbeitnehmer*innen beides haben, könnte bedeuten, dass die Unternehmen aufhören müssen, sich auf ein Überangebot an Arbeitskräften zu verlassen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt arbeiten. In diesem Sinne müssten sie ihre Geschäftsmodelle ein wenig umstellen, aber die Arbeitnehmer*innen erhielten Arbeit, die sowohl sicher als auch flexibel ist.

Ein allgemeiner Ausblick zum Schluss: Besteht die Notwendigkeit, Konzepte wie das Arbeitsverhältnis an neue Arbeitsmodelle anzupassen? Und wenn ja, wie? Oder ist es eher eine Frage der Durchsetzung des bestehenden Rechts?

Ich bin der festen Überzeugung, dass wir die Arbeitsrechte ausbauen müssen, um neuen Formen der digitalisierten Überwachung und -kontrolle am Arbeitsplatz zu begegnen. Aber wir müssen das Arbeitsverhältnis sicherlich nicht völlig neu konzipieren. Wir leben immer noch im Kapitalismus: Es gibt Unternehmen und es gibt Arbeiter*innen. Das Gesetz muss weiterhin auf einer grundlegenden Ebene anerkennen, dass Arbeitnehmer*in-

19 Alongside Vitor Filgueiras, I have also argued that the term “platform” should be used to describe the digital machinery used by firms for labor control, not to distinguish these firms as unique. Structurally and legally, they are employers – hiring entities – like Walmart and McDonald’s.

20 Veena Dubal, Solidarity Unionism v. Company Unionism in the Gig Economy, Law & Political Economy Blog. (2019). Available at <https://lpeproject.org/blog/solidarity-unionism-v-company-unionism-in-the-gig-economy/>.

nen weniger wirtschaftliche und politische Macht haben als Unternehmen, und daher muss der Staat Mindeststandards vorzuschreiben, bestimmte Formen der Ausbeutung verbieten (einschließlich algorithmischer Lohndiskriminierung) und unabhängige Tarifverhandlungen ermöglichen. Das bedeutet, dass wir das bestehende Recht durchsetzen müssen, aber es bedeutet auch, dass die Gesetzgeber aktuelle Antworten geben müssen. In den letzten zehn Jahren wurden die Betreiber der Arbeitsplattformen sich selbst überlassen, um unglaublich entmenslichende und gefährliche Formen der Organisation und Kontrolle von Arbeit zu schaffen. Mit Hilfe von Gesetzeslücken, durch digitale Überwachung, mit Anwendungen maschinellen Lernens und Erkenntnissen aus der Sozialpsychologie haben sie neue Wege gefunden, um Arbeitnehmer*innen mit weniger Autonomie und für weniger Geld arbeiten zu lassen. Sie haben das Verhältnis zwischen Arbeit und Entlohnung gestört, so dass härteres Arbeiten nicht unbedingt zu mehr wirtschaftlicher Sicherheit oder höheren Löhnen führt. Eigene Untersuchungen von Uber zeigen, dass Arbeiter*innen, die länger arbeiten als andere, pro Stunde weniger verdienen. Dies ist ein verblüffendes Ergebnis, mit dem wir uns auseinandersetzen müssen.

Im Kontext des algorithmischen Managements reichen Datentransparenz und Transparenz in Bezug auf die Logik algorithmischer Systeme als „Add-on“ zu den Arbeitsrechten einfach nicht aus. Wie ich in meiner Untersuchung des Ausgangs eines strategischen Rechtsstreits auf Basis der DSGVO gegen Ola²¹ zeige, reichte es nicht aus, dass die Arbeitnehmer*innen die Logik der sich ständig weiterentwickelnden algorithmischen Systeme, die sie kontrollierten, bezahlten und kündigten, kannten oder verstanden. Die Online-Regeln und die Logik der automatisierten Entscheidungsfindungssysteme funktionieren nicht wie Offline-Regeln. Insbesondere bei der Plattformarbeit bewerten die Systeme die Arbeitnehmer*innen nicht auf individueller Basis und treffen dann Entscheidungen über ihre Löhne oder Arbeitsbedingungen. Vielmehr werden Daten aus ihrem Verhalten und dem ihrer Kolleg*innen extrahiert, in maschinelle Lernsysteme eingespeist und dann verwendet, um iterativ und kontextabhängig neue Regeln zu erstellen, die auf eine Verhaltensänderung abzielen.

Der Gesetzgeber muss wirklich neue Regeln aufstellen, um dem dystopischen digitalen Taylorismus, das wir in der Plattformarbeit sehen, ein Ende zu setzen. Neben der Durchsetzung der bestehenden Arbeitsgesetze ist der erste Schritt dazu ein Gesetz, das die Verwendung von oder den Rückgriff auf automatisierte Entscheidungsfindungssysteme zur Festlegung von Löhnen verbietet.

Das Interview führte Thilo Scholle

21 Data Laws at Work. Yale Law Journal Forum, im Erscheinen.

Brishen Rogers¹

The Law and Political Economy of Workplace Technological Change

This article explores how labor and employment laws shape workplace technological change. More and more jobs are now performed in the shadow of data-gathering devices that feed information straight into corporate intranets. As a result, companies have more usable data about workers' performance and about workplace processes than ever before. Companies also have new tools to interpret that data, including machine learning and other sorts of artificial intelligence ("AI"), which they are using both to automate certain tasks, and to monitor and manage workers in new ways. These developments have transformed the ride-hailing sector² and other large low-wage sectors including fast food, retail, hotels and hospitality, and warehousing.

Yet existing scholarship and public debates have not fully grasped the relationship between labor and employment laws and workplace technological change.³ One reason is that debates around technology and work have focused on conflicts between new technologies and employment regulations, evidenced, for example, by the pressure novel technologies often put on existing legal categories.⁴ But as legal realists and their intellectual descendants have emphasized, law in modern societies does more than *regulate* economic behavior. Law also helps *constitute* economic and social relations in the first place

- 1 This is an abbreviated version of an article that appeared in Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review (CR-CL), Vol. 55, 2020. I owe a profound debt to the editors of that journal, and to Eva Kocher, Thilo Scholle and the editors of Kritische Justiz for their assistance in preparing this abbreviated draft. I explore these issues in greater depth in Brishen Rogers, *Data and Democracy at Work: Advanced Information Technologies, Labor Law, and the New Working Class* (2023), available open source at <https://direct.mit.edu/books/oa-monograph/5556/Data-and-Democracy-at-WorkAdvanced-Information>.
- 2 See generally Alex Rosenblat, *Uberland: How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work* (2018); Brishen Rogers, *The Social Costs of Uber*, 81 U. Chi. L. Rev. Dialogue 85 (2015); Alex Rosenblat & Luke Stark, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, 10 Int'l. J. Comm. 3758 (2016).
- 3 Other labor and employment law scholars have analyzed these issues in ways that overlap with my own. See, e.g., Valerio De Stefano, "Negotiating the Algorithm": *Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*, 41 Comp. Lab. L. & Pol'y. J. 15 (2020); Jeremias Adams-Prassl, *What if Your Boss Was an Algorithm: Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, 41 Comp. Lab. L. & Pol'y. J. 123 (2020).
- 4 See generally Gary E. Marchant, *The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law*, in *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem* 19, 22–23 (Gary E. Marchant et al. eds., 2011) (arguing that law lags behind technology both because legal regulations "are based on static rather than a dynamic view of society and technology" and because legal institutions take significant time to revise).

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-452

by setting the background rules of economic cooperation and conflict.⁵ For example, labor and employment laws do not just regulate working conditions, but also *constitute* employment as a legal relationship that carries certain rights and duties and grant employers most decision-making powers within employment relationships. Those include powers to develop and deploy productive technologies. Some labor and employment doctrines therefore help facilitate the development of novel technologies like machine learning, even as others may slow down technological progress. An accurate picture of the relationship among law, technology, and work must account for this constitutive role of law.

Debates around the future of work have also been limited in another respect: commentators have tended to view technological development as an apolitical process that is driven by advances in science and engineering.⁶ Yet a wealth of historical and contemporary evidence suggests that social and political factors influence the course of technological development, sometimes in profound ways. Canonical works in science and technology studies show that actors often choose technologies strategically to advance their own interests.⁷ Labor sociologists and historians have shown that employers have often favored technologies that limit workers' shop-floor power, sometimes even at the expense of efficiency or productivity. Law and technology scholars, finally, have built on those insights and on the legacies of legal realism to illuminate the relationship between law, contemporary information technologies, and the distribution of power in society.⁸

Together, these bodies of scholarship suggest that employers' technological choices are embedded in workplace power relations, which are themselves pervasively structured by labor and employment laws. Hence this article's title: It argues that the path of workplace technological change is shaped at every level by the law and political economy of work.

To build out this argument, the article shows that employers are developing two new sorts of technological means today, which they are using for two distinct ends. The new means are (1) automation, or the use of machines to perform tasks previously performed by line-level workers, and (2) "algorithmic management,"⁹ or the use of data and algorithms to hire, direct, monitor, schedule, or discipline workers. The ends are (1) to enhance labor productivity, by enabling workers to increase output while holding input constant, and (2) to augment employers' power over workers and therefore limit labor

5 See, e.g., Julie E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism* 4 (2019) (discussing the contemporary relationship among legal institutions, development of networked information technologies, and changes in the political economy).

6 Rogers, *Data and Democracy at Work*, *supra*, Chapter 1.

7 See Lewis Mumford, *Technics and Civilization* 6 (1934) (arguing that "technics . . . exists as an element in human culture and it promises well or ill as the social groups that exploit it promise well or ill."). See generally Langdon Winner, *Do Artifacts Have Politics?*, 109 *Daedalus* 121 (1980).

8 See generally Yochai Benkler, *Power and Productivity: Institutions, Ideology, and Technology in Political Economy* in *Political Economy and Justice*, (Allen, D., Benkler, Y., and Henderson, R eds., 2021); Cohen, *Truth and Power*, *supra*.

9 The term "algorithmic management" is not my own. It seems to have become popular due to a working paper by several Carnegie Mellon researchers. See Min Kyung Lee et al., *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers* 1603 (CHI '15: Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, Working Paper, 2015), <https://dl.acm.org/citation.cfm?doid=2702123.2702548>, archived at <https://perma.cc/92CD-TXG4>.

costs.¹⁰ Productivity enhancement is generally desirable and should be encouraged, since it enables rising labor standards and living standards.¹¹ Power-exertion by employers is often undesirable, since it can erode labor standards. Importantly, either means can be used for either end. Employers can automate work tasks that involve drudgery — or they can automate tasks that were performed by skilled workers with some labor market power. Employers can use algorithms to make job searches cheaper and easier — or they can use algorithms to surveil workers more closely and undermine their autonomy.

This article has several limitations that are worth noting at the outset. It focuses largely on the low-wage labor force. This is because much of the low-wage labor market is fairly homogenous in terms of job classifications, which makes it easier to trace general trends. There are also large numbers of low-wage workers today, which make their concerns economically significant. The article also focuses on economic terms of employment, including wages, hours, and collective bargaining rights, and says less about how new data practices interact with workplace civil rights, in part because scholars have already begun to address those issues in detail.¹² That being said, the low-wage labor markets the article discusses are disproportionately populated by women and other members of historically disenfranchised groups, including African Americans, Latinx individuals, and immigrants. As a result, virtually *all* of the practices discussed below have a disproportionately negative impact on such groups, even before illicit discrimination comes into the picture. In that regard, this analysis may also contribute to our understanding of the intersection of race, class, and other power structures in today's political economy.

I. *The Law and Political Economy of Workplace Technology: An Overview*

A. The Political Economy of Workplace Technology

Labor is a peculiar commodity, quite different from tangible commodities like soybeans.¹³ Because labor is always performed by a human being, it cannot be separated

10 The article's distinction between power-enhancing and productivity-augmenting technologies is indebted to similar distinctions in Benkler, *Power and Productivity*, *supra*, and Samuel Bowles, *Social Institutions and Technical Change*, in *Technological and Social Factors in Long-Term Fluctuations* 68 (De Matteo et al., eds., 1989).

11 However, labor and employment laws, and other institutions, help determine whether productivity increases translate into wage increases. See generally Bruce E. Kaufman, *Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective*, in *Research Handbook on the Economics of Labor and Employment Law* (Cynthia L. Estlund & Michael L. Wachter eds., 2012).

12 See, e.g., Ifeoma Ajunwa, *Age Discrimination by Platforms*, 40 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 1 (2019); Ifeoma Ajunwa, Kate Crawford & Jason Schultz, *Limitless Worker Surveillance*, 105 Calif. L. Rev. 735 (2017); Solon Barocas & Andrew D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, 104 Calif. L. Rev. 671 (2016); Pauline T. Kim, *Data-Driven Discrimination at Work*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 857 (2017). On the relationship between contemporary surveillance practices and processes of racial differentiation more generally, see Simone Browne, *Race and Surveillance*, in *Routledge Handbook of Surveillance Studies* (Kirstie Ball et al. eds., 2012).

13 The argument in this paragraph draws in part on Robert M. Solow, *The Labor Market as a Social Institution* (1990); Kaufman, *Economic Analysis of Labor Markets*, *supra*; and Claus Offe & Helmut Wessenthal, *Two Logics of Collective Action: Theoretical Notes on Social Class and Organizational Form*, 1 Pol. Power & Soc. Theory 67 (1980).

from workers and stored for future use. Moreover, workers' interests and employers' interests both overlap and diverge. They share an interest in profitability, but companies have an incentive to reduce labor costs while increasing output, while workers have an incentive to increase their wages and benefits while not working too hard. Workers also develop normative understandings of fairness at work, and often take collective action to advance their interests within the workplace. Their ability to do so, however, is shaped at every level by the legal regimes constituting and governing employment.

Understanding the labor contract, and the role of technology within it, thus requires attention not just to supply and demand but also to the *law and political economy of work*: how power shapes economic behavior, and how economic behavior co-evolves with the broader legal and institutional structure.¹⁴ This article therefore draws from various disciplines that shed light on the law and political economy of workplace technology and labor contracts.

B. Employment Laws, Employment Structures, and Technological Change

Employment and labor laws shape this process by establishing and enforcing employers' and workers' entitlements with regard to workplace technology. While the overall doctrine here is complex, its basic thrust is clear: Employers can typically gather data on workers' performance and workplace processes and can use that data to develop new workplace technologies and to reshape production processes, regardless of workers' desires. This sub-Part discusses such laws.

Employment at will and the persistence of the common law: By far the most important U.S. labor and employment law doctrine is the employment-at-will rule.¹⁵ Under employment at will, either party to an employment contract can terminate it at any time, for any reason (even a malicious one), so long as doing so is not otherwise unlawful. Employment at will also reflects a deeply rooted sense that the employer *owns* the enterprise and enjoys sovereignty over it, in a manner familiar from classical property law, and encourages courts to view the employment relationship as based on freedom of contract and consent. For example, it serves as a sort of "business judgment rule" for employment decisions: Unless there is evidence of other wrongdoing such as fraud or a statutory violation, the employment-at-will rule deters courts from second-guessing companies' decisions to terminate workers.¹⁶ And when employers can terminate employment contracts at will, they can often revise those contracts at will in ways that

14 See generally Wolfgang Streeck, *Taking Capitalism Seriously: Toward an Institutionalist Approach to Contemporary Political Economy* 3 (Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, MPIfG Discussion Paper No. 10/15, 2010), <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/43282/1/640705758.pdf>, archived at <https://perma.cc/RE69-S6GW> ("Political economy looks at the interrelations between collective action in general and collective rule-making in particular, and the economy; it extends from economic and social policy-making to the way in which economic interests and constraints influence policy, politics and social life as a whole.").

15 See Clyde W. Summers, *Employment At Will in the United States: The Divine Right of Employers*, U. Pa. J. of Lab. & Empl. L. 65, 65 (2000) (arguing that the employment-at-will doctrine "has been, and still is, a basic premise undergirding American labor law," and that the doctrine "gives American labor law much of its distinctive character").

16 See Richard Michael Fischl, 'A domain into which the King's writ does not seek to run': Workplace Justice in the Shadow of Employment-at-Will, in *Labour Law in an Era of Globalization: Transform-*

limit their employees' rights. That includes implementation of new monitoring systems or other new technologies that erode working conditions.

The scope of employment: Another foundational rule is the legal definition of employment. That definition is essential to modern regulations, which typically levy duties only upon entities legally defined as employers, and typically allocate rights only to individuals legally defined as employees. Indeed, the common law employment relationship was central to Ronald Coase's theory of the firm as a means of minimizing the transaction costs associated with market contracting.¹⁷ As Coase put it, "it is the fact of direction which is the essence of the legal concept of 'employer and employee,' just as it was in the economic concept" of the firm.¹⁸ In contrast, a classic independent contracting relationship arises when a company or individual hires an independent business that brings specialized skills to the table, and by virtue of those skills is best positioned to prevent harms to third parties.

The definition of employment under most statutes limits workers' power in several ways. Most importantly, the scope of employment is often too narrow in operation. In part, this is because many work relationships do not fall neatly into either category (employee or independent contractor) and the doctrine is malleable. For example, the NLRB uses a multifactor test to determine employment status, but the precise factors that the Board and the courts emphasize can vary from case to case.¹⁹ This leads to uncertainty and raises the costs of proving a violation, inviting a degree of arbitrage.

Workplace privacy laws: In theory, workplace privacy laws could serve as an important site for negotiations around control of workplace data and workplace technology. After all, many of today's workplace innovations involve monitoring workers more closely, which may violate social norms of privacy. But workplace privacy laws give workers relatively few rights to prevent their employer from gathering information about their conduct in the workplace, and even fewer rights to prevent their employer from monitoring their work.²⁰ Notably, while employers' right to monitor the performance of work is now well-established under law and generally accepted as a norm, workers in the past often resisted such monitoring, sometimes even refusing to work if supervisors were present.²¹

mative Practices and Possibilities 253, 261–63 (Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl & Karl Klare eds., 2004).

17 See R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386, 403–04 (1937).

18 *Id.* at 404.

19 See Lancaster Symphony Orchestra, 357 N.L.R.B. 1761, 1763 (2011) (listing ten factors the NLRB uses to determine whether an employment relationship exists, but noting that "the same set of factors that was decisive in one case may be unpersuasive when balanced against a different set of opposing factors in another case").

20 One reason for this is that our privacy laws are a patchwork. See, e.g., Matthew W. Finkin, *Privacy in Employment Law* xxxiv, xxxv (5th ed. 2018) (observing that in the United States privacy "legislation has been enacted piecemeal" and that "most often, issues of privacy remain unspoken to by the law").

21 David Montgomery, *Workers' Control in America* (1980) at 13 (discussing ethical code of nineteenth century craft workers, which led them to refuse to work while being watched); see also *id.*, at 115 (discussing workers' refusal to work while being monitored by industrial engineers in early twentieth century).

II. Automation and Digital Taylorism

Public debates around the impact of technology on work have focused on automation, or the use of technology to perform tasks previously undertaken by human beings, and the possibility of a wave of technological unemployment. This Part develops a more nuanced account of automation today, one that reflects the limits of existing technologies and unpacks how workplace power dynamics influence companies' automation decisions.

A. The Limits of Contemporary Automation

While machine learning technologies can replicate various aspects of human judgment, they can usually only do so under clearly delineated laboratory-like conditions. The phenomenon of “hallucination” by AI is now well-known. The challenges quickly compound once algorithm-powered machines such as partially autonomous vehicles encounter the physical world. Most such vehicles “employ a ‘sense-plan-act’ design,” in which a suite of sensors gathers information about the environment such as lane markings, obstacles, and other vehicles, and then algorithms interpret that information and respond.²² That strategy has enabled engineers to automate many of the subtasks involved in performing an operation. For example, it is feasible to automate the tasks of plotting a course, accelerating, steering, braking, and sensing other vehicles under many circumstances.

But companies cannot yet take a human with situational judgment out of the picture entirely, because unexpected things happen on roads all the time, including extreme weather, intoxicated people running into the road, items flying off other cars, or police redirecting traffic to go the wrong way in a lane. In such cases, it is insufficient to make a statistical inference from a dataset of past occurrences, since the situation being confronted does not appear in the training data. A glitch of this sort helped cause one of Uber's self-driving cars to hit and kill a pedestrian in 2018, as the image-recognition devices misidentified the pedestrian and therefore did not respond in time.²³ While human judgments are also flawed, a human driver in that situation would likely have had little difficulty recognizing the cyclist or at least would have slowed while deciding what to do. Due to these and related limitations, companies in the autonomous vehicle sector have sought to lower investors' and consumers expectations substantially over the last few years.

22 James M. Anderson et al., RAND Corporation, *Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers* 58–59 (2016).

23 Filip Piekiewicz, *AI Winter Is Well on Its Way*, Piekiewicz's Blog (May 28, 2018), <https://blog.piekiewicz.info/2018/05/28/ai-winter-is-well-on-its-way/>, archived at <https://perma.cc/47LS-M4M5>; see also Amir Efrati, *Waymo's Big Ambitions Slowed by Tech Trouble*, *The Information* (Aug. 28, 2018), <https://www.theinformation.com/articles/waymos-big-ambitions-slowed-by-tech-trouble>, archived at <https://perma.cc/57CN-VNHR> (autonomous vehicles being tested in Phoenix were often unable to turn left, or stopped suddenly, irritating other drivers).

B. The Political Economy of Automation

These technical limits have implications for the political economy of work. A fully automated factory or fleet of vehicles would avoid labor politics entirely — no strikes, no protests, and no need to cater to community norms. But when employers cannot automate entire jobs, they must determine which tasks to automate and how to reorganize production processes afterward. That involves reassigning groups of workers and reshaping their jobs, which brings labor conflict back into the picture.

Amazon's incorporation of robotics into its warehouses is illustrative. Due to the limits of robotic hands and of humanoid robots generally, it isn't possible for robots to roam a warehouse's shelves to grab items.²⁴ Amazon has instead developed an army of robots to carry shelves from a storage area to human "pickers" who then find the appropriate goods, grab them, and put them into plastic bins.²⁵ The effects of these automation efforts on workers are complex. Some of the job growth in Amazon's warehouses has been among higher-skilled workers that the company trained to manage robots. But many of the remaining jobs have become more repetitive. As a *New York Times* piece put it, "Unlike pickers in manual warehouses," who walk among shelves to find goods, "the pickers [at a semiautomated warehouse] have almost no relief from plucking goods off shelves, other than their breaks."²⁶ In some warehouses, the particular bin on a shelf where goods can be found even lights up. This means that the job of a picker requires little training and little firm-specific or warehouse-specific knowledge, which should put downward pressure on wages by enabling almost anyone to do the job.

III. Algorithmic Management (Including Fissuring)

When automation of physical tasks is not possible, firms can also use machine learning and other data-driven technologies that enhance productivity or reduce worker power. Researchers at Carnegie Mellon have used the term "algorithmic management" to describe contemporary companies' use of data-driven algorithms to "manag[e] distributed human workers at a large scale."²⁷ This article borrows that term to refer to the various ways major companies use data, fed into powerful algorithms, to manage workers today. While Uber, Lyft, and other on-demand companies are the most prominent examples

24 Nick Statt, *Amazon Says Fully Automated Shipping Warehouses Are At Least a Decade Away*, The Verge (May 1, 2019), <https://www.theverge.com/2019/5/1/18526092/amazon-warehouse-robotics-automation-ai-10-years-away>, archived at <https://perma.cc/FA6L-DW4M>. See also Interviews by Frank Levy with Warehouse Managers, Amazon, in [LOCATION] (May 13, 2009) (on file with author).

25 See Will Knight, *Inside Amazon's Warehouse, Human-Robot Symbiosis*, MIT Tech. Rev. (July 7, 2015), <https://www.technologyreview.com/s/538601/inside-amazons-warehouse-human-robot-symbiosis/>, archived at <https://perma.cc/X9JE-S5WK>; Nick Wingfield, *As Amazon Pushes Forward with Robotics, Workers Find New Roles*, N.Y. Times (Sept. 10, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/09/10/technology/amazon-robots-workers.html>, archived at <https://perma.cc/WME7-5GB8>.

26 Noam Scheiber, *Inside an Amazon Warehouse, Robots' Ways Rub Off on Humans*, N.Y. Times (July 3, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/07/03/business/economy/amazon-warehouse-labor-robots.html>, archived at <https://perma.cc/DV3V-MUVM>.

27 Lee et al., *supra*, at 1603.

of this phenomenon, they are far from alone. Major retailers, fast food companies, and delivery companies are already using forms of algorithmic management, often at scale.

The underlying technologies here vary greatly.²⁸ What unites the activities treated here are (a) gathering data to quantify aspects of work processes; (b) processing that data through machine learning or other algorithmic technologies; and (c) making managerial decisions based on those algorithms' analyses.

Algorithmic management efforts are less attention-grabbing than full-job automation, since they often involve iterative changes to management processes and to workers' jobs. To be clear, in many instances they *do* involve task automation, though the tasks being automated—screening of resumes, inventory tracking and ordering, scheduling, workflow organization, oversight, payroll processing, etc.—were formerly carried out by managers rather than line-level workers and are largely cognitive rather than physical. But algorithmic management may prove more consequential than automation in the near term, and perhaps in the long term. Implementing such technologies requires few changes to physical workplaces, which makes them cheaper to deploy than robotics. Ongoing progress in machine learning, especially when combined with employers' ready access to data on workplace processes, should also make algorithmic management more powerful over time.

The overall effects of algorithmic management techniques on workers under current law are complex but often negative. Algorithmic management techniques that enable workers to find jobs that better match their skills and preferences will often enhance productivity, as will tasking programs that reduce waste in complex operations; such changes can benefit workers if wages track productivity increases. High-performing workers may also benefit from greater quantification of management processes, since it may make their contributions more visible to management. But such techniques can also enable managers to centralize control of operations and to homogenize work.²⁹ Line-level workers as a class may then end up with less workplace autonomy, lower wages, and a faster pace of work, and irregular or unpredictable schedules.

A. Algorithmic Hiring and Scheduling

Algorithms are already being used at scale to assist in hiring processes and to schedule workers for shifts. This Part treats these uses of algorithms together because their net effects on workers are likely ambiguous: They may enable significant productivity gains or otherwise benefit workers in some cases, though in other cases they may lead to declines in job quality.

Algorithmic hiring: The theory behind algorithmic hiring is that advanced data analyses may identify aspects of applicants' experience or aptitudes that correlate with success in particular positions. This is superficially plausible, especially since candidates often

28 For helpful summaries of some key workplace data technologies see Ifeoma Ajunwa, Kate Crawford & Jason Schultz, *Limitless Worker Surveillance*, 105 Calif. L. Rev. 735 (2017); Matthew T. Bodie, Miriam Cherry, Marcia L. McCormick & Jintong Tang, *The Law and Policy of People Analytics*, 88 U. Colo. L. Rev. 961 (2017); Elizabeth Tippet, Charlotte Alexander & Zev Eigen, *When Timekeeping Undermines Compliance*, 19 Yale J. L. & Tech. 1 (2017).

29 See Laura Tyson & Michael Spence, *Exploring the Effects of Technology on Income and Wealth Inequality*, in After Piketty 182–83 (Heather Boushey et al. eds., 2017).

submit resumé and other data to recruitment websites, and companies often perform background checks that generate some data on skills and work experiences. The field has already evolved rapidly. Various early efforts to automate recruitment using machine learning largely failed, but subsequent efforts to bring machine learning and data analytics into the process in a more limited fashion seem at least moderately successful.

Such efforts can benefit workers. Job searches are costly for both parties, and if algorithms enable easier and better matching of potential workers with jobs, both employers and workers may be better off. But algorithmic hiring may undermine labor standards. When employers bear the costs of hiring new workers, they may pay above-market wages to reduce turnover and limit recruitment costs. If technology can reduce recruitment costs, labor markets may behave more like classic commodity markets, likely driving down wages. And if companies utilize task automation to reshape production processes in ways that require fewer skilled workers but more workers without specialized skills, there may be lower returns to finding the best candidates. The more pressing need in such cases simply may be to get enough candidates in the door to staff existing processes.

Moreover, automated searches are only as good as their underlying data and programming and can reproduce various forms of bias within labor markets, as past scholars have documented. For example, an algorithm that finds that workers tend to stay in jobs longer if they live near the worksite may exclude African American workers at a disproportionate rate depending on patterns of housing segregation. Indeed, Amazon shut down a machine-learning-powered hiring tool after realizing that it tended to correlate success in more technical positions with being male.

Algorithmic timekeeping and scheduling: Many major companies use timekeeping software that tracks when workers sign in and out of work, determines their net hours during each pay period, and interfaces with payroll-processing services.³⁰ Many also use algorithms to schedule workers for their shifts. Those algorithms predict consumer demand based on past sales as well as factors such as weather reports, and schedule workers accordingly in an effort to ensure that worksites are neither over- nor understaffed.³¹ This involves partial automation, though the tasks being automated are managerial.

As with hiring, algorithmic scheduling can benefit workers. When workers can specify times that they would ideally like to work, and an algorithm can figure out how to optimize the schedule for a manager, this can reduce a company's costs and also help ensure worker satisfaction.³² And while fixed schedules are highly desirable in most instances, many workers would like some flexibility, and workers may well prefer to be able to request a different shift via an app rather than in person with a manager. Automated scheduling may also help ensure compliance with wage and hour laws, or could help workers prove that they suffered discrimination if, for example, women or African American workers are frequently assigned less-desirable shifts.

30 See generally Tippet et al., *supra*; Jodi Kantor, *Working Anything but 9 to 5*, N.Y. Times (Aug. 13, 2014), <https://www.nytimes.com/interactive/2014/08/13/us/starbucks-workers-scheduling-hours.html>, archived at <https://perma.cc/RYS5E-6H8A> (describing use of scheduling software by “virtually every major retail and restaurant chain”).

31 Kantor, *supra*.

32 Kronos, *Hannaford Uses Kronos Optimized Scheduling and Navigator to Streamline Workforce Management*, <https://www.kronos.com/customers/hannaford-supermarkets>, archived at <https://perma.cc/6HLV-9SQ6>.

But automated scheduling is only as good as its underlying data. If a company does not accurately predict consumer demand, then it may end up scheduling too leanly, leading to a frantic pace of work. Employers may also program algorithms in ways that disregard workers' needs, especially for workers with multiple jobs or caregiving responsibilities. The issue came to public attention with Starbucks' practice of "clopening[s]," where workers were required to close the store one night and then open it the next day, making it nearly impossible for them to sleep.³³ In the wake of media attention, the company promised more regular and predictable schedules in the future.³⁴ There is also evidence that timekeeping software can tend to undermine compliance. Three legal scholars reviewed common timekeeping software programs and found that their default settings would often undercount hours, and that the programs enabled employers to edit down hours worked.³⁵

Part of what is at stake here is who pays for unused labor power. The norm that firms hired employees and required them to stay onsite for eight hours at a time provided firms with an incentive to give employees sufficient work for that period, but also meant that companies bore the risk that workers would not be busy the entire time. Today those norms have eroded due to various political-economic factors, including the decline of collective bargaining and the shift to a service economy, which have increased pressure on firms to limit costs. As a result, workers typically have no formal voice in scheduling policies. This is another illustration of how uses of technologies are embedded in political-economic context: with a different set of background entitlements, norms and practices, employers might use algorithmic scheduling programs in ways that serve workers' needs to a greater degree.

B. Algorithmic Monitoring and Tasking

Algorithmic monitoring and tasking may prove to be the most consequential new use of data-driven technologies. They may enable productivity gains, but may also impact the pace of work, wages, and workers' autonomy. The latter effects may arise because employers' difficulties in monitoring work have often affected wage-setting in the past.³⁶ From the employer's perspective, workers who have been asked to perform a set of tasks may do so more or less diligently, but the employer may not be able to detect which workers are over- or under-performing.

Data-driven technologies may dramatically enhance employers' monitoring capacities. For example, employers have long monitored telephone communications and email and have utilized keystroke-monitoring programs to estimate workers' productivity.³⁷

33 Kantor, *supra*.

34 Jodi Kantor, *Starbucks to Revise Policies to End Irregular Schedules for Its 130,000 Baristas*, N.Y. Times (Aug. 15, 2014), <https://www.nytimes.com/2014/08/15/us/starbucks-to-revise-work-scheduling-policies.html>, archived at <https://perma.cc/AP85-9QUY>.

35 Tippet et al., *supra* at 3.

36 The argument in this paragraph draws on Robert Gibbons, *Piece-Rate Incentive Schemes*, 5 J. Lab. Econ. 413, 416 (1987); Carl Shapiro & Joseph E. Stiglitz, *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, 74 Am. Econ. Rev. 433, 433 (1984).

37 As long ago as 2007, 45% of employers tracked what workers did at computer workstations. AMA Staff, *The Latest on Workplace Monitoring and Surveillance*, American Management Association (Apr. 8, 2019), <https://www.amanet.org/training/articles/the-latest-on-workplace-moni>

Advanced technologies have increased their powers to do so.³⁸ Though peer-reviewed research on how such efforts affect wages is rare, one study found that when the platform Freelancer put into practice a monitoring system that tracked keystrokes and the like, clients' preferences "for bidders with a high effort-related reputation in time-based projects" fell; new users on the platform were able to find clients more easily, but the equilibrium price for time-based projects dropped by almost 7%.³⁹

Companies also have numerous new tools to monitor workers' conversations. Employers often monitor phone calls, and their power to do so may be augmented by natural-language processing. A phone conversation can be translated instantaneously into text, and then it can be scanned with machine learning for particular words or phrases, or simply analyzed to determine whether an employee accurately judged what a caller needed. Labor unions that represent call center workers report that nascent forms of such technology are now being used to oversee their members. One report from the Communications Workers of America described an AI-powered system known as CallMiner, which recorded all telephone conversations and sought (often in a buggy fashion) to determine whether workers were appropriately handling customer complaints.⁴⁰ Since the technology affected disciplinary policies, the employer, under US law, had a duty to bargain over its use, and unionized call center workers were able to establish rules around when the monitors could be turned on and off and when workers could be disciplined based on data gathered.⁴¹

C. Data-Driven Fissuring

Contemporary information technologies also make it easier for companies to purchase labor through intermediaries, thereby avoiding duties under labor and employment laws. This has come to be known as the "fissuring" of employment, since it creates a legal

toring-and-surveillance.aspx, archived at <https://perma.cc/H3SW-SLYA>; see also Kirstie Ball, *Workplace Surveillance: An Overview*, 51 Lab. Hist. 87 (2010) (summarizing literature and data on workplace surveillance).

38 Olivia Solon, *Big Brother isn't just watching: Workplace surveillance can track your every move*, The Guardian (Nov. 6, 2017), <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/06/workplace-surveillance-big-brother-technology>, archived at <https://perma.cc/7ZVR-CXE9>.

39 Chen Liang et al., *IT-Enabled Monitoring and Labor Contracting in Online Platforms: Evidence from a Natural Experiment*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2838045, archived at <https://perma.cc/D33G-GQFV>. Such monitoring programs also raise general concerns about worker privacy and autonomy.

40 See NELP & AFL-CIO, *Wheeling and Dealing Misfortune: How Santander's High Pressure Tactics Hurt Workers and Auto Loan Customers* at 6–8 (July 21, 2017), <https://static1.squarespace.com/static/58d8a1bb3a041137d463d64f/t/597239986a4963db06ef5ff1/1500658073098/Wheeling+and+Dealing+-FINAL.PDF>, archived at <https://perma.cc/4UWT-AQV9> (describing monitoring system known as "CallMiner").

41 Communication Workers of America. *CWA Issue Brief: Protections Against Abusive Monitoring*, CWA Research Department (Feb. 2014) (on file with author) (describing contract language around such matters). Walmart may soon begin using similar monitoring technology at cashier stations. See Sam Levin, *Walmart Patents Tech That Would Allow it to Eavesdrop on Cashiers*, The Guardian (July 12, 2018), <https://www.theguardian.com/business/2018/jul/12/walmart-surveillance-sound-sensors-employees>, archived at <https://perma.cc/ST7Z-NNAT>.

gap between workers and the companies that utilize their work.⁴² There are three key fissuring strategies today. The first involves classifying individual workers as independent contractors rather than employees. A second fissuring strategy is subcontracting, in which user firms hire labor through agencies or third-party contractors. Unlike independent contractors, subcontracted workers clearly have an employer—the contractor—but the user firm may have much more power over working conditions. Subcontracting is especially common in building services, agriculture, logistics, hotels and warehouses (where workers are often hired through temporary agencies). The third strategy is franchising, where core firms, especially in fast food and retail, license their trademarks and product line to independent businesses, who in turn employ line-level workers.

Fissuring today often depends on the low costs “of gathering information and undertaking monitoring in light of developments in the digital world.”⁴³ According to the basic Coase/Williamson theory of the firm, companies have greater incentives to produce goods in-house, and to control production tightly, when it is difficult to specify outputs with precision or to monitor outside parties’ performance. However, bringing workers in-house as employees makes the firm responsible for substantial employment-related costs. If new technologies enable a firm to ensure high-quality production through suppliers and outside contractors, that firm will have incentives to fissure away the work to reduce labor costs.

Summary: Data-driven fissuring is perhaps the best illustration of the relationship among law, political economy, and technological choice. Under different background rules companies would have less incentive to fissure away work and perhaps less ability to do so. For example, if definitions of employment were broader, it would be harder to avoid labor costs through subcontracting or independent contracting. If unions had the ability to take wages out of competition across industrial sectors, companies would be unable to reduce labor costs through fissuring. But under existing rules companies have incentives to use such strategies to reduce their labor costs. One result is that many low-wage sectors today are characterized by centralized authority over work but diffuse responsibility toward workers.

IV. Toward a New Politics of Workplace Technology

The technical and legal factors discussed above have encouraged U.S. companies to utilize large amounts of low-wage, low-skill labor. Other advanced economies at the technological frontier have followed different paths, in part due to their distinct labor market institutions.⁴⁴ This suggests that reforms that give workers more power and voice in the workplace can also generate a different politics around workplace technology. This final section considers several sets of possible reforms to advance that goal.

42 See generally David Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad For So Many and What Can Be Done to Improve It* (2014).

43 Weil, *supra*, at 61; see also *id.* at 64–72 (discussing companies’ monitoring strategies in retail and fast food).

44 See generally Peter A. Hall & David Soskice, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* 1, 38–39 (Peter A. Hall & David Soskice eds., 2001).

Raising minimum standards and expanding the scope of employment: A first set of reforms here would be straightforward: Workers' statutory entitlements around wages and hours could be strengthened. This would respond to companies' use of advanced information technology to keep wages low, or to ensure a faster pace of work. States and/or the federal government could mandate higher minimum wages and could require employers to give workers reasonable notice of schedules and guarantees of steady hours.⁴⁵

There is nothing technologically advanced about such mandates, but technology could assist in enforcing them. As discussed above, fissuring is an impediment to enforcement of wage and hour mandates today, and many companies that fissure away workers also use new technologies to monitor the underlying work. Legislatures could respond by expanding definitions of employment under major labor and employment law statutes to capture the relationship between Uber and its drivers, for example, or between McDonald's and its franchisees' workers.⁴⁶ Legislatures could also define work relationships in certain sectors as legal employment for purposes of particular statutes, declaring for example that major franchisors are jointly liable for wage/hour violations by their franchisees. Or legislatures and regulators could begin to take technological monitoring and management strategies into account when determining whether a firm employs particular workers. In the case of Uber or McDonald's, for example, evidence that the companies monitor how work is performed, or help to hire or schedule workers, could be presumptive evidence of employment status.

Data-sharing to encourage enforcement and organizing: Efforts to enhance wage and hour enforcement, and to extend duties across corporate boundaries, would both benefit from an additional reform: ensuring that workers and regulators have reasonable access to companies' data about workers' performance. Once data on workplace performance is gathered and analyzed by companies, it is essentially costless to transfer it to regulators or workers. Regulators could use their own algorithms on that data, for example, to spot potential noncompliance with wage and hour or antidiscrimination laws. Workers could potentially use it for the same purposes in private suits, to demonstrate, for example, that a particular hiring practice has a disparate impact on women or people of color, or that an employer has not been paying workers for all hours worked.⁴⁷

Access to such data could also enhance workers' organizing efforts. Gig economy workers, for example, have at times turned off their apps en masse to protest companies'

45 See, e.g., Sara Eber Fowler & Lynn Kappelman, *As Predicted. . . . On July 1, Oregon Will Become the First State with a Predictable Scheduling Law*, Seyfarth Shaw LLP: Employment Law Lookout (June 28, 2018), <https://www.laborandemploymentlawcounsel.com/2018/06/as-predicted-on-july-1-oregon-will-become-the-first-state-with-a-predictable-scheduling-law/>, archived at <https://perma.cc/2DQS-VNQQ> (discussing newly enacted Oregon law as well as similar laws passed by municipalities).

46 For example, The California Supreme Court articulated a broad definition of employment in the landmark 2018 decision *Dynamex Operations W., Inc. v. Super. Ct. of L.A.*, 416 P.3d 1, 35 (Cal. 2018).

47 Disclosing this type of data to regulators and/or private parties may of course raise privacy concerns. If the data includes identifying information about particular workers, and the recipient agency is required to share it with other agencies, then workers may fear that their workplace data could be used against them for tax enforcement, or to track down criminal suspects or irregular immigrants. Data breaches are also a risk, of course. These issues are beyond the scope of this paper, but would need to be taken into account at the stage of institutional design. I am grateful to a participant in the Yale Law School Private Law Theory Colloquium for this observation.

policies.⁴⁸ Those protests could be more effective and potent if the workers and organizers had access to data on where other workers are geographically located, for example, so that they could more easily contact them. Similarly, gig economy workers and organizers would benefit from being able to communicate directly with gig economy customers about their concerns via apps, much as picketing workers have rights to speak directly to potential customers of struck companies even when doing so causes some infringement of the company's property rights.

Encouraging organizing and bargaining around technological choices: Another set of reforms would encourage collective bargaining around technology. Such an approach would stand in contrast to two alternative regulatory strategies around workplace technology. One is our existing system, as discussed above, which gives employers near-plenary entitlements to choose technologies. The second involves centralized rule-setting intended to shape the course of workplace technological development directly. For example, policymakers could prevent employers from deploying new monitoring devices or could tax robotics or machine-learning-powered systems in order to deter their development.

A bargaining strategy, in contrast, would give workers a voice in employers' technological decisions. Workers' optimal bargaining approach when an employer seeks to implement a new technology would vary based on the circumstances. Sometimes their best move would be to block uses of technology that seem likely to drive down wages or undermine their autonomy, as often occurs with data-driven fissuring. In other cases, workers might trade off more intense supervision for other goods. Ride-sharing drivers might welcome GPS guidance so long as they are free to deviate from a proposed route or have means of communicating that the guidance is somehow flawed. Such labor-management collaboration, however, requires a degree of trust that is very hard to achieve in nonunion, low-wage enterprises today.

Conclusion

Firms are using advanced information technologies to change work — but not in the ways that many believe. The pace of physical automation has not increased in recent years, and it seems unlikely that it will soon displace tens of millions of workers. However, companies are using new technologies to disempower workers in other ways, including through algorithmic management and the fissuring of employment. Firms' abilities both to develop such technologies, and to use them to disempower workers, is in large part a function of our labor and employment laws — including the fundamental rules governing the employment relationship, workplace privacy rules, and workers' rights (or lack of real rights) to unionize and bargain collectively. Policy reforms to give workers a greater voice in workplace technology could right the balance, encouraging employers to use data-driven technologies to enhance productivity rather than to disempower workers.

48 E.g. April Glaser, *Instacart Workers Are Striking Because of the App's User Interface*, Slate (Nov. 5 2019), <https://slate.com/business/2019/11/instacart-workers-striking-app-user-interface-dark-pattern-design.html>, archived at <https://perma.cc/HQC7-L7WQ>; Kate Conger et al., *Uber Drivers' Day of Strikes Circles the Globe Before the Company's I.P.O.*, N.Y. Times (May 8, 2019), <https://www.nytimes.com/2019/05/08/technology/uber-strike.html>, archived at <https://perma.cc/XVD7-VFHY>.

Rüdiger Krause

Betriebliche Mitbestimmung ohne Betrieb?

Zur Basis der betrieblichen Interessenvertretung bei digitalen Arbeitsstrukturen

A. Betriebsverfassungsrecht als Option zur Selbstermächtigung

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) etabliert einen Rechtsrahmen, der den Beschäftigten eine Selbstermächtigung ermöglicht, um durch die Inanspruchnahme institutioneller Macht¹ der mit dem betrieblichen Arbeitsverhältnis verbundenen Machtasymmetrie entgegenzuwirken. Mit der Wahl eines Betriebsrats können die Arbeitnehmer:innen ein Repräsentationsorgan ins Leben rufen,² das durch die Ausübung von Teilhabe- und Mitbestimmungsrechten die Einbuße an personaler Freiheit abmildern kann, die mit der Eingliederung in einen vom Arbeitgeber gestalteten Betriebsablauf einhergeht.³ Die Beschäftigten werden im Falle unbefriedigender Arbeitsbedingungen also nicht auf die „Exit“-Option verwiesen, sondern können sich für die „Voice“-Option entscheiden. Mit dieser „anderen Demokratie“⁴ löst der Gesetzgeber das aus den Grundrechten sowie aus dem Sozialstaatsprinzip ableitbare verfassungsrechtliche Versprechen ein, dem Grundprinzip der Freiheit und Gleichheit aller Gesellschaftsmitglieder auch in der Arbeitswelt Geltung zu verschaffen.

- 1 Zum Begriff der institutionellen Macht als Element des Machtressourcenansatzes siehe etwa Schmalz/Dörre, Industrielle Beziehungen 21 (2014), 217, 227 ff. (mit einem Fokus auf hier nicht thematisierte Gewerkschaftsrechte).
- 2 Die Betriebsratswahl ist nach dem BetrVG in die Hände der Beschäftigten gelegt, eine (subsidiäre) gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Einleitung einer Wahl besteht (anders als nach § 23 BRG 1920) nicht; gegen eine solche Pflicht aufgrund des drohenden Arbeitgebereinflusses auch der DGB, vgl. BT-Ausschussdrucksache 18(11)434 v. 9.10.2015, S. 41, 43 f.; zur Diskussion ferner Absenger/Priebe, WSI Mitteilungen 2016, 192, 194 f.
- 3 Das Betriebsverfassungsrecht schließt damit an den generellen Zweck des Arbeitsrechts an, der Unterwerfung unter eine fremde Herrschaftsmacht normativ entgegenzutreten, um hierdurch die menschliche Würde zu bewahren; vgl. Sinzheimer, in: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 1, 1976, S. 108, 111. Aus einer soziologischen Perspektive lässt sich die Stoßrichtung von Betriebsratsgründungen selbstverständlich noch weiter ausdifferenzieren und „erden“, dazu eingehend Artus/Kraetsch/Röbenack, Betriebsratsgründungen, 2015, S. 61 ff.
- 4 Vgl. Milert/Tschirbs, Die andere Demokratie: Betriebliche Interessenvertretung in Deutschland, 1848-2008, 2012.

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-466

B. Betriebsverfassung unter Druck

Die Betriebsverfassung gründet sich, wie im Folgenden noch näher zu erläutern ist, auf den Betrieb als Basisgröße. Dieses System gerät daher durch eine Entwicklung zunehmend unter Druck, die sich als Entbetrieblichung charakterisieren lässt, indem organisatorische Veränderungen wie Outsourcing, Matrixstrukturen und die Herausbildung von Unternehmensnetzwerken, daneben aber auch Homeoffice und mobile Arbeit sowie nicht zuletzt die immer weiter um sich greifende Plattformarbeit den traditionellen Betrieb im Sinn einer räumlich-gegenständlichen und hierarchisch gegliederten Einheit mit einer vor Ort angesiedelten operativen Leitung erodieren lassen.⁵ Wo früher eine analoge Lenkung von Arbeitsprozessen vonnöten war, können betriebliche Vorgänge nunmehr über digitale Kommunikationskanäle und mobile Endgeräte aus der Distanz gesteuert und kontrolliert werden. Eine physische Präsenz von Führungskräften ist hierfür nicht mehr erforderlich. Gegebenenfalls kann eine Steuerung sogar aus dem Ausland erfolgen. Hierdurch droht eine Aushöhlung der gesetzlichen Betriebsverfassung und damit infolge einer Verringerung oder gar eines Wegfalls der institutionellen Macht der Arbeitnehmerseite das Wiederaufleben der Machtasymmetrie zugunsten der Arbeitgeberseite. Das Arbeitsrecht muss sich daher mit der Frage auseinandersetzen, wie es auf diese Entwicklung reagieren kann und soll.

I. Der Betrieb als gesetzliche und soziale Basisgröße

Dass die Entbetrieblichung zu negativen Folgen für die institutionalisierte Mitwirkung der Beschäftigten an den sie betreffenden Entscheidungen führen kann, beruht auf der bereits angedeuteten fundamentalen Bedeutung des Betriebs für das Betriebsverfassungsrecht. So baut das BetrVG – ebenso wie seine Vorläufer⁶ – auf dem „Betrieb“ als Basisgröße auf, um die Einheit zu bestimmen, für die und in der ein Betriebsrat gewählt werden kann.⁷ Der Betrieb konstituiert und begrenzt gleichsam den Wahlkreis, innerhalb dessen die Betriebsratswahl stattzufinden hat. Die dem jeweiligen Betrieb zugehörige Belegschaft bildet damit den „Souverän“,⁸ von dem der Betriebsrat die Legitimation zur Ausübung seiner gesetzlichen Handlungsbefugnisse ableitet.

Für den im BetrVG nicht definierten Begriff des Betriebs⁹ bedient sich die Rechtsprechung schon seit Jahrzehnten einer Formel, nach der es sich hierbei um eine organisatorische Einheit handelt, innerhalb derer der Inhaber allein oder gemeinsam mit seinen

5 Dazu Bialeck/Hanau, in: Redlich/Moritz/Wulfsberg (Hrsg.), *Interdisziplinäre Perspektiven zur Zukunft der Wertschöpfung*, 2018, S. 177 ff.; Bomhard, *Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation*, 2019, Rn. 260 ff.; Greef/Schroeder/Sperling, *Industrielle Beziehungen* 27 (2020), 205, 216; Latniak/Rosenbohm, in: Haipeter/Hoos/Rosenbohm (Hrsg.), *Arbeitspolitik in digitalen Zeiten*, 2021, S. 45 ff. („Ressourcen-Patchwork“); aus österreichischer Perspektive jüngst Gruber-Risak, *DRdA* 2024, 424 ff.

6 BRG 1920 und BetrVG 1952.

7 So heißt es in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG bündig: „In Betrieben mit in der Regel fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, werden Betriebsräte gewählt.“

8 Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 2006, Rn. 750a.

9 Die im Regierungsentwurf für ein BetrVG 1952 enthaltene Legaldefinition des Betriebs (§ 3 Abs. 1 BetrVG-E), die u.a. auf eine „räumliche Zusammenfassung“ abstellte (BT-Drs. 1/1546, 2), hat das Gesetzgebungsverfahren nicht überlebt.

Mitarbeitern mithilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.¹⁰ Das BAG knüpft hierdurch an Vorstellungen an, die sich über verschiedene Zwischenstationen¹¹ bis in die sozialversicherungsrechtliche Begriffsbildung des ausgehenden 19. Jahrhunderts zurückverfolgen lassen.¹² Jedenfalls in seinem Ausgangspunkt haftet dem von der Rechtsprechung verwendeten Betriebsbegriff daher immer noch das vergebliche Bemühen an, das Problem der Identifizierung betriebsratsfähiger Einheiten unter Heranziehung einer rechtsgebietsübergreifenden „objektiven“ Definition lösen zu wollen, anstatt den Betriebsbegriff von vornherein als einen Funktionsbegriff auszuweisen.

Stärker an der Teleologie des BetrVG ausgerichtet ist das von der Rechtsprechung in den 1980er Jahren entwickelte Kriterium des „einheitlichen Leitungsapparats“, das seither die Entscheidungspraxis beherrscht¹³ und sich auch im Schrifttum mehrheitlich durchgesetzt hat¹⁴. Danach kommt es maßgeblich darauf an, wo die einheitliche Leitung im Hinblick auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in sozialen und personellen (und damit beteiligungsrelevanten) Angelegenheiten angesiedelt ist.¹⁵ Dieser Fokussierung auf die arbeitgeberseitige Leitungsorganisation bei der Identifizierung von Betrieben und damit bei der Abgrenzung des Wahlkreises ist zugute zu halten, dass ihr an einer Entscheidungsnähe gelegen ist, also daran, den Betriebsrat möglichst nahe bei demjenigen Akteur anzusiedeln, der die Entscheidungen in den mitbestimmungsrelevanten Angelegenheiten¹⁶ tatsächlich trifft. Der Betriebsrat soll bei der Vertretung von Beschäftigtenanliegen nicht andauernd ins Leere laufen, indem er auf der Seite des Arbeitgebers keinen entscheidungsbefugten Ansprechpartner findet, sondern nur auf eine Marionette trifft, die ihm erklärt, in der fraglichen Angelegenheit leider nichts ausrichten zu können, was vor allem bei größeren und unübersichtlichen betrieblichen Strukturen zu kafkaesken Verhältnissen führen kann, die einer effektiven Betriebsratsarbeit abträglich sind.

Mit der Fixierung der Rechtsprechung auf den arbeitgeberseitigen Leitungsapparat werden allerdings die auf die Belegschaft bezogenen Aspekte nicht ausreichend berücksichtigt, obwohl das Betriebsverfassungsrecht gerade auf eine wirkungsvolle Artikulation von Beschäftigteninteressen abzielt. In dieser Hinsicht geht es vor allem um die (räumliche) Nähe als Voraussetzung für eine lebendige Kommunikation zwischen der Belegschaft und dem sie repräsentierenden Betriebsrat, die für eine erfolgreiche Betriebsratsar-

10 Exemplarisch BAG 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 Rn. 19; BAG 9.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906 Rn. 22; BAG 23.11.2016 – 7 ABR 3/15, NZA 2017, 1003 Rn. 31; BAG 28.4.2021 – 7 ABR 10/20, NZA 2021, 1646 Rn. 26 jeweils m.w.N.; für die h.L. repräsentativ Fitting, BetrVG, 32. Aufl., 2024, § 1 Rn. 93.

11 Insoweit wird regelmäßig auf Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926 = Festschrift für Viktor Ehrenberg, 1927, S. 1 ff., verwiesen; jüngst wieder Vogt, Betrieb und Betriebsteil als zweiteiliges Puzzle, 2024, S. 28: „Meilenstein des Betriebsverständnisses“; mit Recht relativierend aber DKW/Trümner, BetrVG, 19. Aufl., 2024, § 1 Rn. 40, 43; dazu auch Preis/Povedano Peramato, 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 571, 573.

12 Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 22 f., 48 ff.

13 Vgl. BAG 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498, 1499; BAG 7.8.1986 – 6 ABR 57/85, NZA 1987, 131; BAG 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, 708 und öfter.

14 Statt vieler Fitting (Fn. 10), § 1 Rn. 94.

15 Etwa BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20, NZA 2021, 1494 Rn. 33; BAG 21.6.2023 – 7 ABR 19/22, NZA 2023, 1414 Rn. 33.

16 §§ 87 ff., 92 ff. BetrVG.

beit unverzichtbar ist. So hat ein „naher“ Betriebsrat im Allgemeinen größere Chancen, von den Arbeitnehmer:innen als authentischer Repräsentant der eigenen Interessen angesehen zu werden, während ein „ferner“ Betriebsrat Gefahr läuft, als abgehoben oder sogar in der Nähe des Managements stehend zu erscheinen. Daneben fördert eine (räumliche) Verbundenheit beim unmittelbaren Arbeitsvollzug die Entstehung homogener Beschäftigteninteressen wie auch das Bewusstsein für die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Selbstermächtigung kraft betrieblicher Mitbestimmung. Darüber hinaus führt der Ansatz der herrschenden Meinung zu der misslichen Situation, dass die Basis der betrieblichen Interessenvertretung von Organisationsstrukturen abhängt, die vom Management einseitig gestaltet und im Grundsatz jederzeit verändert werden können.¹⁷ Ob eine dezentrale Interessenvertretung als Folge der Bestimmung des Betriebsbegriffs anhand von stärker auf die Belegschaft abstellenden Kriterien oder ob eine zentrale Interessenvertretung als Konsequenz einer Orientierung am arbeitgeberseitigen Leitungsapparat letztlich zu einer wirkungsvolleren Betriebsratsarbeit führt, ist freilich weder in die eine noch in die andere Richtung ausgemacht und lässt sich wohl auch nur im konkreten Einzelfall entscheiden.

Für den Sonderfall eines (betriebsratsfähigen) Betriebsteils im Sinne einer Einheit, die zwar der zentralen Leitung eines Hauptbetriebs unterliegt, aber doch über ein Mindestmaß an Verselbstständigung verfügt,¹⁸ hält § 4 Abs. 1 BetrVG eine Zusatzregel bereit. Sofern der Betriebsteil räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder mit Blick auf den Aufgabenbereich und die Organisation eigenständig¹⁹ ist, gilt er als selbstständiger Betrieb mit der Folge, dass grundsätzlich separate Betriebsratswahlen durchzuführen sind, die Arbeitnehmer:innen aber auch die Option haben, an der Betriebsratswahl im Hauptbetrieb teilzunehmen. Dies ermöglicht den betroffenen Beschäftigten, selbst darüber zu befinden, ob sie die Wahrung ihrer Interessen in die eigenen Hände nehmen oder sich lieber durch ein größeres Gremium mitvertreten lassen wollen.²⁰ Vor diesem Hintergrund hängt die Gründung eines Betriebsrats also nicht zwingend davon ab, dass die fragliche Einheit selbst die Merkmale eines Betriebs aufweist. Allerdings kommt es mittelbar doch wieder auf das Vorhandensein eines Betriebs an, weil von einem Betriebsteil nur dann gesprochen werden kann, wenn sich ein Hauptbetrieb identifizieren lässt. Dabei zeigt sich gerade am Kriterium der räumlichen Distanz zwischen dem Hauptbetrieb und dem Betriebsteil, für dessen Konkretisierung die Rechtsprechung teilweise akribisch auf die konkreten Verkehrsverbindungen abstellt,²¹ dass das Gesetz zumindest insoweit (auch) auf die Beschäftigtennähe und damit die Möglichkeit kurzfristiger und zeitlich nicht allzu aufwändiger persönlicher Kontakte zwischen dem Betriebsrat und der Belegschaft Wert legt. Für noch weiter von den „Normalstrukturen“ abweichende Gestaltungen enthält § 3 BetrVG umfassende Möglichkeiten, sich durch Tarifvertrag sowie teilweise auch

17 Vgl. Däubler (Fn. 8), Rn. 752ff.; DKW/Trümner (Fn. 11), § 1 Rn. 53 u. 57; grds. auch Gamillscheg, ZfA 1975, 357, 377 u. 398 f.; Joost (Fn. 12), S. 232 ff. u. 265 (letztere jeweils unter Betonung der räumlichen Verbundenheit der ausgeübten Tätigkeiten).

18 Siehe nur BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20, NZA 2021, 1494 Rn. 33.

19 Das BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20, NZA 2021, 1494 Rn. 30 spricht insoweit von einer „Leitungsmacht geringerer Qualität“.

20 Ob von dem Optionsrecht in der Praxis verstärkt Gebrauch gemacht wird, ist rechtstatsächlich bislang offenbar unerforscht, vgl. DKW/Trümner (Fn. 11), § 4 Rn. 101.

21 Vgl. etwa BAG 21.6.1995 – 2 AZR 783/94, Juris Rn. 31; BAG 17.5.2017 – 7 ABR 21/15, NZA 2017, 1282 Rn. 25.

durch Betriebsvereinbarung von den gesetzlichen Regelungen zu entfernen. Diese Option kann indes nur dann genutzt werden, wenn es entsprechende Sozialpartner gibt, die dazu willens und in der Lage sind. So scheidet insbesondere die Betriebsvereinbarung als Gestaltungsinstrument bei der besonders hindernisreichen erstmaligen Gründung eines Betriebsrats selbstredend aus.

II. Entbetrieblichung als Herausforderung für Betriebsratsgründungen

Das überkommene Bild der räumlichen Zusammenfassung einer Gruppe von Beschäftigten innerhalb einer Produktionsstätte unter einer ortsansässigen hierarchischen Leitung als Inbegriff eines traditionellen Betriebs entspricht vielfach nicht mehr der heutigen Arbeitsrealität. Allerdings darf man sich von der Diffusion des Arbeitsortes und der damit einhergehenden äußerlichen Entbetrieblichung nicht täuschen lassen. Modernere Formen der Wertschöpfung bringen Machtasymmetrien und Herrschaftsstrukturen keineswegs zum Verschwinden. Die mit dem Vordringen digitaler Technologien rapide angewachsenen technischen Möglichkeiten schlagen sich nicht selten sogar in einer stärkeren Zentralisierung der operativen Steuerung nieder, etwa durch die softwareunterstützte Erstellung von Einsatzplänen.²² Die Verlagerung in den Cyberraum bedeutet also nicht etwa, dass seitens des Managements keine Lenkung mehr erfolgt. Die zentrale Steuerung der Beschäftigten durch digitale Vorgaben und Kontrollen kann trotz der Invisibilisierung der Instrumente im Ergebnis sogar noch deutlich straffer ausfallen als in der „analogen“ Zeit, in der ein vor Ort befindlicher Vorgesetzter den Arbeitnehmer:innen hin und wieder über die Schulter schaute.

Freilich lässt sich in der gegenwärtigen Arbeitswelt auch ein Abbau vertikaler „Berichtslinien“ und eine Zunahme horizontal wirkender Mechanismen, etwa durch agile Arbeitsformen,²³ beobachten. Insbesondere hat der technische Fortschritt in den letzten Jahren als eine besondere Variante von Horizontalität bekanntlich die Plattformarbeit entstehen lassen, die Arbeitsprozesse atomisiert und an die Stelle einer vertikalen Struktur eine marktmäßige Koordination setzt.²⁴ Hierbei geht es den Betreibern externer Plattformen überwiegend darum, sich selbst nur als Intermediäre zu inszenieren und den Eindruck einer hierarchielosen Organisation von Arbeit zu erwecken, um auf diese Weise den Status der Tätigen als Arbeitnehmer:innen mitsamt der damit verbundenen sozialen Folgekosten zu vermeiden,²⁵ gleichzeitig aber kraft der geschaffenen digitalen Infrastruktur eine zum Teil engmaschige Steuerung und Kontrolle der Arbeitsverrichtungen durchzuführen sowie insbesondere dafür zu sorgen, dass alle Aufgaben auch ohne eine formale Zuweisung von irgendeiner über die Plattform arbeitenden Person erledigt werden.

22 Vgl. Mengel, Festschrift für Christine Windbichler, 2020, S. 309, 310, 317 u. 319.

23 Hierzu Krause, *Agile Arbeit und Betriebsverfassung*, 2021.

24 Dazu statt vieler Hertwig, *Berliner Debatte Initial 32* (2021), 41, 45 f.; Kirchner, *KölnZSoziol* 71 (2019), 3, 6 ff.; Kocher/Hensel, *NZA* 2016, 984, 985 ff.; Menz/Nies/Sauer, *PROKLA* 49 (2019), 181, 191 ff.; zum Crowdfunding eingehend Hensel/Koch/Kocher/Schwarz, *Industrielle Beziehungen* 23 (2016), 162 ff.

25 Anders aber mittlerweile die Plattform-Essenslieferdienste in Deutschland, die soweit ersichtlich zunehmend auf angestellte statt auf soloselbstständige Fahrer:innen setzen, vgl. Ewen, in: Ewen/Nies/Seeliger (Hrsg.), *Sozialpartnerschaft im digitalisierten Kapitalismus*, 2022, S. 145.

Illustrativ ist hierfür der Roamler-Fall des BAG, bei dem ein Plattformtätiger vom Plattformbetreiber durch die gezielte Schaffung von algorithmengesteuerten Anreizen auch ohne eine verbindliche Zuteilung von Aufgaben dazu gebracht wurde, innerhalb eines Zeitraums von rund elf Monaten über eine Smartphone-App nicht weniger als 2978 Mikrojobs in Form der Kontrolle eines ordnungsgemäßen Product-Placements in Verkaufsstätten auszuführen.²⁶ Die vom BAG vorgenommene Qualifikation des Beschäftigten als Arbeitnehmer hat den Plattformbetreiber im Übrigen umgehend zu einer Abschwächung seiner digitalen Anreizmechanismen veranlasst. Die Vermeidung der Übernahme von Arbeitgeberpflichten ist offenbar wichtiger als der Versuch, die Arbeitskraft der Auftragnehmer:innen faktisch ständig verfügbar zu halten.²⁷

Schon bei Gig-Work, bei der die Arbeitsleistungen im Anschluss an ein digitales Matching im analogen Raum (offline) erbracht werden, scheint es an einer Betriebsstätte und damit an einem Anknüpfungspunkt für eine Betriebsratsgründung zu fehlen.²⁸ Noch schwieriger wird die Ausgangslage, wenn alle wesentlichen Arbeitsprozesse nur noch im digitalen Raum (online) stattfinden. Dies kann bei Plattformarbeit in Gestalt von Crowd-Work der Fall sein, wenn es etwa um die Klassifizierung von Produkten oder die Korrektur von Datensätzen geht. Rein virtuelle Strukturen kommen aber auch bei anderen Arbeitsinhalten vor. Der Firmensitz besteht etwa lediglich in einer Registereintragung in München oder auf den Cayman Islands, während sämtliche Arbeitsprozesse von den Beschäftigten ortsungebunden im Homeoffice oder mobil vorgenommen werden. Die selbst in konventionellen Strukturen mit zahlreichen Hürden gespickte erstmalige Wahl einer betrieblichen Interessenvertretung²⁹ wird bei einer solchen Ausgangslage zu einer wahren Herkulesaufgabe,³⁰ fehlt mit einer lediglich virtuell verbundenen und nicht räumlich an einem Ort konzentrierten Belegschaft doch auf den ersten Blick ein hinreichendes soziales Substrat für eine erfolgreiche Betriebsratsgründung.³¹

Nun kann das Betriebsverfassungsrecht die faktische „Auflösung des Betriebes“³² als den „zentrale(n) Ort der Regulierung der konkreten Arbeitsbedingungen“³³ nicht verhindern, also – um ein auf den freiheitlichen Staat gemünztes Diktum abzuwandeln – nicht selbst die Voraussetzungen garantieren, von denen es lebt. Zwar ist es empirisch nicht eindeutig geklärt, welche Rolle gerade die aufgezeigten Strukturveränderungen für den als solchen unbestreitbaren Rückgang der Betriebsratsabdeckung³⁴ spielen.³⁵ In jedem Fall sollte der gesetzliche Rahmen für die Wahl einer betrieblichen Interessenvertretung aber so ausgestaltet sein, dass nicht nur die Arbeitnehmer:innen in traditionellen Betrieben, sondern alle Beschäftigten sich seiner bedienen können, um durch die Gründung eines Betriebsrats und damit durch die Nutzbarmachung institutioneller Macht

26 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

27 Vgl. Deinert, JZ 2024, 740, 743.

28 So Schreyer/Feist, AIS 17 (2024), 23, 26.

29 Siehe Artus/Kraetsch/Röbenack, WSI Mitteilungen 2016, 183 ff.

30 Dazu aus dem Organisationsbereich der IG Metall anschaulich der Praxisbericht von Blumenthal, WSI Mitteilungen 2024, 58 ff.

31 Vgl. Bomhard (Fn. 5), Rn. 319.

32 So bereits der Schlussbericht der Enquetekommission „Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“, BT-Drucksache 13/11004 v. 22.6.1998, S. 55.

33 So Trinczek, in: Böhle/Voß/Wachtler (Hrsg.), Handbuch Arbeitssoziologie, Bd. 2, 2. Aufl., 2018, S. 579, 579 f.

34 Siehe Ellguth/Kohaut, WSI Mitteilungen 2022, 328, 331 ff.

35 Insoweit zurückhaltend eher Ellguth/Trinczek, WSI Mitteilungen 2016, 172 ff.

ihre personale Freiheit besser wahren zu können. Etwaige Dysfunktionalitäten des Betriebsverfassungsrechts sollten daher durch neue Vorschläge zu dessen Auslegung und Fortbildung sowie notfalls durch eine Reform des geltenden Rechts ausgeräumt werden.

C. Lösungsansätze

I. Impulse aus Europa?

Für den zunehmend wichtiger werdenden Bereich der Plattformarbeit hätte man sich gewünscht, dass sich der europäische Gesetzgeber mit der keineswegs trivialen Frage auseinandersetzt, wie man den Betriebsbegriff bei dieser Form der Organisation von Erwerbsarbeit zu fassen hat, um eine rechtssichere Grundlage für die Wahl einer betrieblichen Interessenvertretung und damit für die Ausübung von Beteiligungsrechten zu schaffen. Trotz entsprechender Forderungen im Entstehungsprozess der Plattformarbeits-Richtlinie³⁶ ist es dazu in der endgültig beschlossenen Fassung indes nicht gekommen. Die Richtlinie (EU) 2024/2831 spricht in Art. 13 zwar davon, dass die Unterrichtung und Anhörung gemäß den Richtlinien 89/391/EWG (Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie), 2002/14/EG (Konsultations-Richtlinie) und 2009/38/EG (EBR-Richtlinie) unberührt bleiben sollen, enthält aber keine Hilfestellung zu den organisatorischen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Richtlinien. Ein Blick in die Konsultations-Richtlinie selbst führt ebenfalls nicht weiter. Art. 2 lit. b RL 2002/14/EG gibt einerseits einen allgemeinen Rahmen vor („Unternehmenseinheit, ... in der kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird“), der aber vergleichsweise abstrakt bleibt, während andererseits auf das nationale Recht verwiesen wird.³⁷ Konkretisierende Rechtsprechung des EuGH zur Konsultations-Richtlinie existiert soweit ersichtlich nicht. Auch die Judikatur zum Betriebsbegriff der Massenentlassungs-Richtlinie 98/59/EG,³⁸ sofern man sie überhaupt für übertragbar hält, liefert keine für digitale Strukturen verwertbaren Aussagen. Man kann sich also nicht zurücklehnen und auf eine Inspiration durch Europa bauen. Die erforderliche Konkretisierungsarbeit muss stattdessen auf der mitgliedstaatlichen Ebene vorgenommen werden.

II. Digitale Steuerung aus der Ferne

Schon mit Bordmitteln lassen sich Fälle der Entbetrieblichung infolge einer Steuerung von Betriebsstätten aus der Ferne mittels Informations- und Kommunikationstechnologie bewältigen, wie man sie beispielsweise bei Matrixstrukturen zumindest partiell beobachten kann, wenn Matrixmanager die ihnen unterstellten Beschäftigten von einer anderen Betriebsstätte oder dem Homeoffice aus – gegebenenfalls sogar aus dem Ausland

36 Vgl. Rainone, *Global Workplace Law & Policy* v. 14.6.2023, S. 3; dies., <https://verfassungsblog.de/more-than-formal-recognition/> v. 19.7.2023 (letzter Abruf am 6.12.2024).

37 Greiner, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2. Aufl., 2021, § 21 Rn. 8, schließt aus der Verweisung für die Umsetzung auf die Maßgeblichkeit des deutschen Betriebsbegriffs.

38 Vgl. EuGH 7.12.1995 – C-449/93, NZA 1996, 471 (Rockfon); EuGH 15.2.2007 – C-270/05, NZA 2007, 319 (Athinaiki Chartopoiia); EuGH 30.4.2015 – C-80/14, NZA 2015, 601 (USDaw).

– führen³⁹. Zwar hat das BAG im Zusammenhang mit der Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsteils teilweise vom (realen) Vorhandensein von wenigstens einer Person mit Leitungsmacht gesprochen.⁴⁰ Aus dem jeweiligen Kontext ergibt sich aber, dass es bei dieser „physischen Komponente“ stets um die Frage ging, welche Voraussetzungen genügen, um die Existenz eines Betriebsteils bejahen zu können. Wenn das BAG in einer Reihe anderer Entscheidungen für die Annahme eines Betriebsteils darauf abgestellt hat, dass überhaupt nur irgendeine Form einer institutionalisierten Leitungsmacht besteht, ohne dass insoweit zugleich vom Mindesterfordernis einer natürlichen Person vor Ort die Rede ist,⁴¹ mag man darin einen Fingerzeig sehen, dass es hierauf nicht entscheidend ankommt. Noch deutlicher heißt es in einem frühen Beschluss kurzerhand, dass es gleichgültig ist, ob der für einen bestimmten Betriebsteil zuständige Betriebsrat einen eigenen betrieblichen Sozialpartner als Gegenspieler hat.⁴²

Ein anschauliches und gar nicht einmal ganz neues Beispiel für eine ausreichende „Steuerung aus der Ferne“ lässt sich einer Entscheidung des LAG Baden-Württemberg entnehmen, in der es um die Frage der betriebsratsfähigen Organisationseinheiten bei einem Filialunternehmen mit immerhin knapp 10.000 Drogerien in Deutschland ging, das dreistufig in Verkaufsstellen, Bezirksleitungen und Verkaufsleitungen aufgebaut war. Dabei unterstand eine Anzahl von Verkaufsstellen jeweils einer Bezirksleitung, die zentrale Arbeitgeberfunktionen (Einstellungen, Entlassungen, Dienstpläne) wahrnahm, während mehrere dieser Bezirksleitungen jeweils einer Verkaufsleitung untergeordnet waren. Die Bezirksleitungen wiederum hatten keinen festen Sitz, sondern waren im Mobile Office tätig.⁴³ Das LAG Baden-Württemberg befand, dass es für den Betrieb (konkret im Sinne der Regelung über die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gemäß § 82 Abs. 1 ArbGG) nicht auf den (zufälligen) Sitz der Betriebsleitung, sondern darauf ankomme, in welchem Bezirk die Leitungsmacht wahrgenommen wird, anders gesprochen, wo sie auf die Beschäftigten „trifft“, also ohne Rücksicht auf die Frage, von wo aus die Leitungsmacht ausgeübt wird. Kurz und bündig heißt es in der Entscheidung, dass die Gerichte für Arbeitssachen im Hinblick auf die Identifizierung des Betriebs „an dieser technischen Entwicklung“ (sprich die Ausübung von Leitungsmacht aus dem Mobile Office via Kommunikationsmittel) „nicht vorbeigehen“ könnten.⁴⁴

39 Vgl. den Sachverhalt in LAG Baden-Württemberg 13.6.2024 – 3 TaBV 1/24, Juris Rn. 4.

40 BAG 19.2.2001 – 1 ABR 26/01, NZA 2002, 1300, 1301; BAG 15.12.2011 – 8 AZR 692/10, NZA-RR 2012, 570 Rn. 36.

41 Vgl. BAG 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 Rn. 19; BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20, NZA 2021, 1494 Rn. 33; BAG 21.6.2023 – 7 ABR 19/22, NZA 2023, 1414 Rn. 33.

42 BAG 23.9.1960 – 1 ABR 9/59, DB 1960, 1426, 1427.

43 Die weitere Besonderheit des Sachverhalts, dass es einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gab, der eine Vielzahl von Betriebsratsbezirken vorsah, die sich zumeist, aber nicht stets mit den Bezirken der jeweiligen Betriebsleitung deckten, spielt im vorliegenden Kontext keine Rolle.

44 LAG Baden-Württemberg 7.8.2009 – 3 SHa 2/09, LAGE § 82 ArbGG 1979 Nr. 2 unter II 3 b cc. Ein geschickter Schachzug zur Überwindung einer zersplitterten Organisationsstruktur ist es auch, wenn das ArbG Frankfurt 21.7.2009 – 12 BV 184/09, Juris (im Rahmen der Anfechtung einer Betriebsratswahl durch den Arbeitgeber) zwar in tradierten Bahnen argumentiert, dabei aber den (Register-)Sitz der Gesellschaft schlicht zum Hauptbetrieb erklärt, sodann auf den Betriebsteil umschwenkt (der im Vergleich zum Betrieb nur ein geringeres Maß an Leitung voraussetzt) und es schließlich als unerheblich ansieht, ob sich die dortige Leitung auf sämtliche Mitarbeiter der Einheit und nur auf diese Einheit oder gegebenenfalls auch auf weitere Beschäftigte bezieht.

III. Regionale Zusammenfassungen von Plattformtätigen

Schon seit einer Reihe von Jahren sorgen die Essenslieferdienste und damit die analoge Variante der Plattformarbeit nicht nur in Deutschland, sondern europaweit⁴⁵ und sogar global⁴⁶ verlässlich für kollektive Auseinandersetzungen, was vor allem an dem frühkapitalistischen Gebaren der Start-up-Entrepreneure in dieser Branche liegen dürfte. Dabei oszilliert die Stoßrichtung der kollektiven Gegenwehr der Plattformtätigen regelmäßig zwischen solchen Forderungen, die – durch die deutsche Brille betrachtet – eher in den Bereich der überbetrieblichen Setzung von tariflichen Mindestarbeitsstandards durch Gewerkschaften gehören,⁴⁷ und solchen Forderungen, die thematisch zur Betriebsverfassung zählen. Tatsächlich ist es seit 2017 in Deutschland trotz aller Widrigkeiten, etwa der Fragmentierung und Fluktuation der Beschäftigten, zu verschiedenen Betriebsratsgründungen im Bereich der Plattformlieferdienste gekommen und damit zu einer Form der Kollektivierung, die bewusst den gesetzlichen Rahmen des BetrVG und damit dessen institutionelle Machtressourcen zur Verfolgung betrieblicher Arbeitnehmerinteressen aktiviert.⁴⁸

Bekanntgeworden sind Betriebsratsgründungen sowohl bei Deliveroo als auch bei Foodora und Lieferando.⁴⁹ Wie kaum anders zu erwarten war, haben sich die Plattformbetreiber hiergegen mit Händen und Füßen gewehrt und sich dabei auch juristischer Mittel bedient. Soweit bekannt, hat Deliveroo die befristet abgeschlossenen Arbeitsverträge der Betriebsratsmitglieder nicht verlängert und hierdurch dem gewählten Betriebsrat den Teppich unter den Füßen weggezogen,⁵⁰ womit zugleich eine – freilich schon seit Langem bekannte – Lücke im System des Bestandsschutzes von Betriebsratsmitgliedern, die nach geltendem Recht nur gegen Kündigungen und Versetzungen geschützt sind,⁵¹ ausgenutzt wurde. Lieferando hatte mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung versucht die Betriebsratswahl zu stoppen, blieb damit aber erfolglos. Darüber hinaus wurden von Lieferando zunächst auch sonst alle Register gezogen, um gewählte Betriebsräte wieder loszuwerden, wobei das Unternehmen – mit deutschlandweit rund 7.000 Ridern unbestrittener Marktführer – mittlerweile allerdings offenbar eine konziliantere Haltung einnimmt.⁵²

Für Schlagzeilen hat weiter das 2020 gegründete Unternehmen Gorillas mit Sitz in Berlin und Lieferaktivitäten in zahlreichen deutschen Städten sowie einigen Städten im Ausland gesorgt, das 2024 den deutschen Markt wieder verlassen hat.⁵³ Der von Gorillas unternommene Versuch, die Wahl eines Betriebsrats für den Hauptstandort Berlin ebenfalls mithilfe einer einstweiligen Verfügung zu torpedieren, scheiterte. Die ausführlich begründete Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg lässt erkennen, dass

45 Zu den Protestbewegungen der Rider bei Deliveroo und Foodora Degner/Kocher, KJ 51 (2018), 247 ff.

46 Hierzu Umney et al., *Work, Employment & Society* 38 (2024), 3 ff.

47 Siehe dazu den Beitrag von Klengel in diesem Schwerpunktheft.

48 Hierzu eingehend Ewen (Fn. 25), S. 145 ff.

49 Siehe Heiland/Brinkmann, *Industrielle Beziehungen* 27 (2020), 120, 132 ff.

50 Haipeter/Hoose, *IAQ-Report* 5/2019, 16.

51 Vgl. § 103 Abs. 1 u. 3 BetrVG.

52 Siehe Schreyer/Feist, *AIS* 17 (2024), 23, 30 u. 32. Für Ende 2023 wurden immerhin 19 ordentlich gewählte Betriebsratsgremien gezählt.

53 [https://de.wikipedia.org/wiki/Gorillas_\(Unternehmen\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Gorillas_(Unternehmen)) (letzter Abruf am 6.12.2024).

sie mit der Zusammenfassung aller in Berlin rund 2.000 im operativen Bereich tätigen Mitarbeiter, d.h. der in den 18 Warehouses beschäftigten Picker sowie der mit den Auslieferungen betrauten Rider zu einem Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn vor dem Hintergrund der seinerzeitigen Führungsstruktur von Gorillas grundsätzlich keine Schwierigkeiten hatte.⁵⁴ Legt man zugrunde, dass die digitale Steuerungs- und Kontrollarchitektur von Gorillas deutschlandweit ausgerollt worden ist, hätte man auf den ersten Blick sogar darüber nachdenken können, ob nicht sogar alle Picker und Rider in Deutschland einen einheitlichen Betrieb konstituieren. Da angesichts der jeweils nur in einem begrenzten regionalen Umfeld möglichen Ausführung von Lieferdiensten durch Rider anzunehmen ist, dass eine den jeweiligen lokalen Verhältnissen angepasste Steuerung erfolgt, spricht indes mehr dafür, lediglich die Gesamtheit der in einer Stadt bzw. Region tätigen Beschäftigten als Betrieb, mindestens aber als einen betriebsratsfähigen Betriebsteil zu qualifizieren. Im konkreten Fall stritten die Beteiligten ohnehin nicht über eine Ausdehnung, sondern gerade umgekehrt über eine Einschränkung des Betriebs aufgrund einer Aufspaltung der Aktivitäten von Gorillas selbst innerhalb Berlins in kleinere Einheiten.

Eine Fortführung dieses Gedankens lässt sich einer aktuellen Entscheidung des ArbG Aachen entnehmen, nach der die rund 105 Rider in einem bestimmten Lieferbezirk zwar keinen eigenständigen Betrieb, wohl aber einen Betriebsteil im Sinne von § 4 Abs. 1 BetrVG bilden und infolge der weiteren Voraussetzung einer hinreichend großen Entfernung sowohl von der Unternehmenszentrale als auch vom nächsten größeren Betrieb deshalb einen separaten Betriebsrat wählen können.⁵⁵ Der maßgebliche und weiterführende Aspekt liegt auch hier wieder darin, dass der Arbeitseinsatz der Rider im fraglichen Bezirk überwiegend über eine App gesteuert wird und es keine Rolle spiele, an welchem Ort sich die disziplinarischen Vorgesetzten der Rider aufhalten. Die Entscheidung verneint zwar das Vorliegen eines eigenständigen Betriebs, weil innerhalb des fraglichen Lieferbezirks kein arbeitgeberseitiger Leitungsapparat installiert wurde. Für die anschließende Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsteils verknüpft sie aber recht geschickt den Arbeitnehmerbezug (im Lieferbezirk sei ein abgrenzbarer Stamm an Ridern tätig) mit der institutionalisierten Leitung „im“ Lieferbezirk, weil hierfür eine Steuerung von außen ausreiche. Das Konzept mag noch nicht völlig ausgereift erscheinen: Warum soll es zwar nicht für den Betriebsteil, wohl aber für den Betrieb eine Rolle spielen, wo die Steuerungsinstanz angesiedelt ist? Mit der Entkoppelung von Sender und Empfänger der Steuerung und dem Abstellen auf den Ort, wo die Steuerung auf die Beschäftigten trifft, wird diese „Impact“-Theorie den Eigenheiten einer digitalen Steuerungs- und Kontrollarchitektur qua Smartphone-App aber gerecht.

54 LAG Berlin-Brandenburg 23.11.2021 – 13 TaBVGa 1534/21, NZA-RR 2022, 136. Dazu Gilsbach, KJ 55 (2022), 248 ff. Dem sich bei Plattformarbeit vielfach zusätzlich stellenden Problem, ob Plattformtätige als „Selbstständige“ und nicht als Arbeitnehmer mit der Folge zu qualifizieren sind, dass sie aus dem personalen Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts herausfallen (vgl. §§ 5, 7 BetrVG), soll hier nicht nachgegangen werden.

55 ArbG Aachen 23.4.2024 – 2 BV 56/23, NZA-RR 2024, 422 Rn. 40 ff.

IV. Virtuelle Betriebe

Mit diesem Ansatz dürfte man auch dann weiterkommen, wenn überhaupt keine stationäre Betriebsstätte mehr existiert, sondern sämtliche relevanten Arbeitsprozesse in den virtuellen Raum verlagert werden. Dies gilt zunächst dann, wenn man es mit einer konventionelleren Form der Arbeitsorganisation (etwa Projektgruppen)⁵⁶ zu tun hat. In einem solchen Fall liegt es wiederum nahe, danach Ausschau zu halten, welche Beschäftigten zur selben virtuellen Arbeitsorganisation gehören, indem sie zumindest für eine gewisse Dauer vom selben Vorgesetzten mit Zuständigkeit für soziale und personelle Angelegenheiten von wo auch immer zusammengehalten und über Kommunikationstechnologien gesteuert werden.⁵⁷

Dies kann infolge des technischen Fortschritts mittlerweile auch in der Weise erfolgen, dass sämtliche im Inland tätigen Arbeitnehmer:innen ausschließlich aus dem Ausland, möglicherweise sogar aus dem außereuropäischen Ausland, gelenkt werden. Für diese Gestaltung hat man schon frühzeitig die Gefahr an die Wand gemalt, dass es dann an einem Betrieb im Inland fehlt und aus diesem Grund kein Anknüpfungspunkt mehr für eine Betriebsratswahl vorhanden ist,⁵⁸ weil es für die Anwendbarkeit des BetrVG nach den Regeln des internationalen Betriebsverfassungsrechts eines Betriebs im Inland bedarf.⁵⁹ Der Versuch, in einem derartigen Fall doch noch einen Restposten an im Inland aktiv ausgeübter Leitungsmacht auszumachen, um darauf das Vorhandensein eines Betriebs zu stützen,⁶⁰ wirkt sympathisch, hilft jedoch zumindest dann nicht weiter, wenn sämtliche Beschäftigten tatsächlich unmittelbar nur durch eine im Ausland angesiedelte Führungskraft gelenkt werden.

Die Probleme verringern sich dagegen entscheidend, wenn man darauf abstellt, dass die Steuerungswirkung im Inland auf die Arbeitnehmer:innen trifft und dadurch hierzulande den freiheitsverkürzenden Effekt entfaltet, dem das Betriebsverfassungsrecht entgegentreten will. Kurzum: Das Kriterium der institutionellen Leitungsmacht lässt sich auch in digitalen Strukturen fruchtbar machen, wenn man nicht länger nach einem Ort sucht, an dem die Leitungsmacht aktiv ausgeübt wird, sondern stattdessen darauf abstellt, welche Beschäftigtengruppen die Steuerung in einer vergleichbaren Weise passiv trifft.⁶¹

Einen Schritt in diese Richtung will offenbar auch der DGB-Entwurf aus dem Jahr 2022 gehen, wenn er den Betrieb als eine unterscheidbare Einheit definiert, die zur Erledigung einer oder mehrerer Aufgaben bestimmt ist und die über eine Gesamtheit von Arbeitnehmer:innen sowie in der Regel über technische Mittel und über eine organisa-

56 Vgl. das aus der Begleitung mehrerer Betriebsratsgründungen gebildete fiktive Beispiel von Blumenthal, WSI Mitteilungen 2024, 58, 59.

57 Maschmann, 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 463, 469.

58 Wolmerath, Festschrift für Wolfgang Däubler, 1999, S. 717, 726.

59 Siehe nur Deinert, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 17 Rn. 10 u. 19, häufig ungenau „Territorialitätsprinzip“ genannt; ders., Festschrift für Franz Marhold, 2020, S. 457, 458 ff.

60 LAG Hessen 13.4.2011 – 8 Sa 922/10, Juris Rn. 29 f.; Däubler, 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 115, 124; Däubler/Kittner, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung, 2. Aufl., 2022, S. 623; Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 47 ff.

61 In traditionellen Bahnen denkend dagegen das ArbG Mannheim 7.12.2006 – 14 BV 8/06, Juris Rn. 38, wenn eine einheitliche Leitung von Außendienstbeschäftigten durch einen Manager aus Belgien für die Annahme eines Betriebsteils gerade nicht ausreichen soll.

torische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt.⁶² Mit den Kriterien der „unterscheidbaren Einheit“ und der „organisatorischen Struktur“ scheint der Entwurf aber davon zurückgeschreckt zu sein, unter dem Leitgedanken, den Betriebsrat ausschließlich als Handlungsorganisation der Arbeitnehmerseite zu begreifen, noch prononcierter auf die „Gesamtheit von Arbeitnehmer:innen“ abzustellen, um auch in weitgehend konturenlosen Wertschöpfungsstrukturen einen „Betrieb“ als Anknüpfungspunkt für die Wahl eines Betriebsrats identifizieren zu können. Für eine Bewegung in diese Richtung lässt sich wohl nicht nur die häufig in den Vordergrund gestellte Notwendigkeit einer lebendigen Kommunikationsbeziehung zwischen dem Betriebsrat und den Beschäftigten als Voraussetzung für eine effektive Betriebsratsarbeit anführen. Vielmehr geht es auch um eine gewisse Homogenität der Arbeitnehmerinteressen, die überhaupt erst dazu führt, dass in der Belegschaft der Wunsch nach einer kollektiven Interessenvertretung entsteht. Sofern keine gemeinsamen Erfahrungen analoger Tätigkeit mehr gemacht werden und sich Beschäftigte im Extremfall ausschließlich am Bildschirm begegnen, wird es nicht selten schwierig sein, übereinstimmende Vorstellungen über eine kollektive betriebliche Interessenvertretung zu entwickeln, wobei diese Schwierigkeiten noch zunehmen dürften, je größer und disparater die Arbeitnehmergruppe ist.⁶³ Auch muss ein trotz dieser Widrigkeiten gewählter Betriebsrat bei stark divergierenden Beschäftigteninteressen erhebliche – zeitliche und wohl auch emotionale – Ressourcen in den horizontalen Ausgleich dieser Interessen investieren, die für die anschließende vertikale Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberseite dann nicht mehr zur Verfügung stehen.

Lässt sich bei rein digitalen Arbeitsstrukturen eine (betriebsratsfähige) Beschäftigtengruppe identifizieren, bei der die Lenkung ebenso wie Entscheidungen über soziale und personelle Aspekte an einem Punkt dauerhaft oder zumindest für einen nicht unerheblichen Zeitraum zusammenlaufen, ist diese Gruppe von Arbeitnehmer:innen als Betrieb zu qualifizieren und damit zur Wahl eines Betriebsrats berechtigt. Insoweit knüpft der Betriebsrat gleichsam als „digitaler Zwilling“ an die vom Arbeitgeber geschaffene virtuelle Struktur an. Sofern verfestigte Untergruppen von Beschäftigten existieren, kann man zudem daran denken, die Regelung des § 4 Abs. 1 BetrVG über betriebsratsfähige Betriebsteile zu mobilisieren. Diese Vorschrift sollte als Instrument verstanden werden, sich bei der Bestimmung der betriebsratsfähigen Einheit partiell von den organisatorischen Vorgaben des Arbeitgebers zu lösen. So ist der Begriff des Betriebsteils sprachlich offen genug, um eine Gesamtheit von Arbeitnehmer:innen zu bezeichnen, die sich in einer vergleichbaren Interessenlage befindet, weil sie anders als die übrige Belegschaft in einer qualifizierten Weise zusammenarbeitet. Dabei sollte man nicht krampfhaft zusätzlich nach einer zentralen Anlaufstelle suchen, um diese Gruppe überhaupt als Betriebsteil einstuft zu können. Soweit es um die weiteren Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 BetrVG geht, knüpft die zweite Variante allerdings wieder an die arbeitgeberseitige Organisation an, wodurch der Betriebsteil-Betriebsrat vom Arbeitgeber abhängig wird, der diesem den Boden unter den Füßen entziehen kann. Dass die Grundlagen der Betriebsratsarbeit hierdurch gleichsam zur Disposition des Arbeitgebers stehen, ist unbefriedigend, wobei die Zweifel noch wachsen, wenn es um digitale und dadurch tendenziell eher fluide Steuerungsformen geht, lässt sich im Rahmen des gegenwärtigen Wortlauts von § 4 Abs. 1

62 DGB, Betriebliche Mitbestimmung für das 21. Jahrhundert, Gesetzentwurf für ein modernes Betriebsverfassungsgesetz, AuR-Sonderausgabe, April 2022, § 1 Abs. 3 des Entwurfs.

63 Vgl. Artus/Kraetsch/Röbenack (Fn. 3), S. 205 ff.

Nr. 2 BetrVG aber nicht vermeiden. Dagegen ist die erste Variante, die räumlich weite Entfernung vom „Hauptbetrieb“ bei rein virtuellen Arbeitszusammenhängen von vornherein funktionslos, weil es keine Rolle spielt, ob die für ein bestimmtes Projekt für einen längeren Zeitraum zusammengeführten Beschäftigten ihr Homeoffice allesamt weit entfernt vom Hauptbetrieb haben. Daher sollte man es für einen betriebsratsfähigen Betriebsteil zwecks Stärkung der Belegschaftsautonomie infolge der erwähnten Optionsbefugnis ausreichen lassen, dass überhaupt eine Gruppe von Arbeitnehmer:innen identifiziert werden kann, die sich im Hinblick auf ihre Interessen vom Rest der Belegschaft unterscheidet.⁶⁴

Mit diesen Überlegungen gelangt man auch bei ausschließlich digitalen Arbeitsplattformen selbst dann zu angemessenen Ergebnissen, wenn sich eine wie auch immer geartete einheitliche Leitung (ausnahmsweise) nicht ausfindig machen lässt. Angesichts der vollständigen Ortsungebundenheit der Aufgabenerledigung spricht alles dafür, bei einer bundesweit zum Einsatz kommenden digitalen Architektur sämtliche über diese Plattform arbeitenden Personen zusammenzufassen und somit als Betrieb die Gesamtheit der dauerhaft im Inland tätigen Plattformbeschäftigten⁶⁵ anzusehen.⁶⁶ Die in einer bestimmten Region ansässigen Beschäftigten zu einem eigenständigen Betriebsteil zusammenzufassen, ergibt, anders als bei den rund 105 in einem bestimmten Bezirk tätigen Ridern, bei rein virtueller Arbeit dagegen keinen Sinn.

V. Überlappende Arbeitsstrukturen

Um sich nicht in Uferlosigkeiten zu verlieren, soll hier nicht für alle denkbaren Konfigurationen ein Lösungsvorschlag entwickelt werden. Eine Erwähnung wert sind abschließend aber diejenigen Konstellationen, in denen verschiedene Strukturelemente kombiniert werden. So kommt es durchaus vor, dass ein Teil der Belegschaft eines traditionellen Betriebs noch in herkömmlichen vertikalen Strukturen arbeitet, während ein anderer Teil der Beschäftigten in ein betriebs- bzw. unternehmens- oder sogar konzernübergreifendes horizontal strukturiertes Netzwerk umfassend eingebunden ist. Für sämtliche im Rahmen des Netzwerks tätigen Arbeitnehmer:innen ist daher an die Schaffung eines „Netzwerkbetriebsrats“ zu denken. Ein solcher Betriebsrat wäre dann nur für die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zuständig, welche die Netzwerkbeschäftigten als

64 Um durch die verringerten Anforderungen an einen Betriebsteil in rein virtuellen Arbeitsstrukturen nicht zur Ausdehnung betriebsratsfreier Zonen beizutragen, wäre zudem zu überlegen, das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 4 Abs. 1 BetrVG umzukehren, also im Grundsatz eine gemeinsame Wahl vorzusehen, der betroffenen Teilbelegschaft aber die Option einer separaten betrieblichen Interessenvertretung einzuräumen. Für ein solches Modell bei Vorliegen einer „betriebsverfassungsrechtlichen Interessengemeinschaft“ nunmehr Vogt (Fn. 11), S. 250 ff.

65 Kollisionsrechtlich ist die darin liegende Anknüpfung an den Lageort des Betriebs unproblematisch, vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 17 Rn. 10 ff.

66 Insoweit lohnt ein Seitenblick auf die Judikatur des BAG zum Betrieb i.S.v. § 24 Abs. 2 KSchG, nach der die Gesamtheit der im Inland stationierten Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsunternehmens einen Betrieb bildet, ohne dass es einer im Inland ansässigen Leitung oder Organisationsstruktur bedarf, vgl. BAG 1.6.2023 – 2 AZR 150/22, NZA 2023, 1396 Rn. 36; BAG 29.5.2024 – 2 AZR 325/22, NZA 2024, 1136 Rn. 9. Auch wenn nicht verkannt werden soll, dass die Norm eine Fiktion aufstellt, zeigt sich an ihr doch die zwanglose Möglichkeit einer den Besonderheiten betrieblicher Strukturen angemessenen Rechtsbildung.

solche betreffen. Für Angelegenheiten, die lediglich einen der am Netzwerk beteiligten Betriebe berühren, läge die Zuständigkeit dagegen nach wie vor beim dort gebildeten Betriebsrat. Zwar bemüht sich die Rechtsprechung, bei der Abgrenzung von Betrieben und Betriebsteilen überlappende Betriebsratszuständigkeiten zu vermeiden, die nur zur „Gefahr einer unerquicklichen Rivalität“ führen würde.⁶⁷ Sofern der Arbeitgeber komplexe Arbeitsstrukturen ins Leben ruft, führt an korrespondierenden und daher ebenfalls komplexen Betriebsratsstrukturen aber kein Weg vorbei.⁶⁸

VI. Diversifizierung des Betriebsbegriffs

Die bisherigen Überlegungen lassen die Frage aufkommen, ob die Zukunft nach dem Motto „One size fits all“ überhaupt in einem einheitlichen Betriebsbegriff liegt. Sofern infolge der unaufhörlichen Dynamik der kapitalistischen Wirtschaft im Sinne einer „fortwährenden Umwälzung der Produktion“ ständig neuartige betriebliche Wertschöpfungsregime entstehen, es daneben aber nach wie vor auch zahlreiche traditionell geführte betriebliche Einheiten gibt, spricht einiges dafür, die Anstrengungen nicht darauf zu konzentrieren, alle diese Erscheinungsformen krampfhaft unter eine Einheitsdefinition zu fassen, die dann notgedrungen blass bleibt. Vielmehr erscheint es vorzugswürdig, an unterschiedlichen Ausprägungen des Betriebsbegriffs zu arbeiten, um hierdurch auch in zunehmend durch digitale Steuerungsmechanismen sowie durch horizontale Strukturen geprägten Wertschöpfungszusammenhängen die rechtlichen Hürden für die Wahl von Betriebsräten möglichst gering zu halten. Dies muss nicht auf die Wiederbelebung eines bunten Straußes an Merkmalen hinauslaufen, wie er in einer Frühphase vom BAG entwickelt worden war.⁶⁹ Wohl aber sollte künftig stärker wertend darüber entschieden werden, auf welches Element es im Einzelfall vorrangig ankommt, auf die arbeitgeberseitige Leitungsorganisation (Entscheidungsnähe) oder auf ein (mögliches) Interesse der Arbeitnehmer:innen an kleineren und homogenen Einheiten (Beschäftigtennähe),⁷⁰ wobei gerade die Regelung des § 4 Abs. 1 BetrVG einen im Grundansatz gelungenen Mechanismus enthält, um der Belegschaft diejenige Organisation ihrer betrieblichen Interessenvertretung zu ermöglichen, die ihren konkreten Bedürfnissen am ehesten entgegenkommt.⁷¹

67 So bereits BAG 23.9.1960 – 1 ABR 9/59, DB 1960, 1426, 1427.

68 Bei innerhalb des Unternehmens bzw. Konzerns verbleibenden kumulativen Arbeitsstrukturen kommen auch Gesamt- bzw. Konzernbetriebsvereinbarungen in Betracht, die den Nutzern etwa einer Plattform zusätzliche Beteiligungsmöglichkeiten verschaffen, vgl. Greef/Schroeder/Sperling, Industrielle Beziehungen 27 (2020), 205, 219, zu entsprechenden Regelungen bei Bosch und dem Berliner Energiedienstleister Gasag.

69 BAG 1.2.1963 – 1 ABR 1/62, DB 1963, 662, 663 f.

70 In diesem Sinne auch eine neuere Strömung im Schrifttum, vgl. Bialeck/Hanau (Fn. 5), S. 177, 187 f. („Typus“); Preis/Povedano Peramato (Fn. 11), S. 571, 583 f. („wertende Gesamtbetrachtung“).

71 Keine tragfähige Lösung dürfte dagegen die Transformation des Betriebsrats zu einem Unternehmensrat darstellen, der schlicht sämtliche Beschäftigten vertritt, die einen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmensträger geschlossen haben. Abgesehen von der Frage der Eingliederung von vertragslosen Beschäftigten (Leiharbeiternehmer) können rechtliche Strukturen noch sehr viel leichter als tatsächliche Strukturen geändert werden. Mit einem „Klassenkampf über das Handelsregister“ ist indes niemandem gedient. Abl. auch Bomhard (Fn. 5), Rn. 340.

E. Resümee

Die Zeiten, in denen der Betrieb als Basisbegriff des Betriebsverfassungsrechts schlicht mit einer räumlich-gegenständlichen Produktionsstätte und einer darin tätigen hierarchisch gegliederten Belegschaft gleichgesetzt werden konnte, gehören schon lange der Vergangenheit an. Digitalisierte Arbeitsstrukturen und neue Organisationsformen haben dieses Bild zunehmend verblassen lassen. Das normative Konzept des Betriebs muss diesen neuen Gegebenheiten Rechnung tragen, um in einer veränderten Arbeitswelt weiterhin als brauchbare Grundgröße für die Bildung von Betriebsräten zu dienen, mit denen die Beschäftigten ihre durch die Einfügung in vorgegebene Arbeitszusammenhänge eingeschränkte Entfaltungsfreiheit mittels des Rückgriffs auf ein Arrangement institutioneller Machtinstrumente bis zu einem gewissen Maß wiedergewinnen wollen. Hierbei geht es nicht um die Entwicklung eines „wahren“ Betriebsbegriffs. Vielmehr ist das Ziel schon, aber eben auch erst dann erreicht, wenn der Begriff des Betriebs bzw. des Betriebsteils auch bei digitalen Arbeitsstrukturen „funktioniert“. Dass die Erfahrung von Selbstwirksamkeit und Demokratie am Arbeitsplatz auch der politischen Demokratie zugutekommt,⁷² ist dabei ein in diesen Zeiten mehr als willkommener Nebeneffekt.

72 Vgl. Jirjahn/Le, *Annals of Public and Cooperative Economics* 95 (2024), 5, 9 ff. Zur Problemanalyse Honneth, *Der arbeitende Souverän*, 2023, S. 377: „Wer bei der Arbeit und am Arbeitsplatz nur als jemand behandelt wird, der Anordnungen des Managements oder Arbeitgebers stumm und widerspruchslos auszuführen hat, wird bei Betreten der öffentlichen Bühne demokratischer Auseinandersetzungen nicht schlagartig das eigene Selbstverständnis dahingehend ändern können, ab sofort nun ein mündiger Bürger, eine mündige Bürgerin zu sein.“

Andreja Schneider-Dörr

Von Arbeitnehmern und Plattformen

– Was hat die „Crowdworker-Entscheidung“ des BAG vom 01.12.2020
9 AZR 102/20 mit sich gebracht?

I. Plattformarbeit – eine neue Arbeitsorganisationsform schleift den Arbeitnehmerbegriff

Im Fokus der „Crowdworker-Entscheidung“ des BAG vom 1. Dezember 2020 stand eine neue Arbeitsorganisationsform: Plattformarbeit. Plattformen wie Airbnb, Uber (-Eats), Didi (Chinas Uber), Flink, Wolt, Helpling, Upwork, Roamler, Clickworker, TikTok etc. eröffnen den Zugang zu einer Vielzahl von Annehmlichkeiten wie Wohnen, Transport, Essen, Arbeitskräfte und Informationen aller Art. Sie nutzen Aktiva wie Wohnungen, Fahrzeuge oder die Arbeitskraft eines Menschen, und das Internet erweist sich dabei als der mächtigste Mechanismus, um Angebot und Nachfrage zusammenzubringen. Mögen die Plattformen noch so unterschiedlich sein, in ihrem Kern greifen viele auf ähnliche Strukturen zurück: Es gibt Suchende und Anbietende, dabei ist die Plattform als Intermediärin in der Mitte und steuert das Verhalten auf beiden Seiten, weil ihr Hauptziel eine erfolgreiche Interaktion zwischen Angebot und Nachfrage ist.¹ Diese Steuerungsfunktion wird u.a. durch das sog. algorithmische Management vermittelt und lässt neue Machtfragen aufkommen.²

Die Frage, die das Bundesarbeitsgericht zu klären hatte, war jedoch eine alte Bekannte: Wann ist jemand Arbeitnehmer:in?

Dem Thema kann man sich aus unterschiedlichen Perspektiven nähern. Auch der diesjährige 74. Deutsche Juristentag (Abteilung Arbeits- und Sozialrecht) nimmt sich der Frage an: „Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehlt sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs?“³

Das Thema ist in verlässlichen Zyklen auf der Agenda von Wissenschaft und Politik.⁴ Das neu entflammte Interesse am Thema dürfte daran liegen, dass national wie interna-

1 Choudary et. al., Die Plattform-Revolution, mitp 2017.

2 Das verstehen von Beginn der Diskussion: Hensel/Kocher, NZA 2016, 984; Kocher, ZEuP 2021, 606.

3 Rolfs, 74. Deutscher Juristentag Stuttgart 2024 Bd. I: Gutachten Teil B: Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehlt sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs?

4 Eckpunkte des BMAS für „Faire Arbeit in der Plattformökonomie“, abrufbar unter: <https://www.denkfabrik-bmas.de> (Zugriff am 31.08.2024); Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 72.

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-481

tional mehrere Entscheidungen zur Plattformarbeit ergangen sind.⁵ Ein Blick in die europäische Rechtsprechung zeigt, dass es mittlerweile über 890 Entscheidungen gerichtliche und behördliche Entscheidungen aus dem Bereich der Plattformarbeit gibt.⁶ Im Zuge dieser Entscheidungen und der gesellschaftlichen wie fachlichen Diskussionen nahm das Europäische Parlament wiederum nach einer Vielzahl von Änderungen und Verhandlungen, die Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (Plattformarbeits-RL) am 24.04.2024 an.⁷

Wer sich mit der Begriffsfindung im Arbeitsrecht befasst, merkt schnell, dass man den Arbeitnehmerbegriff eigentlich nicht isoliert betrachten kann. Juristische Methodenlehre⁸, Nachbardisziplinen wie das Sozialversicherungsrecht, aber auch andere wissenschaftliche Disziplinen wie Soziologie, Philosophie und Linguistik sollten berücksichtigt werden – auch wenn das in der Praxis leichter gesagt ist, als getan.⁹ Der Wunsch nach einem tiefen Verständnis rührt daher, dass der Schutzbereich des Sozialversicherungs- und Arbeitsrechts immer noch am sichersten über den Arbeitnehmerbegriff vermittelt wird. Es ist angemessen danach zu fragen, ob dieses typologische Vorgehen¹⁰ zu richtigen Ergebnissen führt ist. Unser Verständnis von Arbeit ist stark durch die Industrialisierung gezeichnet. Die Prägung des Arbeitnehmerbegriffes lief entlang der physischen Gegebenheiten der Industrialisierung: Betrieb, Arbeitsstätte, Persönliche Abhängigkeit, Organisation durch Weisung und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sind hierbei die gängigen Schlagworte. Man liest diese Begriffe nicht nur, sondern spürt regelrecht ihre hierarchische Schwere. In dem Umfang, wie sich Arbeit gerade durch Organisation auf einer Plattform verändert, unterliegt der Arbeitnehmerbegriff einem Anpassungsdruck, wenn er eine Abgrenzungsfunktion erfüllen und nicht nur eine vage Orientierung geben soll.

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts lag insofern auch eine Bewährungsprüfung, ob der Arbeitnehmerbegriff anschlussfähig für die Erfassung neuer Arbeitsorganisationsformen ist.

- 5 Cour de Cassation, chambre sociale 28.11.2018 N. 17 20.079 D. c/L.; Supreme Court of the United Kingdom, *Uber BV an others v Aslam*, 2021 UKSC 5, 94-96; EuGH C-692/19, *Yodel Delivery Network*, ECLI:EU:C:2020:288, Rn. 27; kritisch zum Ergebnis des EuGH: *Gruber-Risak*, AuR 2020, 524; *Warter*, DRdA 2021/10, 127 (127). Wertvoll der Beitrag von: *Hießl*, Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions; Forthcoming, *Comparative, Labour Law & Policy Journal* (2021, der aktualisiert und weitergeführt wird und auch die Entscheidungen bis März 2024 berücksichtigt) (verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=3839603>, abgerufen am 12.10.2024).
- 6 Den bisher umfassendsten und aktuellsten Überblick gibt hier: *Hiessl*, SR 2024, S. 128 mit Verweis auf <https://ssrn.com/abstract=3839603>.
- 7 Fischels/Sokoll, NZA 2024, S. 721 (722).
- 8 Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988.
- 9 Beispiel, dass es funktioniert: *Hensell et. al.*, Selbstständige Unselbstständigkeit, Nomos 2019; *Kocher*, SR 2022, 125 (128 f.); ebenfalls unter best. Voraussetzungen: Wank, NZA 2024, 1094 (1097).
- 10 Hierzu: Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988; Fischels, Arbeitnehmerbegriff, Nomos 2019; *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie, Nomos 2021, S. 159 ff. open access über Nomos verfügbar (aaO.).

II. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 01.12.2020 – 9 AZR 102/20

1. Sachverhalt

Ein Mann arbeitete bei einer Plattform, die sich darauf spezialisiert hatte, Warenpräsentationen in Supermärkten und Tankstellen zu überprüfen. Der *Business Case* der Plattform ist, dass Unternehmen nicht immer wissen, wie ihre Waren am sogenannten *Point of Sale* vermarktet werden; um das zu überprüfen, geben sie einen Gesamtauftrag an die Plattform.

Dort wird dieser in viele kleine Aufträge aufgeteilt, die über das ganze Land verteilt und in einer Vielzahl von Supermärkten und Tankstellen erledigt werden können. Im Grunde genommen eine einfache Idee, während sonst eine Schar von Außendienstmitarbeiter:innen die Tankstellen und Supermärkte landauf und -abwärts besuchen müsste, kann die „Crowd“ vor Ort die Aufgaben übernehmen. Wer bei der Plattform angemeldet ist, entsprechende Schulungen über die App absolviert sowie genügend virtuelle Fleißpunkte gesammelt hat, kann Geld verdienen, indem er/sie die gewünschten Produkte abfotografiert und bestimmte Fragen dazu beantwortet. Die Bezahlung liegt zwischen 2 bis 16 EUR pro Auftrag, wobei die Höhe der Bezahlung zum einen mit der Komplexität des Auftrags und zum anderen mit der Höhe der eigenen Erfahrungspunkte zusammenhängt. Je mehr Aufträge man absolviert, desto mehr besser bezahlte Aufträge bekommt man angezeigt. So werden Anreize gesetzt, viele Aufträge auszuführen und damit künftig bessere Verdienstmöglichkeiten zu bekommen.

Im Fall, der vor dem BAG verhandelt wurde, arbeitete der Kläger seit etwa 15 Monaten auf der Plattform mit einem durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitsaufwand von ca. 20 Stunden und erzielte damit eine durchschnittliche monatliche Vergütung in Höhe von rund 1.750,00 Euro. Anlass seines Begehrens war, dass der Kläger nach Ankündigung in einer Email von einem Tag auf den anderen von der Plattform deaktiviert wurde und nicht mehr auf der Plattform arbeiten konnte.

Der Kläger verfolgte mit der Klage die Klärung, ob er nicht Arbeitnehmer der Plattform gewesen sei. Die ersten zwei Instanzen wiesen die Klage ab.¹¹ Das BAG sah den Kläger jedoch als Arbeitnehmer. Maßgeblich waren für das BAG drei Dinge:

1. Das Benutzerkonto der App war nicht übertragbar, d.h. die Aufträge mussten persönlich von dem Kläger durchgeführt werden;
2. die Tätigkeiten waren einfach gelagert, es bedurfte schlicht keiner weiteren Weisung, und
3. die Arbeitsschritte waren durch die App so kleinteilig zerlegt, dass man außerhalb der vorgegebenen App-Umgebung keinerlei freie Gestaltung ausüben konnte.¹²

Für Kritiker:innen waren dies jedoch nicht die neuralgischen Punkte der Entscheidung. Die Geister schieden sich an zwei neuen Grundsätzen, die der Entscheidung entnommen wurden: dem „*Arbeitsverhältnis ohne Leistungspflicht*“ und am „*Arbeitsverhältnis ohne Weisungen*“.¹³

11 LAG München Urteil vom 04.12.2019, 8 Sa 146/19, NZA 2020, 316.

12 BAG Urteil vom 01.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 551.

13 Zitat: Fischels/Sokoll, NZA 2024, S. 656 (661).

2. Die Entscheidungsgründe

Das Verständnis der juristischen Folgen der Crowdworker-Entscheidung wird differenzierter mit einem Blick auf die wirtschaftliche Organisation von Plattformen. Da es eine Vielzahl von Plattformarten gibt,¹⁴ liegt hier der Fokus auf Arbeitsplattformen, d.h. sog. Microtask-Plattformen, wie im Urteil des BAG, oder Online-to-Offline-Plattformen, in denen eine Dienstleistung/Ware online angefordert, aber offline erbracht wird.

Diese Art von Plattformen bestehen aus wenig mehr als einer Webseite bzw. einer Software-Applikation, kurz App, sowie automatisierten Programmen, die es ermöglichen, dass Crowdworker mittels digitaler Prozesse durch das plattformseitig vorgegebene System geleitet werden und dabei die Aufgaben erledigen. Plattformen lenken das Geschehen in ihrem selbst geschaffenen System, denn sie wissen, wieviel Nachfrage besteht (z.B. nach Microtasks, Dienstleistungen, Waren), und sie wissen, ob es genügend Menschen gibt, die diesen Aufgaben nachgehen können. Das sind klassische Schwankungsfragen eines wirtschaftlich agierenden Unternehmens: Mit wie vielen Menschen kann ein Unternehmen die nachgefragte Leistung bewältigen? Plattformen können diese Schwankungsfragen externalisieren, da sie Arbeit in den virtuellen Raum auslagern.¹⁵ Was dem ersten Anschein nach keine arbeitsrechtliche Fragestellung ist, wird dann zu einer arbeitsrechtlichen Fragestellung, wenn die einzelnen Schritte der Arbeitsleistung so portioniert werden, dass sie an den Voraussetzungen des Arbeitsverhältnisses zu scheitern drohen. Insofern hatte das BAG die Rechtsfrage zu bearbeiten, ob digitale Arbeitsorganisationsformen *rechtlich* mit den typologischen Begriffen des Arbeitsvertrages zu bewältigen sind.

a. Tatsächliche Vertragsdurchführung

Plattformen organisieren Arbeit in einem virtuellen Raum, der Angebot und Nachfrage in Echtzeit steuert, und deshalb erlaubt ihre schlichte Arbeitsorganisation, dass sie keine Arbeitsverträge, sondern lediglich Vereinbarungen über die Nutzung der Plattform anbieten. Indem Aufträge portioniert und auf der App veröffentlicht werden, müssen Plattformen geeignete Arbeitskräfte nicht *arbeitsrechtlich verpflichtet*, um ihren Kerngeschäftsfeldern nachgehen zu können. Sie erstellen in der Regel keine *Dienstpläne* und *weisen* keine Aufgaben in einer bestimmten Form *konkret zu*.¹⁶ Die Arbeitskräfte finden sich stattdessen auf der App ein und holen sich die Arbeit ab, wenn es welche gibt, und gehen leer aus, wenn es nichts gibt. Vom Grundgedanken erinnert es an die sog. Null-Stunden-Verträge oder der Arbeit auf Abruf nach § 12 TzBfG, bei denen sich Arbeitgeber allerdings noch der Überlegung stellen müssen, wem und ob sie einen *Arbeitsvertrag* anbieten.¹⁷

14 Srnicek, Plattform-Kapitalismus, S. 43 ff.

15 Srnicek, Plattform-Kapitalismus, S. 84; Schneider-Dörr, aaO., S. 103 ff.

16 Zu der Frage, warum Unternehmen Verträge schließen: Coase, „The Nature of the Firm“, *Economica* Vol. 4, Iss. 16/1937, S. 386 abrufbar unter: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x> (abgerufen am 12.10.2024).

17 Zu Null-Stunden-Verträgen: Böttcher, Null-Stunden-Verträge, Mohr Siebeck 2020, Hultzsich, Der Nullstundenvertrag, Duncker-Humblot 2019; Günther/Böglmüller, NZA Beil 2/2019, S. 95 (98) mwN.

Dadurch könnte das Arbeitsrecht immer dann ausgehebelt werden, wenn es *arbeitsorganisatorisch* eine Möglichkeit gibt, Arbeit so zu organisieren, dass Arbeitswillige die Arbeit „abholen“, sie erledigen und abliefern. Eine technische Einrichtung kann aber nicht dazu führen, dass ein Rechtsverhältnis anders bewertet wird. *Schwarze* erfasst das Problem, wenn er schreibt: „*Ein an die Pflicht zur Tätigkeit anknüpfender arbeitsrechtlicher Schutz greift ins Leere, wo die Verfügbarkeit der Arbeitskraft faktisch herstellbar ist.*“¹⁸ Gerade diese besondere Situation gebietet es, bei Geschäftsmodellen wie Plattformen noch mehr auf die tatsächlich gelebte Vertragsrealität zu schauen, so wie es das BAG in seiner Entscheidung tat:

*„Leistet der Beschäftigte abweichend von den getroffenen Vereinbarungen tatsächlich weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit, erklärt § 611 a I 6 BGB die Bezeichnung im Vertrag für unbeachtlich. Der Widerspruch zwischen Vertragsbezeichnung und Vertragsdurchführung wird durch gesetzliche Anordnung zugunsten letzterer aufgelöst. Aus ihr ergibt sich der wirkliche Geschäftsinhalt. Für die Bestimmung des Vertragstyps ist dann allein die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses maßgeblich.“*¹⁹

Das tatsächlich gelebte Rechtsverhältnis ist dem vertraglich fixierten Rechtsverhältnis, das keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung beinhaltet, im Rahmen der tatsächlich gelebten Umstände entwachsen.²⁰

Die tatsächliche Vertragsdurchführung, wie das Gesetz sie für relevant erklärt, ist relevant, weil sie dem Unwert, die Vorteile einer arbeitsgleichen Vertragspraxis zu nutzen, ohne die entsprechenden Pflichten eines Arbeitgebers zu erfüllen, die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts entgegensetzt.²¹ Hatte dies vor der Kodifikation des Arbeitnehmerbegriffs seine Rechtfertigung in dem Schutzzweck des Arbeitsrechts, so ist es nun durch § 611a Abs 1 S 6 BGB gesetzlich geregelt. Das BAG zeigt hierbei, dass die Rechtstatsachen einer Erwerbsform gründlich analysiert werden müssen, damit man ausgehend von den Gesetzesmerkmalen und den Zwecken des Arbeitsrechts neue Erwerbsformen unter den Arbeitnehmerbegriff subsumieren kann.²²

b. Begründung eines dauerhaften Schuldverhältnisses durch viele Einzelverhältnisse

Auf dieser Rechtsgrundlage nahm das BAG einen Arbeitsvertrag an, weil sich die kurzen Einsätze („Tool Checks“) zu einem dauerhaften Arbeitsverhältnis verklammerten.²³ Kritisiert wurde daran, dass man dies nicht auf § 611a Abs. 1 S 5, 6 BGB stützen könne.²⁴ Was das BAG mit der „Verklammerung“ aufgriff, ist nicht so neu, wie man meinen könnte: Die Rechtsprechung, wonach einzelne Vertragsverhältnisse zu einer Dauer-

18 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38 (44).

19 BAG 01.12.2020, 9 AZR 102/20 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, Rn 39 (4) mwN.

20 BAG 01.12.2020, 9 AZR 102/20 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, Rn 50 (b) mwN.; *Schneider-Dörr*, aaO., S. 317.

21 *Schwarze*, RdA 2020, 38 (41), erkennt das als Zweck an, kritisiert jedoch, dass sich die Rechtsprechung keine Mühe macht, eine unmittelbare Einwirkung des Tatsächlichen auf den Vertrag aus rechtsgeschäftlicher Sicht zu begründen.

22 *Wank*, NZA 2024, 1094 (1097).

23 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

24 *Fischels/Sokoll*, NZA 2024, 656 (663).

rechtsbeziehung zusammengefasst werden, gab es mal, aber sie war aufgegeben worden.²⁵ Die Fälle aus den 1970er und 1980er Jahren betrafen die Abgrenzungsproblematik freier Mitarbeiter:innen und abhängiger Arbeitnehmer:innen im Rundfunk. Es wurde dort ausgeführt, dass es bei einzelnen Auftragsverhältnissen auch auf die Intensität der Inanspruchnahme ankommen kann. So läge es bei unregelmäßiger und nur gelegentlicher Heranziehung näher, ein freies Mitarbeiterverhältnis anzunehmen, während eine regelmäßige Beauftragung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spräche. Das wäre auch im Fall vor dem BAG relevant gewesen, weil – wie in diesen älteren Fällen – ging es im Crowdworking-Fall um einzelne abgeschlossene Aufträge; allein durch das regelmäßige Heranziehen eines Mitarbeiters konnte aus den einzelnen Auftragsverhältnissen ein Arbeitsverhältnis erwachsen. Diese Überlegungen spielten in der Crowdworker-Entscheidung jedoch keine Rolle.

Was allerdings wie eine Art Grundlage mitgedacht werden kann, ist, dass Dauerschuldverhältnisse auch qua Realofferte begründet werden können; hier wird das „verknüpfende Band“ relevant.²⁶ Für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit ist auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des *wirklichen* Parteiwillens abzustellen.²⁷

Ein Vertrag kann durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme) zustande kommen.²⁸ Tauschen Vertragsparteien über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung aus, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verpflichtet zu sein.²⁹

Das trifft auch auf Crowdworker zu, wenn sie ihre Dienste über einen längeren Zeitraum immer wieder erbringen und diese immer wieder im Austausch gegen die Vergütung angenommen werden. Die Plattformen rechnen dann mit einem bestimmten Aufkommen und so können mit diesen Crowdworkern bei Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nach § 611a BGB Arbeitsverträge bestehen.

Dagegen könnte sprechen, dass die Parteien ausdrücklich einen Rahmenvertrag geschlossen haben und daraus ja eben hervorgehe, dass die Plattformen sich nicht arbeitsvertraglich binden wollen. Diese Argumentation übersieht jedoch mehrere Dinge:

- 25 So noch BAG Urteil vom 08.10.1975 – 5 AZR 430/74, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 18; ähnlich BAG, Urteil vom 02.06.1976 – 5 AZR 131/75, AP BGB; § 611 Abhängigkeit Nr. 20; dazu Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2 (7–9); Hilger, RdA 1981, 265 (269); Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, 197 f; Aufgabe dieser Rspr: BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 818/76, AP BGB; § 611 Abhängigkeit Nr. 25; BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 61 Abhängigkeit Nr. 34; BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 42; BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 156/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 43; dazu Fischels, Arbeitnehmerbegriff, S. 311.
- 26 Schneider-Dörr, aaO., S. 251 ff. mit Nachweisen: BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin“); Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, S. 522, Rn 26; Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, S. 572.
- 27 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 – Rn 34, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin“); BAG, Urteil vom 26.09.2012 – 10 AZR 336/11 – Rn 14, AP BGB § 611 BGB § 615 Nr. 121 8 („Fleischbeschauer-Dienstverhältnis“); BAG, Urteil vom 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 – Rn 12, AP BGB § 615 Nr. 121.
- 28 BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, 522 Rn 26; Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, 572 Rn 18 a).
- 29 BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, 522 Rn 26.

- Crowdworker haben keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung, weder auf den Rahmenvertrag noch bzgl. der einzelnen Einsätze. Ihr Interesse, die zugrundeliegende Rechtsbeziehung nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung zu qualifizieren, ist damit umso größer.
- Darauf bezugnehmend hieß es in einer neueren Entscheidung, dass abweichende Bezeichnungen und Vorstellungen der Parteien erst recht nichts an der Arbeitnehmer-eigenschaft ändern können, „wenn derartige Verträge nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei vorgegeben werden.“³⁰

c. Fremdbestimmtheit

Das Merkmal der Fremdbestimmtheit bekam durch die Entscheidung ebenfalls Konturen. Der Kläger war persönlich abhängig, weil er fremdbestimmt arbeitete. Nicht unwesentlich dafür war, dass die Plattform durch das Sammeln von Fleißpunkten eine Anreizfunktion setzte,

„um den Nutzer dazu zu veranlassen, in dem Bezirk seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts kontinuierlich Kontrolltätigkeiten zu erledigen. Der Geschäftsführer der Bekl hat das „Level-System“ in der mündlichen Verhandlung vor dem LAG als ‚Gamification-Part der App‘ bezeichnet. Die Beklagte regte somit durch die Inaussichtstellung von Erfahrungspunkten und den damit verbundenen Vorteilen den ‚Spieltrieb‘ der Nutzer an mit dem Ziel, diese dadurch zu einer regelmäßigen Beschäftigung zu bewegen...“

Mit der Pflicht, die Arbeit über eine App hochzuladen, bzw. über eine Schnittstelle auf der Benutzeroberfläche, sind Plattformarbeiter:innen stark fremdbestimmt, da sie in eine plattformseitig vorgegebene Arbeitsorganisation eingegliedert sind.

Manche sahen darin das Ende der Weisung als notwendiges Merkmal eines Arbeitsverhältnisses gekommen, diese werde durch die *Lenkung* ersetzt.³¹ Ob das Ende der Weisung damit eingeleitet wurde, lässt sich nicht voraussehen. Allerdings lässt sich festhalten, dass die Fremdbestimmung als eigenständiges Merkmal neben der Weisungsbindung nun anerkannt ist.³² So ist es also künftig denkbar, dass ein Arbeitsverhältnis gänzlich ohne Weisungsbindung auskommt, wenn es durch die Fremdbestimmung persönliche Abhängigkeit vermittelt. Zwar wird man sagen können, dass Fremdbestimmung in aller Regel mit einem Mindestmaß an Weisungsbindung einhergehen wird;³³ ein Muss ist dies allerdings nicht. In der Entscheidung des BAG kam es ganz wesentlich auf die Eingliederung des Crowdworkers in eine fremde Arbeitsorganisation der Plattform an, und *das* wurde als Fremdbestimmung gesehen.³⁴ Das heißt, die Fremdbestimmung kann (künftig) weitere Bedeutungsgehalte bekommen, um in einer diversifizierten Arbeitswelt neue Abhängigkeiten zu erfassen.³⁵

30 BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (735), Rn 17.

31 Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 231.

32 Preis, NZA 2018, S. 817 (820).

33 ErfK/Preis, § 611 ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 13.

34 BAG 01.12.2021, 9 AZR 102/20 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, Rn 31 (bb) mwN.

35 ErfK/Preis, § 611 ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 611a Rn. 43; Riesenhuber ZfA 2021, 4 (21 ff.).

III. Plattformarbeitsrichtlinie – ein langer Weg

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Einstufung von Crowdworkern brachte eine wichtige Klärung im Hinblick auf den arbeitsrechtlichen Status von Plattformbeschäftigten in Deutschland. Durch die Vielzahl von gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen sowie durch den rechtspolitischen Diskurs ist das Thema auch auf EU-Ebene aufgenommen worden.

1. Der lange Weg der Plattformarbeitsrichtlinie

Die EU-Kommission startete zu Beginn des Jahres 2021 eine Initiative, um den Bedarf nach einer Plattformarbeitsrichtlinie abzufragen. Dazu wurden die gängigen Konsultationsverfahren bei den Sozialpartner:innen gestartet und bis Ende September 2021 beendet. Schließlich wurde Mitte Dezember 2021 ein Vorschlag für eine Plattformarbeitsrichtlinie (Plattformarbeits-RL) vorgelegt (COM(2021) 762).³⁶ In einer legislativen Entschließung vom 21. Dezember 2022 forderte das Europäische Parlament mit insgesamt 187 Änderungsanträgen verschiedene Anpassungen des Kommissionsvorschlags.³⁷ Am 7. Juni 2023 stellte der Ausschuss der Ständigen Vertreter im Rat der Europäischen Union (AStV) eine modifizierte Fassung des Richtlinienvorschlags auf Grundlage des Kommissionsvorschlags vor. Im Dezember 2023 gab es eine erste vorläufige Einigung im Trilog. Jedoch erhielt dieser Entwurf nicht die erforderliche Zustimmung im Ausschuss der Ständigen Vertreter des Rats der EU und musste wiederum nachverhandelt werden. Die Plattformarbeitsrichtlinie wurde auf EU-Ebene von mehreren Mitgliedstaaten blockiert, darunter insbesondere Deutschland, Estland, Griechenland und Frankreich. Das EU-Parlament und der Rat der EU unter dem Vorsitz Belgiens einigten sich am 8. Februar 2024 dennoch im Rahmen der Trilogverhandlungen zum zweiten Mal auf eine vorläufige Fassung der Plattformarbeitsrichtlinie. In einer späteren Abstimmung am 11. März 2024 stimmten Griechenland und Estland trotz anhaltender Bedenken im Sinne eines Kompromisses zu, was schließlich die nötige Mehrheit zur Annahme der Richtlinie ermöglichte.³⁸

Am 24. April 2024 verabschiedete das EU-Parlament den Kompromisstext für neue Regeln zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Plattformbeschäftigten zur Entscheidung. Die förmliche Annahme der Plattformarbeitsrichtlinie durch den Europäischen Rat steht noch aus. Nach der Annahme und der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU haben die Mitgliedstaaten dann zwei Jahre Zeit, die Bestimmungen in nationales Recht umzusetzen.³⁹

Das grundlegende Ziel der Richtlinie ist, Scheinselbstständigkeit zu bekämpfen und die korrekte Einstufung des Beschäftigungsstatus voranzubringen.

36 Dies beschrieben auf: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605 (abgerufen am 12.10.2024).

37 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0301_DE.html (Bericht A9-0301/2022), abgerufen am 12.10.2024.

38 <https://www.politico.eu/article/european-union-gig-work-labor-estonia-greece-germany-france/>, abgerufen am 12.10.2024.

39 Fischels/Sokoll: NZA 2024, S. 721 (722).

Wesentliche Regelung des Richtlinienentwurfes ist eine widerlegbare Vermutung eines Beschäftigungsverhältnisses. Die Beweislast liegt bei der Plattform; sie hat im Streitfall nachzuweisen, dass kein Arbeitsverhältnis besteht (Art. 5).

Darüber hinaus dürfen Plattformen wichtige Entscheidungen, wie Entlassungen, nicht allein auf Grundlage von Algorithmen treffen; menschliche Überwachung solcher Entscheidungen ist notwendig.

Die Richtlinie schützt personenbezogene Daten von Plattformbeschäftigten und verbietet die Verarbeitung bestimmter Daten, wie z. B. über den emotionalen Zustand oder persönliche Überzeugungen.

2. Zweck der Plattformarbeits-RL

Bemerkenswert an dem Gesetzgebungsvorhaben ist, dass die ursprüngliche Fassung des ersten Kommissionsvorschlages ganz erheblich von der nunmehr verabschiedeten Fassung abweicht.⁴⁰ Die ursprüngliche Fassung hatte eine Vermutungswirkung zugunsten einer Arbeitnehmereigenschaft zum Gegenstand, der eingriff, wenn zwei von fünf im Richtlinienentwurf aufgestellten Kriterien erfüllt waren. Der Rat erhöhte diese Regelung auf drei von sieben aufgestellten Kriterien. Das Parlament wiederum lehnte eine Orientierung an aufgestellten Kriterien gänzlich ab und befürwortete stattdessen, sich auf die tatsächlichen Arbeitsbedingungen zu konzentrieren. Mangels einer Einigung auf eine Harmonisierung der Kriterien wurde auf die Aufnahme konkreter Kriterien letztlich verzichtet.⁴¹

Die Richtlinie enthält neben der Vermutungsregelung auch Bestimmungen zur Nutzung algorithmischer Systeme am Arbeitsplatz. Da Plattformbeschäftigte ihre Aufträge häufig ausschließlich über Apps erhalten, soll die Richtlinie für mehr Transparenz bei den zugrunde liegenden Algorithmen sorgen. Insbesondere soll gewährleistet werden, dass bedeutende Entscheidungen der Plattform, die direkten Einfluss auf die Beschäftigten haben, von menschlicher Kontrolle überwacht werden. Dazu gehört auch die regelmäßige Bewertung der Auswirkungen automatisierter Entscheidungen unter Einbeziehung von Arbeitnehmervertreter:innen.

Zudem verpflichtet die Richtlinie dazu, die Beschäftigten über den Einsatz automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme zu informieren. Bestimmte persönliche Daten, wie Informationen zum emotionalen oder psychischen Zustand, private Gesprächsinhalte und Daten zur Vorhersage der Ausübung grundlegender Rechte, dürfen von diesen Systemen nicht verarbeitet werden.

a. Die gesetzliche Vermutung Art. 5 der Plattformarbeits-RL

Nach der nunmehr verabschiedeten Vermutungsregelung des Art. 5 Abs 1 der Plattformarbeitsrichtlinie wird das Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform und einer Person, die Plattformarbeit leistet, als Arbeitsverhältnis angesehen, wenn ge-

⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762> Vorschlag vom 09.12.2021 als COM (2021) 762 final und im Vergleich [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=EP:P9_TA\(2024\)0330](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=EP:P9_TA(2024)0330) als legislative Entschließung P9_TA(2024)0330 (beides abgerufen am 12.10.2024).

⁴¹ Hiessl, SR 2024, S. 128; Fischels/Sokoll, NZA 2024, S. 721;

mäß den nationalen Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs Tatsachen, die auf Kontrolle und Steuerung hindeuten, festgestellt werden. Der Arbeitsplattform bleibt die Möglichkeit, diese Vermutung zu widerlegen.

Weiter heißt es in Art. 5 Abs. 2, dass zu diesem Zweck die Mitgliedstaaten eine wirksame widerlegbare gesetzliche Vermutung des Arbeitsverhältnisses festlegen müssen, die eine Erleichterung des Verfahren zugunsten von Personen, die Plattformarbeit leisten, darstellt; darüber hinaus soll die gesetzliche Vermutung, die Beweislast für Plattformarbeiter:innen im Prozess oder im Verfahren zu Bestimmung des korrekten Beschäftigungsstatus nicht erschweren.

Die jetzige Version dieser Vermutungsregelung unterscheidet sich erheblich von der ursprünglichen Version. In den Entwürfen vor Annahme durch das Parlament, war zunächst vorgesehen, dass die Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft nur dann eingreift, wenn eine bestimmte Anzahl von Kriterien vorliegt; sie waren inhaltlich starker Kritik ausgesetzt, da sie die Arbeitssituation auf Plattformen nicht ausreichend berücksichtigten und lediglich allgemeine Kriterien des Arbeitnehmerbegriffes aufführten.⁴² Auch war es methodisch nicht zu erklären, warum zwei von fünf oder drei von sieben Kriterien darüber Auskunft geben sollten, ob jemand als Arbeitnehmer:in anzusehen sei oder nicht.⁴³

Das jetzige Ergebnis ist: Die Richtlinie legt nun keine Kriterien für den Arbeitnehmerbegriff fest. Damit bleibt die Verantwortung bei den Mitgliedstaaten. Sie bestimmen damit – wie bisher – über die Definition des Arbeitnehmerbegriffes. Der Zweck der Richtlinie, Scheinselbstständigkeit in der Plattformarbeit zu begegnen, gibt den Mitgliedstaaten aber ein klares Ziel vor und ein Mittel zu dessen Erreichung vor, nämlich durch Rechtsvermutung zugunsten von Arbeitsverhältnissen; wobei für die Einordnung die mitgliedstaatlichen Begriffe des Arbeitsverhältnisses maßgeblich bleiben und damit auch Grundlage für die Widerlegung der Vermutung bilden werden.⁴⁴

Rechtspolitisch spannend ist, ob der Gesetzgeber diese Richtlinie zum Anlass nehmen könnte, den Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB durch spezialgesetzliche Indikatoren zu konkretisieren. Für die Plattformarbeitsrichtlinie heißt das, dass der Gesetzgeber die Merkmale, die gemäß der Richtlinie den Begriff der Arbeitsplattform bestimmen, als Indikatoren benennen könnte.⁴⁵

b. Die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus

Das Licht der Aufmerksamkeit lag auf der umstrittenen Vermutungsregelung des (nunmehr) Art. 5 der Plattformarbeits-RL; dem jetzigen Artikel 4 der Plattformarbeits-RL (vorher Art. 3) wurde nicht viel Beachtung geschenkt.⁴⁶

⁴² Kocher, NZA-RR 2024, S. 449 (452).

⁴³ Näheres: Fischels/Sokoll, NZA 2024, S. 721 (722) mwN; Hiessl, SR 2024, S. 128; Kocher, NZA-RR 2024, S. 449 (452); Krause NZA 2022, S. 521 (529); Kocher, SR 2022, S. 125 (127).

⁴⁴ Kocher, NZA-RR 2024, S. 449 (452) mwN.

⁴⁵ 74. DJT, Thesen zum Arbeits- und Sozialrecht, Kocher, S. 17 Nr. 6 und 7; abrufbar unter: https://djt.de/wp-content/uploads/2024/09/240904_74_thesen-heft_web_rz.pdf (abgerufen am 12.10.2024).

⁴⁶ Aktuell: Fischels/Sokoll, NZA 2024, 721; Kocher, NZA-RR 2024, S. 449 (452); bezogen auf die alte Version: Wank EuZW 2023, 747; Wank EuZA 2023, 22 (48); Lelley/Bruck RdA 2023, 257; Kocher, SR 2022, 125 (128); Stöhr EuZA 2022, 413; Waas ZRP 2022, 105 (107); Krause NZA 2022, 521 (528 f.);

Art. 4 der Plattformarbeits-RL soll gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten geeignete und wirksame Verfahren bereit halten, mit denen die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus von Plattformarbeitenden überprüft und gewährleistet wird, einschließlich über die Anwendung der Vermutung eines Arbeitsverhältnisses gemäß Artikel 5 der Plattformarbeits-RL.⁴⁷

Hierauf beziehen sich die Erwägungsgründe 26-31. Welche *Verfahren* die Mitgliedstaaten für die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus gewährleisten sollen, wird daraus nicht ersichtlich. Konkretisiert wird lediglich, dass dies der Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit dienen soll.

Grundsätzlich gibt es nach der deutschen Rechtslage hierfür ein konkretes *Verfahren*, nämlich § 7a SGB IV (Feststellung des Erwerbsstatus), das als sog. Statusfeststellungsverfahren bei der Clearing-Stelle der Deutschen Rentenversicherung firmiert. Das ist ein Verwaltungsverfahren und kein Gerichtsverfahren, und es hat keine Bedeutung für die arbeitsrechtliche Statusfeststellung. Möchte man das Ganze arbeitsrechtlich klären, muss man den Arbeitsgerichtsweg beschreiten. Das wird in der Praxis so ablaufen, dass eine Plattformbeschäftigte, zur Klärung, ob sie Arbeitnehmerin ist, einen Sic-Non-Fall vor einem Arbeitsgericht geltend macht; für diesen ist kennzeichnend, dass nicht nur die Rechtswegzuständigkeit, sondern auch gleichzeitig der Erfolg der erhobenen Klage von dem Arbeitnehmer-Status der Anspruchstellerin abhängig ist.⁴⁸ In diesen Fällen reicht zur Begründung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus, dass die Klägerin behauptet, sie sei Arbeitnehmerin.⁴⁹

Auch die Crowdworker-Entscheidung ist als Sic-Non-Fall in die Arbeitsgerichtsbarkeit gekommen. Die Deaktivierung des Accounts wurde als Kündigung ausgelegt und somit Kündigungsschutzklage erhoben.

Zu bedenken ist, dass in der Praxis der Sic-Non-Fall ja erst virulent wird, wenn Arbeitnehmer:innen einseitig gekündigt wurde. Zwar ist der Feststellungsantrag in der Kündigungsschutzklage darauf gerichtet, dass die Kündigung unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst wurde; in der Praxis allerdings ist das Interesse am Bestand des Arbeitsverhältnisses von beiden Seiten regelmäßig sehr überschaubar. Genügt diese retrospektive Betrachtung daher den Anforderungen der Richtlinie, wenn im Klagewege eine Klärung des korrekten Beschäftigungsstatus, *erst am Ende* der Arbeitsbeziehungen angestrebt wird?

Das hilft der *Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit* – als erklärtes Ziel der ErwG Nr. 26 – nicht.

Ein *Verfahren* bietet die Clearingstelle für das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis, ob hierbei die Voraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit, Weisungsbindung und Fremdbestimmung mit ihren jeweiligen Indizien immer gemäß des Erwägungsgrundes Nr. 26 „...unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ festgestellt werden, darf an dieser Stelle bezweifelt werden.

47 Der angenommene Text durch das Europaparlament: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0330_DE.pdf (Zugriff am 12.10.2024).

48 Horcher, NZA 2020, S. 1433.

49 BAG 21.1.2019, NJW 2019, S. 1627.

IV. (An-)Schlussüberlegungen

Eigentlich gibt es bei diesem Thema keine Schluss-, sondern nur Anschlussüberlegungen.

Die Entscheidung des BAG zeigt, dass die Tatbestandsmerkmale, wie sie in § 611a BGB gefasst wurden, Raum für die Auslegung bieten. Das BAG öffnete sich mit der Crowdworker-Entscheidung für neue Arbeitsorganisationsformen. Es bleibt dabei allerdings ungeklärt, ob der Arbeitnehmerbegriff auch für wirtschaftliche Abhängigkeiten offen ist. Gerade bei Crowdwork ließe sich das Thema um Chancen und Risiken beleben. Letztlich geht es auch darum, dass wirtschaftliche Abhängigkeiten geschaffen und diese mit losen Arbeitsbeziehungen verknüpft werden. Schwankungen des Marktes werden so komplett einer Seite zugewiesen. Das ist dort gerechtfertigt, wo ein Selbstständiger echte Chancen und Risiken hat, und dort zuviel, wo es viele Risiken und keine Chancen gibt – ein Crowdworker bietet keine freie Dienstleistung wie beispielsweise eine Software-Entwicklerin an. Es gibt keinen *freien Markt* für Plattformtätigkeiten. Die Plattformen *organisieren* den Markt.⁵⁰ Es bliebe dennoch Raum für die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person; eine Person – nehmen wir die Software-Entwicklerin – kann wirtschaftlich abhängig, aber weder weisungsgebunden noch fremdbestimmt sein. Sie bleibt selbstständig, weil sie am Markt auftritt, mag sie auch nur von zwei Auftraggeber:innen abhängig sein.

Die Umsetzung der Plattformarbeitsrichtlinie darf mit gewisser Spannung erwartet werden. Zum Einen wird natürlich wichtig sein, wie die Anforderungen, Voraussetzungen und unbestimmten Rechtsbegriffe der Plattformarbeitsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt werden. Zum anderen könnte die Richtlinie eine Rolle für den Arbeitnehmerbegriff des EuGH spielen.

Der Arbeitnehmerbegriff des EuGH, wie er ihn seit Lawrie-Blum⁵¹ auslegt und entwickelt, wirkt sich mittlerweile auf alle sozialpolitischen Rechtssetzungsakte der EU aus. Die Plattformarbeits-RL ist nun ein weiterer Rechtsakt, auf den man sich beziehen kann.

Diesen Themen werden das Arbeitsrecht in den nächsten Jahren begleiten; es ist m.E. Zufall, dass viele Fragen moderner Arbeitsorganisationsformen durch *Plattformarbeit* sichtbar werden. Zufall deshalb, weil sich gerade darin, dass es datenbasierte Arbeit ist, die mittels Internet und einer gesteuerten App-Umgebung erbracht wird, Geschäftsmodelle ergeben, die mit den anfangs erwähnten physischen Gegebenheiten *scheinbar* nicht mehr viel gemein haben.⁵² Schaut man näher darauf, sieht man jedoch: Auch datengetriebene Geschäftsmodelle funktionieren nur durch Steuerung; diese macht aber nicht mehr der Mensch, sondern der Algorithmus. Steuerung bleibt Steuerung, Mensch bleibt Mensch; arbeitsrechtlichen und sozialen Schutz braucht der Mensch und nicht der Algorithmus.

50 Kocher, ZEuP 2021, S. 606.

51 EuGH, 03.07.1986 – Rs. 66/85 („Lawrie-Blum“, NVwZ 1987, S. 41; Junker, EuZA 2016, 184 (188); Henssler/Pant RdA 2019, 321 (324).

52 Hierzu näher: Schneider-Dörr, aaO., S. 101 ff.

Ernesto Klengel¹

Tarifverträge für Solo-Selbstständige: Modelle für die digitale Plattform-Wirtschaft?

Die Frage nach der Reichweite des Arbeitsrechts stellt sich in der digitalisierten Arbeitswelt mit neuer Dringlichkeit. Geschäftsmodelle wie Lieferdienste, Fahrdienstleistungen oder Click-Work basieren in Teilen auf der Beschäftigung von Solo-Selbstständigen. Diese wiederum ergreifen kollektive Mittel, um Einfluss auf ihre Arbeits- und Lebensbedingungen zu nehmen, was aufgrund der auf das Arbeitsverhältnis zugeschnittenen Rechte für kollektives Handeln gar nicht selbstverständlich ist und unweigerlich die Frage nach Besonderheiten der kollektiven Organisation von Solo-Selbstständigen aufwirft.

Im vorliegenden Beitrag wird nach kollektiven Vereinbarungen gefragt, die von Solo-Selbstständigen in der „alten“ Arbeitswelt abgeschlossen wurden. Solche können gemäß § 12a TVG für arbeitnehmerähnliche Beschäftigte abgeschlossen werden, bei denen es sich dem Gesetzeswortlaut zufolge um wirtschaftlich abhängige und mit Arbeitnehmer:innen vergleichbar sozial schutzbedürftige Personen handelt. Zeichnen sich ihre kollektiven Vereinbarungen durch Besonderheiten aus und wenn ja, durch welche? Kann man aus ihnen gar Schlüsse dafür ziehen, wie kollektive Vereinbarungen von und für Plattformbeschäftigten gestaltet sein können?

1. *Quantitative Verbreitung der Solo-Selbstständigkeit in Deutschland – aktuelle Zahlen*

Die Bedeutung der Solo-Selbstständigkeit lässt sich anhand von Daten zum Arbeitsmarkt taxieren. Im Juli 2024 waren nach Angaben des Statistischen Bundesamts 46,0 Mio. Personen mit Wohnort in Deutschland erwerbstätig. Diese Zahl hat sich gegenüber dem Vorjahr nur geringfügig geändert.² Nur 3,8 % dieser Erwerbstätigen sind Selbstständige ohne Mitarbeiter:innen (Solo-Selbstständige)³ – die Quote liegt damit international vergleichsweise niedrig.⁴ Am höchsten ist dieser Anteil bei Männern vor dem Renteneintritt (6,4 %). Bei jüngeren Erwerbstätigen liegt der Anteil bei 2,3 %. Im historischen Verlauf ist dieser Anteil gegenüber 1991 nur geringfügig höher. Er war bis ins Jahr 2005 kontinu-

1 Für Unterstützung und Hinweise bedanke ich mich bei Veronika Mirschel (ver.di), Karin Schulze-Buschoff (WSI der Hans-Böckler-Stiftung), sowie Walter Gagawczuk (Arbeiterkammer Wien).

2 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts Nr. 331 vom 30. August 2024.

3 Die Daten ergeben sich aus einer Auswertung der Arbeitskräfteerhebung des Statistischen Bundesamts, veröffentlicht unter www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/solo-selbstaendige.html (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

4 Vgl. Hlava/Klebe, Mindesthonorare für Selbstständige, FES impuls 2021, S. 1.

ierlich gestiegen und geht seit ca. 2012 wieder leicht zurück, wobei zwischen 2022 und 2023 kein nennenswerter Rückgang mehr zu verzeichnen ist.

Nach Angaben des Statistischen Bundesamts war der größte Teil der Solo-Selbstständigen in der Land- und Forstwirtschaft tätig (14,6 %). Es folgten das Grundstücks- und Wohnungswesen (9,1 %), Unternehmensdienstleistungen (8,0 %) und Kommunikations- und Informationsgewerbe (5,9 %). Die Umstände, unter denen Solo-Selbstständige tätig werden, sind dementsprechend sehr unterschiedlich.⁵

Diese Diversität liefert einen Hinweis darauf, dass sich hinter der rechtlichen Form der Solo-Selbstständigkeit unterschiedliche soziale Phänomene verbergen. Hierzu zählen sowohl die derzeit wohl prekärsten Formen legaler Arbeitsverhältnisse in Deutschland, etwa die Beschäftigten, die auf Grundlage von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft eingesetzt wurden⁶ – ein Geschäftsmodell, das im Zuge des Arbeitsschutzkontrollgesetzes seit 2020 stark eingeschränkt wurde. Solo-Selbstständige können aber auch gut bezahlte Unternehmensberater:innen oder IT-Expert:innen sein.

Die Auswertungen des Statistischen Bundesamts liefern Hinweise darauf, dass die Solo-Selbstständigkeit in der Arbeitswelt allgemein – aber auch solche, die in der digitalen Plattformwirtschaft erbracht wird – (noch) nicht für die Arbeitswelt in Deutschland prägend ist; von einer Erosion des Arbeitsverhältnisses kann jedenfalls mit Blick auf die Verbreitung des Arbeitnehmerstatus keine Rede sein. Zu dieser Stabilität in Deutschland mag auch die Rechtsprechung beitragen, die in der Lage ist, die Kriterien des Arbeitsverhältnisses so an die digitale Wirtschaft anzupassen, dass auch neue Arbeitsformen darunter subsumiert werden können.⁷ Das rechtliche Setting in Deutschland dürfte insofern dazu beitragen, dass Lieferdienste hierzulande in größerem Maße als anderswo auf Arbeitnehmer:innen als Beschäftigte zurückgreifen.⁸

2. Historischer Hintergrund der kollektiven Regulierung von Arbeitsbedingungen Solo-Selbstständiger

Weder der Status der Solo-Selbstständigkeit, noch der Wunsch der Solo-Selbstständigen, den Abschluss von Tarifverträgen anstreben, ist eine „Erfindung“ der digitalen Welt. Bereits seit 1951 können nach § 17 Heimarbeitsgesetz (HAG) für in Heimarbeit Beschäftigte Tarifverträge abgeschlossen werden – und damit zum ersten Mal für wirtschaftlich abhängige Selbstständige.⁹ Denn zur erfassten Personengruppe zählen gemäß § 1 Abs. 1 HAG auch Hausgewerbetreibende, bei denen es sich nicht um Arbeitnehmer:innen, sondern letztlich um Solo-Selbstständige handelt, § 2 Abs. 2 HAG.

5 Hlava/Klebe, Mindesthonorare für Selbstständige, FES impuls 2021, S. 1 f.

6 Näher zu den Branchenstrukturen vor der Einführung dieses Gesetzes Erol/Schulten, Neuordnung der Arbeitsbeziehungen in der Fleischindustrie, WSI-Report Nr. 61, 2021, https://www.wsi.de/fpdf/HBS-007924/p_wsi_report_61_2021.pdf (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

7 Siehe etwa die „Roamlar-Entscheidung“ des Bundesarbeitsgerichts v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20; dazu Schneider-Dörr, in diesem Heft.

8 Anderswo ist der Status als Solo-Selbstständige:r stärker verbreitet, vgl. etwa Fairwork Deutschland Ratings 2021: Arbeitsstandards in der Plattformökonomie, S. 12, abrufbar unter <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-germany-ratings-2021-labour-standards-in-the-platform-economy/> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

9 Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Soloselbstständige, HSI-Schriftenreihe Bd. 42, S. 30.

Einen deutlich breiteren Anwendungsbereich hat § 12a TVG, der es ermöglicht, dass „arbeitnehmerähnliche Personen“ von den Vorschriften des TVG Gebrauch machen und insbesondere Tarifverträge schließen können. Nach der gesetzlichen Definition handelt es sich um „Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind, wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und überwiegend für eine Person tätig sind oder von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht (...).“ Es handelt sich mithin um eine Teilmenge der Solo-Selbstständigen, verkürzt gesagt um diejenigen, die ihre Arbeitsleistung im Wesentlichen für eine Kundin/einen Kunden erbringen. Nicht erfasst sind beispielsweise Solo-Selbstständige, deren Tätigkeit darin besteht, Alltagsgegenstände zu verkaufen oder die Dienstleistungen für mehrere Personen, z.B. für Laufkundschaft, erbringen.

Die Vorschrift besteht bereits seit dem 1.11.1974. Grund für die Einführung des § 12a TVG war aber nicht – wie es bei der Etablierung von Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts der Fall gewesen ist – eine verbreitete soziale Praxis, die durch das Recht zunächst kriminalisiert, letztlich und in Folge von sozialen Kämpfen aber „nachlaufend“ anerkannt und in eine rechtliche Form gegossen wurde. Für Personen wie Handels- und Versicherungsvertreter:innen, selbstständige Lkw-Fahrer:innen, Übersetzer:innen und Dolmetscher:innen, Filialleiter:innen, Architekt:innen oder gar Rechtsanwälte:innen u.a. sind keine nennenswerten Anläufe bekannt gewesen, Tarifverträge abzuschließen.¹⁰ Treiber der Aufnahme des § 12a TVG ins Gesetz war bereits zu Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift eine recht klar umrissene Personengruppe, die freien Mitarbeiter:innen, die bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten künstlerisch, redaktionell oder allgemein journalistisch tätig waren.¹¹ Allein um diese Personengruppe war es in der Bundestagsdebatte über die Änderung des Heimarbeitsgesetzes¹² und anderer Gesetze gegangen, mit der auch § 12a TVG eingeführt wurde.¹³ Deutlich äußerte sich beispielsweise der damalige Bundesminister Arendt, der die Einführung des Paragraphen insbesondere mit dem notwendigen sozialen Schutz für diese Personen begründete.¹⁴

3. Kollektive Vereinbarungen von Solo-Selbstständigen als soziale Praxis

Der folgende Überblick zeigt, dass Tarifverträge für Solo-Selbstständige bis heute im Wesentlichen in den vom Gesetzgeber avisierten Branchen etabliert wurden.

10 Wankel, in: Berg/Kocher/Schumann/Dierßen/Heilmann/Wankel, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht – Kompaktcommentar, § 12a TVG Rn. 5.

11 Wankel, in: Berg/Kocher/Schumann/Dierßen/Heilmann/Wankel (Fn. 1)

12 Gesetzentwurf: BT-Drs. 7/975.

13 Deutscher Bundestag, 51. Plenarsitzung vom 20.9.1973, S. 2863.

14 Ebenso deutlich der Beitrag des FDP-Abgeordneten Schmidt in der Ersten Lesung, Plenarsitzung vom 20.9.1973, sowie die Beiträge in der dritten Lesung v. 11.6.1974, in der sich etwa der SPD-Abgeordnete Lutz ausführlich mit dem § 12a TVG auseinandersetzte und ausschließlich über den Medien- und Wissenschaftsbereich und „kreative Intellektuelle“ sprach (Plenarprotokoll der 106. Sitzung der 7. Wahlperiode, S. 7209).

a) Überblick über konkrete Tarifverträge für Solo-Selbstständige

Auch heute gibt es Tarifverträge für Solo-Selbstständige vor allem für die freien Berufe im Medienbereich.¹⁵

Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di hat Haustarifverträge mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der ARD sowie dem ZDF abgeschlossen.¹⁶ Für den privaten Rundfunk existiert ein Tarifvertrag, an den etwa radio NRW, Hit Radio FFH oder Antenne Bayern gebunden sind. Dieser gilt aber ausdrücklich nicht für arbeitnehmerähnliche Personen.¹⁷

Die genannten Tarifverträge im Medienbereich regeln den Anwendungsbereich und damit auch den jeweiligen Begriff der freien Mitarbeiter:innen. Inhaltlich enthalten sie Vorgaben zur Höhe des Honorars, das sich zumeist nach dem jeweiligen Format und der Sendelänge des bestellten und gelieferten Audio-Formats richten sowie nach einem Faktor, der den Aufwand für eine bestimmtes Format des Beitrags (beispielsweise „Standardbeitrag“ mit Berichten zu politischen, kulturellen und wissenschaftlichen Ereignissen oder „Rahmen und Zwischentexte“) richtet.¹⁸ Bei der Deutschen Welle wird bestimmten Leistungen eine (Arbeits-)Stundenzahl zugeordnet, der dann wiederum ein Tarif entspricht (z.B. Übersetzung, 8 Stunden).¹⁹

Geregelt werden bezahlter Urlaub,²⁰ die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall²¹ oder der Bestandsschutz. In Bezug auf letzteren gelten teilweise Kündigungsfristen und der Ausschluss der ordentlichen Kündigung in Abhängigkeit von der Dauer der wiederkehrenden Tätigkeit beim Sender. So beträgt die Frist zur Beendigung der Tätigkeit als Freier Mitarbeiter gemäß Ziffer 4.6 des beim MDR geltenden Tarifvertrags nach einem Jahr wiederkehrender Tätigkeit 1,5 Monate zum Monatsende und steigt gestaffelt bis auf zwölf Monate nach 20 Jahren wiederkehrender Tätigkeit. Nach einem Bestand von 15 Jahren wiederkehrender Tätigkeit und insgesamt 25 Beschäftigungsjahren in Folge darf das Verhältnis nur aus wichtigem Grund beendet werden. Auch der Tarifvertrag beim WDR enthält keine Regelungen, die der sozialen Rechtfertigung der Kündigung nach dem KSchG entsprechen. In § 13 ist aber ein „Beendigungsgeld“ geregelt, auf das eine arbeitnehmerähnliche:r Beschäftigte nach einer Beschäftigungsdauer von mindestens fünf Jahren Anspruch hat und das von der Jahresvergütung sowie der Beschäftigungsdauer abhängig ist. Bei der Deutschen Welle wird an den Begriff der „wesentlichen Einschrän-

15 Seifert, Fn. 2, S. 32.

16 Tarifverträge für Freie gelten bei allen Dritten Programmen, der Deutschen Welle, dem Deutschlandradio sowie dem ZDF, siehe zum Beispiel der Tarifvertrag für freie Mitarbeiter:innen des MDR; Grundlagenvertrag des WDR v. 1.4.2002 und die speziellen Tarifverträge. Die Tarifverträge sind online einsehbar und können ausgehend von der Seite <https://rundfunk.verdi.de/sender> erreicht werden (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

17 Manteltarifvertrag für Arbeitnehmer:innen und Arbeitnehmer in Unternehmen des privatrechtlichen Rundfunks v. 26.3.2012, § 1 Abs. 1.

18 Anschaulich im Honorarrahmen Deutschlandradio, gültig v. 1.4.2023 bis 31.3.2024, ähnlich z.B. die jeweiligen Honorar-Rahmen-Tarifverträge Fernsehen, für Hörfunk sowie für das Internet des WDR im Stand vom 21.12.2022.

19 Honorartarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen vom 9.7.2001 in Verbindung mit dem Leistungsartenkatalog DW.

20 Z.B. Ziffer 5 des bei MDR geltenden Tarifvertrags.

21 Siehe etwa Ziffer 6 des Tarifverträge beim MDR oder den Durchführungstarifvertrag Nr. 2 bei der Deutschen Welle.

kung“ der Tätigkeit der Mitarbeiterin/des Mitarbeiters angeknüpft, die zu einem „Ausgleichsanspruch“ führt, wenn nicht innerhalb einer gewissen Frist der Mitarbeiterin/dem Mitarbeiter eine „Einschränkungsmitteilung“ übermittelt wird.²²

Auffällig ist, dass die Tarifverträge zum Urheberrecht Stellung nehmen. Vielfach und schon seit Langem gelten gesonderte Tarifverträge über die Urheberrechte arbeitnehmerähnlicher Personen, so beim WDR²³ oder beim Bayerischen Rundfunk²⁴. Diese räumen dem Sender das umfängliche Nutzungsrecht an dem vom Kreativen gelieferten Werk ein und erlaubt beispielsweise auch Änderungen „aufgrund produktions- oder sendetechnischer Erfordernisse“.

Auch für Freie Mitarbeiter:innen bei Tageszeitungen, also selbstständige Journalist:innen, die auf Grundlage eines freien Mitarbeitervertrags Artikel schreiben, existiert ein „Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche freie Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen“ v. 22.2.2022²⁵, der für hauptberufliche freie Journalist:innen gilt. Kernbestandteil dieses Tarifvertrags ist die Festsetzung von Honoraren für Text- und Bildbeiträge in Abhängigkeit von der Auflage des Printmediums sowie der Druckzeilen der einzelnen Beiträge. Auch hier bestehen Regelungen zum Urheberrecht an den erstellten Werken. Außerdem ist eine Regelung zur „Beendigung der Zusammenarbeit“ enthalten: Nach einer mindestens sechsmonatigen ständigen Zusammenarbeit muss eine Beendigung der Zusammenarbeit mit einer Frist von einem Monat schriftlich angekündigt werden. Diese Frist verlängert sich nach einer zehnjährigen ununterbrochenen ständigen Zusammenarbeit auf drei und nach 20 Jahren auf sechs Monate.

Als Tarifvertrag nach § 12a TVG außerhalb der journalistischen Branchen ist der Vergütungsarbeitsvertrag Design zwischen der Allianz deutscher Designer (ADG) und den Selbstständigen Design Studios vom 26.11.2011 bekannt. Dieser gilt ausschließlich für die bei Design-Unternehmen „als selbstständige freie Mitarbeiter tätigen Designer“, die arbeitnehmerähnliche Personen sind (Ziffern 1.2.2 sowie 3.2 des Tarifvertrags). Inhaltlich legt der Tarifvertrag die Vergütung von Designleistungen in Abhängigkeit von Faktoren wie Nutzungsgebiet, Nutzungsdauer und Nutzungsintensität fest (Ziffer 7). Die Vergütung erfolgt damit letztlich werkbezogen. Die Regelung des Tarifvertrags bewirkt, dass die festgelegten Sätze nicht dem Kartellverbot unterliegen, mutmaßlich ein wichtiges Motiv für den Abschluss des Tarifvertrags. Weitere Regelungen des Tarifvertrags betreffen ebenfalls das Urheberrecht, das im vereinbarten Rahmen an den Auftraggeber übergeht. Als Grundsätze der Vertragsabwicklung (Ziffer 6 des Tarifvertrags) ist vereinbart, dass dem Designer vor der Vervielfältigung Korrekturmuster sowie Belegexemplare vorzulegen sind. Außerdem ist eine Haftungsbegrenzung zu Gunsten der Designerin/des Designers bezüglich der wettbewerbs- und markenrechtlichen Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit der Design-Entwürfe enthalten.

Weitere Tarifverträge nach § 12a TVG sind nicht bekannt. Doch nicht jede kollektive Organisation von Solo-Selbstständigen mündet in einen Tarifvertrag nach § 12a TVG. So engagieren sich viele Dozent:innen an Volkshochschulen (VHS) für faire Arbeitsbedin-

22 § 7 des Tarifvertrags für arbeitnehmerähnliche Personen der Deutschen Welle.

23 Durchführungsvertrag Nr. 4 – Tarifvertrag über die Urheberrechte arbeitnehmerähnlicher Personen des WDR v. 14.9.1981 i.d.F. v. 1.4.2001.

24 Tarifvertrag über die Urheberrechte arbeitnehmerähnlicher Personen des BR zwischen verdi, dem Bayerischen Journalisten Verband e.V. sowie dem BR.

25 Abgeschlossen zwischen den Verbänden der Zeitungsverlegern sowie dem Deutschen Journalisten Verband e.V. sowie der Deutschen Journalistinnen- und Journalisten-Union (dju) in verdi.

gungen und soziale Sicherheit. In Berlin fanden um 2021 zahlreiche Aktionen der selbst-organisierten VHS-Dozent:innenvertretung mit Unterstützung von ver.di statt. Erreicht wurden zahlreiche Verbesserungen der Vergütung, Arbeitsbedingungen und sozialer Absicherung. Diese wurden nicht in einem Tarifvertrag verankert, sondern in den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Vorschriften. So werden die erhöhten Honorare in den „Ausführungsvorschriften über Honorare und Aufwandsentschädigungen der Volkshochschulen“ vom 21.7.2022 geregelt, die aufgrund des § 8 Abs. 3 Berliner Erwachsenenbildungsgesetzes erlassen wurden.

Auch selbstständige Mitarbeiter:innen an Theatern und Bühnen setzen sich kollektiv für ihre Arbeitsbedingungen ein. Aufgrund der Gegebenheiten der Branche (u.a. Wechsel der Arbeitsstätte, begrenzter zeitlicher Umfang des Engagements) passt der Begriff der Arbeitnehmerähnlichen nach § 12a TVG nicht auf alle Solo-Selbstständigen. Vom Abschluss eines Tarifvertrags wurde daher bislang Abstand genommen.

Im vorliegenden Überblick nicht gänzlich ausgeklammert werden sollen die so genannten freien Berufe, also Ärzt:innen, Rechtsanwält:innen und Architekt:innen, für die eigene Vergütungsordnungen existieren. Insbesondere für niedergelassene Ärzt:innen ergibt sich die Vergütung auch aus Verhandlungen der kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem GKV-Spitzenverband (Gebührenordnung für Ärzte bzw. Einheitlicher Bewertungsmaßstab gem. § 87 Abs. 2 SGB V).²⁶ Der geschichtliche Hintergrund dieser Konzeption hat zwar durchaus eine Dimension der kollektiven Gegenmachtausübung.²⁷ Die Bedingungen im Gesundheitsbereich, insbesondere die Stellung der Krankenkassen, sind aber für diesen Bereich sehr speziell.

Bereits in der „neuen, digitalen Arbeitswelt“ verortet ist eine – im Vergleich zu den „herkömmlichen“ § 12a-Tarifverträgen – der Form nach, aber auch inhaltlich neuartige Regelung. In Folge einer Initiative des Deutschen Crowdsourcing-Verbandes und der IG Metall haben mehrere Crowdsourcing-Plattformen einen Code of Conduct unterzeichnet, der auch weiteren Plattformen offensteht.²⁸ Die Unterzeichnenden verpflichten sich, zehn Grundsätze einzuhalten: (1) Sie verpflichten sich, Crowdworker:innen keine illegalen oder unsittlichen Tätigkeiten zu übertragen. (2) Die Plattformen weisen die Crowdworker:innen auf ihre Rechte hin. (3) Es besteht die Pflicht, einen transparenten und angemessenen Lohn zu zahlen. (4) Es wird ein wertschätzendes und angenehmes Arbeitsumfeld geschaffen. (5) Die Crowdsourcing-Plattform beachtet respektvoll die Beziehung zwischen Auftraggeber und Crowdworker. (6) Die Aufgaben der Crowdworker:innen sind klar zu definieren, was eine detaillierte Beschreibung der Kriterien für eine erfolgreiche Ausführung einschließt. (7) Crowdsourcing muss auf Freiwilligkeit und zeitlicher und räumlicher Ungebundenheit basieren. (8) Crowdworker:innen erhalten konstruktives Feedback. (9) Die Aufgaben müssen schriftlich dokumentiert freigegeben werden, und es muss die Möglichkeit zur Nachbesserung bestehen. (10) Der Datenschutz ist zu berücksichtigen. Ein unparteiisches Beschwerdeverfahren muss eingerichtet werden. Crowdworker:innen, die sich in einem dieser Rechte verletzt fühlen, können eine unparteiische Ombudsstelle anrufen.

26 Näher Seifert (Fn. 2), S. 35 ff.

27 Hierzu siehe Rixen, SR 5/2024, S. 150 ff.

28 Informationen finden sich unter <https://www.crowdsourcing-code.de/> (zuletzt aufgerufen am 14.10.2024).

Um die Praxis kollektiver Interessenvertretung von Selbstständigen in Tarifverträgen einzuordnen, mag auch ein Blick nach Österreich aufschlussreich sein.²⁹ Dort existiert neben Arbeitnehmer:innen und Unternehmer:innen die durch die Rechtsprechung anerkannte, in § 4 Abs. 4 des allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes verankerte Gruppe der „freien Dienstnehmer“. Es handelt sich um Personen, die auf der Grundlage eines Dienstvertrages (nicht eines Werkvertrags) für einen Auftraggeber tätig sind, ohne persönlich abhängig zu sein.

Auch in Österreich gelten Kollektivverträge grundsätzlich nur für Arbeitnehmer:innen, auch freie Dienstnehmer:innen sind grundsätzlich nicht erfasst. Ausnahmen zu Gunsten von Solo-Selbstständigen bestehen – insoweit ähnlich wie in Deutschland – v.a. im Medienbereich.³⁰ Allerdings können gemäß § 17 Journalistengesetz Honorarbedingungen und Aufwandsentschädigungen für Freie Mitarbeiter:innen durch Gesamtverträge geregelt werden.³¹ Im betreffenden Kollektivvertrag werden Vergütung (§ 21), Werknutzung (§ 22), eine Pauschale für die Nutzung eigener Arbeitsmittel (§ 18 Abs. 2, 3) sowie ein Zuschuss zur Betriebsunterbrechungsversicherung für Freie Mitarbeiter:innen geregelt.

Außerhalb des Medienbereichs besteht eine Regelung im Kollektivvertrag für private Bildungseinrichtungen³². § 17a des Kollektivvertrags enthält ein Mindesthonorar für freie Dienstnehmer:innen, die vom österreichischen Arbeitsmarktservice mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut sind. Außerdem wird für Heimarbeiter:innen, also Personen, die gemäß des Heimarbeitsgesetzes in der eigenen Wohnung mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt sind, von Amts wegen ein Heimarbeitsstarif festgelegt. Die praktische Bedeutung ist aber gering. Sowohl die Gewerkschaft *vida* als auch die Gewerkschaft der Angestellten in der Privatwirtschaft GPA bieten Services für Arbeitnehmerähnliche an.

b) Inhaltliche Systematisierung

Die für arbeitnehmerähnliche Personen abgeschlossenen Tarifverträge weisen Besonderheiten auf. Dies betrifft die Vergütung, die, wie die Analyse gezeigt hat, in vielen Fällen letztlich werkbezogen ermittelt wird, also nicht nach Arbeitszeit erfolgt. Dies hängt mit dem Charakteristikum der Rechtsbeziehung ab: Selbstständige werden gerade beauftragt, um gegen Honorar eine definierte – und damit häufig auch verkehrsfähige – Leistung zu erhalten.

Auch die im Austausch stehende Leistung wird in den Tarifverträgen geregelt. Im kreativen Bereich ist das Arbeitsergebnis schutzfähig, was eine marktförmige Organisati-

29 Auf Österreich wird aufgrund von Verfügbarkeit belastbarer Informationen und Zugänge eingegangen. aufschlussreich zu weiteren Staaten auch Seifert (Fn. 2), S. 38 ff.

30 Seifert (Fn. 2), S. 42 f.

31 Kollektivvertrag für journalistische Mitarbeiter/-innen bei österreichischen Zeitschriften und Fachmedien i.d.F. v. 1.1.2024, <https://www.kollektivvertrag.at/kv/journalistische-mitarbeiter-innen-bei-oesterr-zeitschriften-und-fachmedien-ang/aenderung-historie/646593?term=journalisten> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

32 Kollektivvertrag für Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der privaten Bildungseinrichtungen i.d.F. v. 1.5.2024, <https://www.kollektivvertrag.at/kv/babe-private-bildungseinrichtungen-arb-ang/aenderung-historie/666120> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

on der jeweiligen Branchen gewährleistet.³³ In den Tarifverträgen werden Nutzungsrechte an dem kreativen Werk dem Auftraggeber zugewiesen und ausgestaltet.³⁴ Eine wichtige Rolle kommt in diesem Zusammenhang dem Urheberrecht zu. Damit nicht für jeden Beitrag eine gesonderte Übertragung der Rechte vereinbart werden muss, sehen Tarifverträge zum Urheberrecht vor, dass dem Auftraggeber die umfassenden urheberrechtlichen Nutzungsrechte eingeräumt werden. Dies entspricht funktional dem für das Arbeitsrecht geltenden Verständnis, wo die Rechtsprechung in Ermangelung konkreter Absprachen einen konkludenten vertraglichen Übergang der urheberrechtlichen Nutzungsrechte auf den Arbeitgeber für Werke annimmt, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses entstanden sind.³⁵ Letztlich entspricht auch der Eigentumserwerb des Arbeitgebers bei Herstellung und Verarbeitung gegenständlicher Arbeitsergebnisse diesem Grundsatz.

In den Tarifverträgen für Arbeitnehmerähnliche wird zudem ein Bestandsschutz geregelt, der zwar Kündigungsfristen enthält, aber anders als nach den Grundsätzen des für Arbeitnehmer:innen geltenden KSchG i.d.R. nicht vorsieht, dass Kündigungen einer Begründung oder Rechtfertigung bedürfen. Auch die Regelungen zum (bezahlten) Urlaub oder der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bzw. der Eltern- bzw. Mutterschutz werden ans Arbeitsrecht angelehnt, wenn auch mit Besonderheiten.

Natürlich ist von nicht minder großem Interesse, welche Themen in den Tarifverträgen nicht geregelt ist. Dies betrifft in erster Linie die Lage und die Länge Arbeitszeit, wozu sich in den Tarifverträgen keine Regelungen finden.

c) Mögliche Gründe der geringen Verbreitung von Tarifverträgen für arbeitnehmerähnliche Personen

Woran es liegt, dass Tarifverträge für Solo-Selbstständige nur in bestimmten Bereiche etabliert wurden, bedarf näherer Untersuchung. Plausibel erscheint es, dass in besonders prekären Bereichen wie bei Saisonkräften in der Landwirtschaft Solo-Selbstständigkeit ein Instrument der Arbeitgeber ist, die sozialen Standards des Arbeitsverhältnisses zu umgehen. Rechtliche Strategien zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen setzen dementsprechend nicht an der Regulierung des Status der Werkverträge an, sondern an der Überführung in „reguläre“ Arbeitsverhältnisse. Generell könnte bei prekären Formen der Solo-Selbstständigkeit die Befürchtung bestehen, dass diese im Fall der Regulierung durch Tarifverträge verstetigt werden könnten. Entsprechendes könnte auch in der Digitalwirtschaft gelten, wo Tarifverträge für Solo-Selbstständige die Entwicklung behindern könnten, dass Lieferdienste Fahrer:innen auf der Grundlage von Arbeitsverhältnissen beschäftigen.

In anderen Bereichen wie der Kreativwirtschaft hingegen könnte es das Selbstverständnis als Selbstständige sein, das eine Organisation und Etablierung von Tarifverträgen erschwert. Einen wesentlichen Grund dürfte aber der unzureichende rechtliche Rahmen darstellen, der Tarifverträge für diese Personengruppe nur eingeschränkt vorsieht. Der Status der Arbeitnehmerähnlichkeit des § 12a TVG erfasst nur einen Teil der Solo-

33 Zur – schon lange untersuchten – Bedeutung der rechtlichen Codierung von abstrakten Gütern aktuell Pistor, der Code des Kapitals, Berlin 2023.

34 Siehe zum Urheberrecht auch Seifert (Fn. 2), S. 32 ff.

35 Instruktiv zur Urheberrecht im Arbeitsverhältnis etwa Becker, in: Deinert/Wenckebach/Zwanzi-ger, Handbuch Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2023, § 57 Rn. 62 ff.

Selbstständigen, die wirtschaftlich abhängig sind. Gegen Tarifverträge von Selbstständigen, die keine Arbeitnehmerähnlichen sind, bestehen kartellrechtliche Bedenken. Dass Arbeitnehmerähnliche überwiegend für eine Person tätig sind und sie das Entgelt überwiegend von einer Person beziehen müssen (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 a) und b) TVG), hat beispielsweise die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vom Abschluss von Tarifverträgen für selbstständige Kreative abgehalten.³⁶ Die Leitlinien der EU-Kommission „zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“³⁷ könnten dazu beitragen, dass die rechtlichen Barrieren für die Etablierung kollektiver Standards gesenkt werden.³⁸ Daneben werden gesetzliche oder branchenspezifische Mindestarbeitsbedingungen für die Tätigkeit von Solo-Selbstständigen diskutiert.³⁹

4. Ausblick für die Regulierung von Arbeit in der digitalen Plattformwirtschaft

Der Überblick über die Praxis kollektiver Vereinbarungen von Arbeitnehmerähnlichen zeigt, dass bestehende Regulierungen die Rechtsverhältnisse dieser Gruppe von „Selbstständigen“, die in einer langfristig angelegten Rechtsbeziehung zu einem Auftraggeber stehen, in einigen Bereichen Arbeitsverhältnissen annähern. So baut der in den Tarifverträgen verbreitet enthaltene Urheberschutz den Status der Arbeitnehmer:innen als Urheber:innen nach.

Einige der Unterschiede in der rechtlichen Konstruktion der Tarifverträge können so interpretiert werden, dass sie aus den Besonderheit der Arbeitnehmerähnlichen gegenüber Arbeitnehmer:innen resultieren: Wenn beispielsweise die Arbeitszeit konkret geregelt würde und ihre Dauer für die Vergütung maßgeblich wäre, wäre dies ein Indiz für die Arbeitnehmer:innen-Stellung – gesonderte Tarifverträge für Arbeitnehmerähnliche bräuchte es dann gar nicht. Außerdem kommt es für die Frage, wie erfolversprechend es sein kann, die eigenen Interessen auf kollektivem Wege zu verfolgen, natürlich darauf an, wie durchsetzungsfähig die Beschäftigtengruppe ist.

Der Grund für den festgestellten Regelungsgleichlauf dürfte auch in der Charakteristik von Arbeitnehmerähnlichen bestehen, deren tatsächliche Interessenlage in wichtigen Aspekten Arbeitnehmer:innen recht ähnlich ist. Freie Mitarbeiter:innen der Rundfunkanstalten sind auf die Aufträge, für die Anstalten tätig zu werden, wirtschaftlich angewiesen. Ihre persönliche Abhängigkeit ist zwar gelockert. Sie müssen bei der Aufgabenerfüllung bestimmte Rahmenbedingungen beachten, haben aber bei der Ausführung größere Freiheiten, was ihre persönliche Abhängigkeit reduziert. Dennoch: Auch im Medienbereich wird der Arbeitsprozess durch Entscheidungen des Arbeitgebers organisiert, auch Arbeitnehmer-Ähnliche sind in die Arbeitsorganisation (beispielsweise bei

36 Vgl. etwa die Erklärung v. 29.9.2022, „Tarifverträge für selbstständige Kreative werden möglich“, <https://kunst-kultur.verdi.de/schwerpunkte/gemeinsam-verhandeln/tarifvertrag-selbststaendige/+co++e806bf16-3ff8-11ed-bfbc-001a4a160117> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

37 ABl. EU vom 30.9.2022, C 374/02, S. 2-13.

38 In diesem Sinne etwa die Pressemitteilung von ver.di vom 29.9.2022, „EU ebnet den Weg zu Kollektivvereinbarungen für Selbstständige“, <https://www.verdi.de/presse/pressemitteilungen/++co++ba5920c8-3fde-11ed-8823-001a4a16012a> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024).

39 Instruktiv Hlava/Klebe, Mindesthonorare für Selbstständige, FES impuls 2021, S. 1.

der Programmgestaltung und Erstellung der Presse-Erzeugnisse) eingebunden und auf Folgeaufträge angewiesen.

Ausgehend von dem Überblick über bestehende Regulierungen für Arbeitnehmerähnliche lassen sich einige Thesen zum Weiterdenken und Weiterforschen über das große Thema der kollektiven Regelbarkeit „digitaler Arbeitsverhältnisse“ bilden, das anderswo vertieft diskutiert wird.⁴⁰

1. Für Arbeitnehmerähnliche existieren einige Tarifverträge. Für Selbstständige, die nicht als Arbeitnehmerähnliche zu qualifizieren sind, weil sie etwa für unterschiedliche Auftraggeber tätig sind, sind solche hingegen nicht bekannt – weil diese rechtlich nicht zulässig sind. Die Arbeit in der digitalen Plattformwirtschaft ist aber gerade dadurch gekennzeichnet, dass kleine Arbeitspakete für unterschiedliche Auftraggeber erbracht werden können, die über eine Plattform vermittelt werden. Die Aussagekraft der bestehenden Tarifverträge für Arbeitnehmerähnliche für diese Gruppe dürfte schon aus diesem Grund begrenzt sein. Der Status der Arbeitnehmerähnlichkeit ist daher nicht geeignet, ein Schutznetz für die in der digitalen Plattformarbeit Tätigen zu spannen.
2. Ansatzpunkt für eine Regulierung könnte jedoch die dauerhafte Rechtsbeziehung zu der Plattform sein. Dass sich auch in dieser Rechtsbeziehung Anliegen wie Vergütung und ein Bestandsschutzinteresse im Prinzip kollektiv regeln lassen, zeigen Ansätze wie der Code of Conduct für Crowdwork-Plattformen.
3. In der nicht-digitalen Wirtschaft sind übergreifende Regelwerke für die Vergütung von Selbstständigen insbesondere bei den Berufen zu finden, deren Berufsausübung in Kammern organisiert sind, wobei gerade bei niedergelassenen Ärzt:innen zwischen Krankenkasse und Patient:in eine mit einigen Bereichen der Plattformwirtschaft vergleichbare Dreiecksbeziehung besteht. Aufgrund der Besonderheiten dieser sozialrechtlich überformten Rechtsbeziehungen dürften sich hier aber nur begrenzt Parallelen ziehen lassen.
4. Eine größere Ähnlichkeit der Tarifverträge für Arbeitnehmerähnliche besteht mit Konstellationen, bei denen eine Vermittlungsplattform „Arbeitspakete“ vermittelt, die auf eine langfristige Rechtsbeziehung angelegt sind, die nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als Dienst- oder Werkvertrag qualifiziert wird, wie bei der Vermittlung von häuslicher Dienstleistungen einschließlich Pflege. Wo solche Konstellationen nicht als Arbeitsverträge qualifiziert werden können, besteht ein Bedürfnis nach entsprechendem Schutz, der im Prinzip über Kollektivverträge hergestellt werden könnte.
5. Eine der Besonderheiten der Plattformwirtschaft, die für die untersuchten Tarifverträge für Arbeitnehmerähnliche keine Rolle spielt, liegt im algorithmischen Management. Es macht die „Weisung“ bzw. „Beauftragung“ technischer und unpersönlicher. Algorithmisch gesteuert wird aber auch die eigentliche Gegenleistung der Arbeit, die Vergütung. In der Plattformwirtschaft sind Vergütungsstrukturen („Monetarisierung“) in höherem Maße flexibel und stärker veränderlich als bei arbeitnehmerähnlichen Solo-Selbstständigen. Anders ausgedrückt: Das wirtschaftliche Risiko liegt stärker auf der Seite der Auftragnehmer:innen, das Arbeitseinkommen wird weniger berechenbar.

40 Vertiefend hierzu etwa Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto (Hrsg.), Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 2023.

6. Bereits bei den analysierten Tarifverträgen für Solo-Selbstständige spielen Vergütungsgrundsätze eine zentrale Rolle. Der Umstand, „durch den Algorithmus“ ungerecht und willkürlich behandelt zu werden, dürfte auch in der digitalen Plattformwirtschaft eine große Rolle spielen. Dies gilt sowohl für den eigentlichen Anlass der kollektiven Organisation. Denn der Anlass hierfür ist oft eine individuelle, besonders krasse Ungerechtigkeitserfahrung. Darüber hinaus dürften die Transparenz und Vorhersehbarkeit der Aufgabenzuweisung Gegenstand kollektiver Regulierung werden. Denn auch algorithmisches Management ist Management – die Herrschaft über den Wirtschafts- und Arbeitsprozess. Dass diese Macht über den Arbeitsprozess in digitaler Form und mit damit einher gehenden Gesetzmäßigkeiten ausgeübt wird, ändert nichts daran, dass sie änderbar und beeinflussbar ist.
7. Algorithmisches Management muss aufgrund Art. 7 der Plattformarbeits-Richtlinie der EU gesetzlich geregelt werden. Es liegt nahe, dass auch in der digitalen Wirtschaft die Form, in der diese Einflussnahme auf den „Algorithmus als Manager“ ausgeübt wird, durch eine verbindliche Zusage des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft bzw. einer Interessenvertretung erfolgt und die Regelungen der Richtlinie so auf den konkreten Kontext heruntergebrochen werden. Ein erster Ansatz bildet der Code of Conduct, der von einigen Crowdsourcing Plattformen im Umfeld der IG Metall erarbeitet wurde und der einige Grundsätze für faire Bezahlung, Transparenz und eine Ombudsstelle zur Streitschlichtung enthält.⁴¹ Generell: Die rechtsverbindliche Verankerung von Standards in kollektiven Verträgen ermöglicht es, Standards für die Begrenzung der Willkür algorithmischer Steuerung zu etablieren.

41 Informationen finden sich unter <https://www.crowdsourcing-code.de/> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2024); überblicksartig zu gewerkschaftlicher Gegenmacht im Crowdwork auch Hertwig/Papsdorf, Köln Z Soziol, Supplement 1, 2022, S. 81, 98 f.

Eva Kocher/Joanna Bronowicka

Kampf und Offenheit – Wie muss eine Gewerkschaft im Rechtssinne organisiert sein?¹

In der Plattformarbeit entstehen zunehmend weltweit Arbeiter:innenkollektive – Organisationsformen für Kämpfe und Proteste, die sich von etablierten Organisationen wie z.B. den DGB-Gewerkschaften durch geringere Hierarchien, größere Offenheit und Dezentralität unterscheiden. Der Artikel zeigt, dass solche Organisationsprinzipien mit den überkommenen rechtlichen Vorstellungen von einer „Gewerkschaft“ kollidieren können, und regt ein Nachdenken über das Organisationsverständnis des deutschen kollektiven Arbeitsrechts an.

1. Einführung

Im Jahre 2021 wurde der Online-Express-Supermarkt *Gorillas* (mittlerweile vom Lieferservice *Getir* übernommen) mehrfach bestreikt. Das Unternehmen betrieb in Berlin mehrere Lager („ware houses“), aus denen es Kleinstlieferungen organisierte. Die Beschäftigten („Picker“ und „Rider“) hatten Arbeitsverträge, waren aber überwiegend befristet angestellt und kämpften u.a. für bessere Bezahlung, bessere Arbeitsbedingungen und sichere Fahrräder. Das Unternehmen wurde nicht nur in diesem Arbeitskampf für seine Methoden des „Union-Busting“ berüchtigt.² So kündigte es vielen, die an den Streiks teilnahmen, fristlos.

Allerdings waren diese Kündigungen keineswegs eindeutig rechtswidrig. Die Streikaktionen waren allerdings mit dem Hashtag #wildeStreiks angekündigt. Und „verbandsfreie“, „wilde“ Streiks werden nach deutschem Recht als rechtswidrig angesehen; die Teilnahme an ihnen ist deshalb durchaus geeignet, einen Kündigungsgrund darzustellen. Die *Gorillas*-Arbeiter:innen und ihr Rechtsanwalt präsentierten die Kündigungsschutzverfahren vor diesem Hintergrund auch als strategisches Mittel und Teil einer rechtlichen

1 Der Text entstand in einer Zusammenarbeit der beiden Autorinnen im Rahmen verschiedener Forschungsprojekte, u.a. eines Projekts der Hans-Böckler-Stiftung 2017/2018 („The App as a Boss“) und der DFG-Forschungsgruppe „Recht Geschlecht Kollektivität“ 2021-2024. Die Autorinnen haben zu einigen der hier behandelten Fragen schon an anderen Stellen veröffentlicht; darauf wird in den Fußnoten jeweils hingewiesen.

2 Siehe z.B. Fairwork Foundation, Fairwork Deutschland Ratings 2021: Arbeitsstandards in der Plattformökonomie, S. 22 ff (https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2022/04/Fairwork_Report_Germany-2021_DE-revised.pdf).

Kampagne, die das Verbot des „wilden Streiks“ bis in die höchsten Rechtsprechungsinstanzen hinterfragen sollte.³

Nun entsprachen aber nicht alle dieser Arbeitskämpfe dem Bild, das man sich herkömmlich von einem wilden Streik macht. Der typische wilde Streik ist eher einer, in dem Arbeitnehmer:innen relativ spontan als Protest gegen eine konkrete Maßnahme des Arbeitgebers die Arbeit einstellen.⁴ Jedenfalls im Herbst 2021 hatten sich die Beschäftigten bei Gorillas jedoch Wochen vor den Streiks kollektiv organisiert und koordiniert. Wäre es nicht die naheliegendere rechtliche Strategie gewesen, den Streik als rechtmäßig zu behaupten? Schließlich waren mit dem Label „wilder Streik“ erhebliche rechtliche Risiken für alle Streikteilnehmenden verbunden, nicht zuletzt für migrantische Beschäftigte, deren Aufenthaltsstatus durch die Kündigung in Gefahr geriet.⁵

Eine verborgene Vorgeschichte kann zumindest teilweise erklären, weshalb die Aktivist:innen glauben mussten, ihr Kollektiv könne ohnehin keinen rechtmäßigen Streik führen, weil es nicht als Gewerkschaft anerkannt werde: Das LAG Berlin-Brandenburg hatte 2010 eine Entscheidung zu einem Streik der Freien Arbeiter*innen-Union (FAU) getroffen, die der FAU Berlin absprach, eine Gewerkschaft im Rechtssinne zu sein. Auch wenn die Entscheidung damals in Rechtspraxis und Wissenschaft praktisch nicht wahrgenommen wurde: Sie war in Kreisen des migrantischen Arbeitsaktivismus in Berlin immer latent bekannt. Schließlich war es auch die FAU Berlin, die in den Jahren ab ungefähr 2017 erfolgreich Plattformarbeiter:innen, insbesondere in der Lebensmittellieferung organisierte, darunter viele Migrant:innen, und zwar sowohl Beschäftigte mit Arbeitsvertrag als auch solche ohne („Selbstständige“).⁶

Die neuen Arbeitsaktivist:innen entnahmen der Entscheidung von 2010, dass ihre Organisationsformen nicht mit juristischem Wohlwollen rechnen durften.⁷ Eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom April 2023 schien diese Vermutung zu bestätigen; hier wurde die Organisationsform der Gorillas-Aktivist:innen selbst („WhatsApp-Gruppe“) für unzureichend erklärt.

Leider sind beide Entscheidungen bisher kaum diskutiert worden. Die Fragen, die sie aufwerfen, sind aber von großer Bedeutung für die Zukunft der Gewerkschafts- und Arbeiter:innen-Bewegung, und das Arbeitsrecht spielt dabei eine zentrale Rolle. Neue

3 Dies war erfolglos; siehe die Abweisung der Kündigungsschutzklagen durch ArbG Berlin 6.4.2022 – 20 Ca 10257/21; LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868 und 869/22 (Gorillas Workers), dort Rn. 87 ff zur Zurückweisung des Arguments aus Art. 6 Nr. 4 ESC; die Revision wurde nicht zugelassen.

4 Vgl. Zöllner, auf der Podiumsdiskussion „Kodifizierung des Arbeitskämpfrechts?“ auf dem 51. Deutschen Juristentag 1976, R 36. So auch die Streiks bei Gorillas im Februar 2021 (Schneesturm) und im Sommer 2021 (Kündigung eines Riders).

5 Siehe zu diesen Fragen auch schon Eva Kocher, Gorillas im Arbeitskampf: Arbeitsaktivismus in Zeiten der Plattformarbeit, VerfBlog, 2021/10/21, <https://verfassungsblog.de/gorillas-im-arbeitskampfe/>.

6 Mirela Ivanova/Joanna Bronowicka/Eva Kocher/Anne Degner, The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management. In: Arbeit | Grenze | Fluss. Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung, 2018, dort auch zur rechtlichen Einordnung der Selbstständigkeit, die in Wirklichkeit Scheinselbstständigkeit war.

7 Zu diesen Zusammenhängen siehe auch Joanna Bronowicka, ReWriting als Ausgangspunkt für eine feministische Reflexion über den Gewerkschaftsbegriff im deutschen Arbeitsrecht, in: Binder/Kocher (Hrsg.), Recht umkämpft. Feministische Perspektiven auf ein neues Gemeinsames, Verlag Barbara Budrich, 2024 (i.E.).

Organisationsformen stellen herkömmliche rechtliche Verständnisse von einer Gewerkschaft in Frage und fordern dazu heraus, klarer als bisher zu analysieren, weshalb das Arbeitsrecht organisatorische Anforderungen an Arbeiter:innen-Kollektive stellen sollte, wie diese konkret zu erfüllen sind, und welche Anforderungen sich bei genauerem Hinsehen nicht schlüssig begründen lassen.

Im Folgenden stellen wir die beiden erwähnten Entscheidungen vor, in denen das LAG Berlin-Brandenburg nicht-hierarchische Organisationen in Frage stellte. Indem wir sie in der arbeitsrechtlichen Dogmatik zum Gewerkschaftsbegriff verorten, hinterfragen wir das kollektive Arbeitsrecht auf seine Vorstellungen von Organisation. Uns interessiert insbesondere die Zukunftsfähigkeit dieser Vorstellungen, mit Blick auf einen neuen, oft migrantisch geprägten, Arbeitsaktivismus, der nicht nur stärker auf digitale Kommunikation, sondern auch stärker auf Gemeinschaft und Kollektiv setzt als auf Hierarchie.

2. Das LAG Berlin-Brandenburg im Fokus

a) Die FAU: keine Gewerkschaft?

Im Jahr 2009 gab es im Kino Babylon in Berlin-Mitte ein Arbeitskonflikt über Löhne und Arbeitsbedingungen. Nachdem sich im Jahr zuvor ein Betriebsrat gebildet hatte, wollten die Beschäftigten des Kinos nun einen Tarifvertrag mit der Geschäftsleitung aushandeln. Unterstützung erhielten sie dabei von der FAU (Freie Arbeiter*innen-Union), die sich als „Zusammenschluss von unabhängigen, basisdemokratischen Gewerkschaften“ versteht.⁸ Als die Geschäftsführung des Kinos sich weigerte, mit den Beschäftigten des Berliner Syndikats der FAU zu verhandeln, rief diese zu einem Boykott des Kinos auf. Dem hiergegen gerichteten Antrag der Geschäftsleitung auf einstweilige (Unterlassungs-)Verfügung gaben Arbeitsgericht Berlin und Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (LAG) statt.⁹

Rechtlich stellte das LAG die Frage nach der Eigenschaft der FAU als Gewerkschaft in den Mittelpunkt. Dies geht auf die Rechtsprechung des BAG zurück, wonach eine Arbeitskämpfmaßnahme nur dann rechtmäßig sein soll, wenn eine Gewerkschaft im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen zu ihr aufgerufen hat.¹⁰ Das LAG verneinte die Frage, ob es sich bei der FAU um eine Gewerkschaft handelte; es stützte sich dabei auf zwei Argumente:¹¹

8 Freie Arbeiter*innen-Union (2024). <https://www.fau.org/> [Zugriff: 22.04.2024].

9 Das LAG hatte sich leider mit der Problematik des Prüfungsmaßstabs im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht beschäftigt; siehe dazu jetzt gut begründet LAG Hessen 9.1.2024 – 10 Gla 16/24 (GDL) (Erlass einer einstweiligen Verfügung nur bei offensichtlich fehlender Tariffähigkeit). Vgl. auch Frank Bayreuther, NZA 2024, 649 zum Verhältnis des Feststellungsverfahrens § 97 Abs. 5 ArbGG zum einstweiligen Verfügungsverfahren um eine Arbeitskämpfmaßnahme.

10 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 429/62; kritisch zu diesen Anforderungen Grégory Garloff, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Kommentar TVG und Arbeitskämpfrecht, 8. Aufl. 2024, AKR Rn. 201 ff (i.E.).

11 LAG Berlin-Brandenburg 16.2.2010 – 19 SaGa 2480/09; siehe auch die beiden Anmerkungen: Wolfgang Däubler, Tariffähigkeit einer syndikalistischen Arbeitnehmervereinigung, AiB 2012, 692; Anne Degner/Eva Kocher, Arbeitskämpfe in der „Gig-Economy“? Die Protestbewegungen der Foodora- und Deliveroo-„Riders“ und Rechtsfragen ihrer kollektiven Selbstorganisation, KJ 2018, 247–265.

(1) Es stellte einerseits die Durchsetzungsmächtigkeit „zumindest in einem nicht unerheblichen Teil“ des beanspruchten Zuständigkeitsbereiches in Frage. Die FAU Berlin organisierte Mitglieder im gesamten Stadtgebiet von Berlin und angrenzenden Kommunen. In „diesem verhältnismäßig großem Tarifgebiet mit abertausenden Arbeitnehmern“ hatte sie nur 100 Mitglieder.¹²

Das LAG übersah hier allerdings, dass die FAU keine tarifpolitische Zuständigkeit für den gesamten Bereich Berlin beanspruchte. Der Abschluss eines Flächentarifvertrags widerspricht schließlich ihren syndikalistischen Prinzipien. Wo sie Mitglieder hat, strebt sie allein Firmen-/Haustarifverträge ab (deren Geltungsbereich sich auf das jeweilige Unternehmen beschränkt).¹³ In der Gesamtschau waren Zuständigkeit und Ressourcen somit weitgehend deckungsgleich, weshalb das Argument des LAG zur Durchsetzungsmacht nicht überzeugt.¹⁴

(2) Aber dies ist gar nicht der interessanteste Teil dieses Urteils. Am interessantesten sind die Aussagen des LAG zu seiner Behauptung, die FAU sei nicht ausreichend „überbetrieblich organisiert“. Hierzu bewertete es die (syndikalistische) nicht-hierarchische und auf basisdemokratischen Prinzipien beruhende Organisationsform:

Es „ergibt sich nicht mit hinreichender Sicherheit, dass die Beklagte [die FAU Berlin] so schlagkräftig organisiert ist, dass sie auch gegen den Willen einiger weniger Mitglieder in einer tarifpolitisch schwierigen Situation ihre Forderungen aufrechterhalten bzw. durchhalten kann. [...] Offensichtlich hat den entscheidenden Einfluss bei der Beklagten die jeweilige Betriebsgruppe, die für den Arbeitskampf und die Tarifangelegenheit zuständig ist und aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen muss. Dies entspricht zwar basisdemokratischen Grundsätzen, widerspricht aber allgemeinen Erfahrungen des Arbeitskampfalltags für eine ausreichende, durchsetzungskräftige Organisation des tarifpolitischen Willens bei der Beklagten. Die organisationspolitische Konzentration der Beklagten auf den jeweiligen Betrieb und die jeweilige Betriebsgruppe mag als syndikalistisches Prinzip gewollt sein, verhindert jedoch die stabile Organisation eines überbetrieblich erforderlichen tarifpolitischen Willens.“¹⁵

Die Bezugnahme auf die „allgemeinen Erfahrungen“ und den „Arbeitskampfalltag“ ist bemerkenswert, weil sie zu Tage bringt, woher das Gericht die normativen Vorstellungen bezieht, die es bei seiner Argumentation zugrunde legt.¹⁶

Wie das LAG die Mängel der basisdemokratischen Entscheidungsfindung beschreibt, lässt jedenfalls implizit einiges erkennen: Es hält es für erforderlich, dass der tarifpolitische Wille „überbetrieblich“ gebildet wird (unabhängig davon, ob Haus- oder Flächentarifverhandlungen geführt werden). Und es ist der Meinung, dass der Wille so „stabil“ gebildet sein muss, dass er nicht durch einzelne Mitglieder oder Betriebsgruppen wirksam in Frage gestellt werden kann. Letztlich hat es also normativ eine stärker hierarchische Organisation vor Augen.

12 Vor allem dieses Detail des Falles ist bisher rezipiert worden (Michael H. Korinth, ArbRB 2014, 221 ff; LAG Hessen 9.1.2024 – 10 Gla 15/24 (oben Fn. 9), Rn. 58).

13 FAU Berlin, Satzung, § 1 Nr. 4 c) sowie Anhang zur Satzung.

14 So bereits Däubler AiB 2012, 692 (oben Fn. 11).

15 LAG Berlin-Brandenburg 16.2.2010 – 19 SaGa 2480/09 (oben Fn. 11).

16 Eva Kocher, Objektivität und gesellschaftliche Positionalität. KJ 2021, 268–283.

b) Die WhatsApp-Gruppe der Gorillas-Arbeiter:innen: keine Gewerkschaft?

In der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom April 2023 ging es rechtlich zunächst um eine ähnliche Frage. Streitgegenstand waren Kündigungsschutzklagen von Aktivist:innen, die an Streiks für bessere Arbeitsbedingungen im Herbst 2021 teilgenommen hatten. Diese machten im Verfahren u.a. geltend, dass eine Gewerkschaft zu diesen Arbeitskampfmaßnahmen aufgerufen habe, und verwiesen darauf, dass die Streiks in einer WhatsApp-Gruppe vorbereitet worden seien. Das LAG verneinte die Frage, ob die „WhatsApp-Hauptgruppe“ der Beschäftigten eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sei.¹⁷ Die Kernsätze lauten:

Unter der Voraussetzung, dass der Gruppe „alle Beschäftigten des B ausgenommen die Vorgesetzten angehörten [...] die Beschäftigten freiwillig dieser Gruppe angehörten und diese Gruppe demokratisch strukturiert war, [...] sei bei der Abstimmung über einen Streik] erforderlich gewesen darzulegen, für welche Forderung man habe streiken wollen und dass alle Mitglieder der WhatsApp Gruppe die Möglichkeit hatten, über die Führung eines Streiks zur Durchsetzung dieser Forderungen abzustimmen und dass auch tatsächlich abgestimmt wurde. Der WhatsApp-Hauptgruppe fehlt mangels Darlegung der mitgliedschaftlichen Organisation die Möglichkeit, die mit dem Streik verfolgten Forderungen im Falle ihrer Durchsetzung gegenüber den Mitgliedern umzusetzen, wie dies Gewerkschaften durch Abschluss von Tarifverträgen möglich ist.

Auch wenn die Rechtsfrage (Gewerkschaftsbegriff) hier ähnlich ist, geht es hier also um ein anderes Thema als 2010; hier sah das LAG Probleme bei der „mitgliedschaftlichen Struktur“ und bei der Klarheit in den internen Abstimmungsprozessen.

3. Der Gewerkschaftsbegriff im deutschen Arbeitsrecht

Beiden Entscheidungen liegt u.a. ein spezifisches Verständnis des Zusammenhangs von Tarifverhandlungen und Arbeitskampf zugrunde, das höchst problematisch ist.¹⁸ Darüber hinaus aber werfen die beiden Entscheidungen wichtige konzeptionelle Fragen zur internen Organisation von Gewerkschaften als Organisationen auf; dieser Artikel konzentriert sich auf diese Fragen:

- Wie hierarchisch muss die Organisation verfasst sein – inwiefern widersprechen basisdemokratische Organisationen mit flachen Hierarchien den Funktionen, die eine Gewerkschaft rechtlich zu erfüllen hat?
- Wie offen kann die Mitgliedschaft sein, wer darf als Mitglied an Entscheidungsprozessen beteiligt sein, und wie stabil muss die mitgliedschaftliche Struktur ausgestaltet sein?
- Damit in Zusammenhang stehen Fragen zu den Entscheidungsstrukturen: Gibt es Anforderungen dazu, wie Abstimmungen organisiert sein müssen, oder sind konsensuale Entscheidungsprozesse mit den Gewerkschaftsfunktionen vereinbar?

¹⁷ LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868 und 869/22.

¹⁸ Siehe dazu jetzt ausführlich Isabell Hensel, When Gorillas Strike: Constitutional Protection of Non-Market-Institutions in Labor Law, ZfRSoz 44 (2024), 141–173.

a) Koalitionen und Gewerkschaften

Rechtlicher Ausgangspunkt hierfür sind die Maßstäbe des Art. 9 Abs. 3 GG für Koalitionen. Dieses Grundrecht gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und für alle Berufe. Die Norm wird so verstanden, dass sie auch Rechte für die Vereinigungen selbst enthält, solange es sich um Zusammenschlüsse auf freiwilliger privatrechtlicher Basis handelt, die den Zweck verfolgen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu erhalten und zu fördern.¹⁹

Nicht jede Vereinigung, die in diesem Sinne als Koalition Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG hat, ist aber schon eine Gewerkschaft im rechtlichen Sinne. Der Begriff der Gewerkschaft findet sich erst im Tarifvertragsgesetz (TVG).²⁰ Das deutsche Arbeitsrecht unterscheidet sich dabei vom Arbeitsrecht anderer Länder, wie etwa Spanien oder Frankreich, dadurch, dass der Begriff der Gewerkschaft nicht gesetzlich definiert ist, sondern durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts entwickelt wurde und wird.

Zunächst zu den Anforderungen an Koalitionen: Diese müssen vor allem unabhängig sowohl vom Gegner (der Arbeitgeberseite)²¹ als auch unabhängig von Staat, Parteien und Kirchen sein.²² Das Erfordernis, dass Koalitionen (oder Gewerkschaften) auf überbetrieblicher Ebene organisiert sein müssen, wird dagegen heute in der Regel als überholt angesehen.²³ Lange Zeit war angenommen worden, eine Arbeitnehmer:innen-Organisation, die auf ein Unternehmen beschränkt sei, sei von diesem abhängig. Die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass auch Gewerkschaften, die sich auf ein Unternehmen beschränken, hinreichend unabhängig und mächtig sein können (es sei nur auf die Deutsche Postgewerkschaft vor der Postreform hingewiesen).²⁴ Schließlich erlaubt das TVG Haus-/Firmentarifverträge (§ 2 Abs. 1 TVG).²⁵

Um eine Gewerkschaft zu sein, muss noch etwas mehr dazu kommen, denn diese Eigenschaft ist gleichbedeutend mit der rechtlichen Fähigkeit, Tarifverträge abzuschließen. Tarifverträge haben nicht nur Wirkungen für die Gewerkschaften bzw. Arbeitgeberverbände und deren Mitglieder, sondern weit darüber hinaus. So kann ein Arbeitgeber in den Individualarbeitsverträgen unproblematisch auf Tarifverträge Bezug nehmen, ohne befürchten zu müssen, dass ein Gericht den Arbeitsvertrag auf „Angemessenheit“ (§§ 307 Abs. 3, 310 Abs. 4 S. 1 BGB) kontrolliert. Die Betriebsratsmitbestimmung ist weitgehend ausgeschlossen, wenn eine Frage bereits durch einen Tarifvertrag geregelt ist (§ 87 Abs. 1

19 Erfurter Kommentar (ErfK), 24. Aufl. 2024, Linsenmaier Art. 9 GG, Rn. 39; Rn. 21 ff.

20 ErfK/Franzen (oben Fn. 19), § 2 TVG, Rn. 16.

21 Vgl. BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 247; BAG 19.1.1962, BAGE 12, 184. Hier ist zuletzt vor allem die Unabhängigkeit der GDL in Streit geraten, nachdem diese eine Leiharbeitsfirma gegründet hatte, die der DB (dem gegnerischen Arbeitgeber) Arbeitnehmer:innen überlässt (vgl. Richard Giesen, NZA 2024, 25; Manfred Löwisch, NZA 2023, 929; LAG Hessen 9.1.2024 – 10 GLa 16/24; 10 GLa 15/24 (GDL) (oben Fn. 9); das Hauptsacheverfahren gegen die GDL nach § 97 Abs. 5 ArbGG läuft beim LAG Hessen unter dem Az. 5 BVL 1/2024.

22 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96.

23 ErfK/Franzen (oben Fn. 19), § 2 TVG Rn. 6. Demgegenüber hält LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868 und 869/22 (Gorillas Workers) (oben Fn. 17) an dem Kriterium fest.

24 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2, Rn. 198f.

25 Däubler, AiB 2012, 692 (oben Fn. 11).

BetrVG). Und zahlreiche Öffnungsklauseln erlauben, dass Tarifverträge auch zuungunsten von Arbeitnehmer:innen von gesetzlichen Mindeststandards abweichen.

Vor diesem Hintergrund muss gewährleistet sein, dass Tarifverträge eine „Angemessenheitsvermutung“²⁶ bzw. „Richtigkeitsvermutung“²⁷ rechtfertigen.²⁸ Im deutschen Recht findet zu diesem Zweck keine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen statt. Stattdessen wird geprüft, ob die Tarifvertragspartei auf Arbeitnehmer:innen-Seite in der Lage war, strukturelle Ungleichgewichte des Arbeitsverhältnisses kollektiv zu kompensieren,²⁹ ob sie also tatsächlich und effektiv Interessen der repräsentierten Arbeitnehmer:innen vertreten konnte.

Die Anforderungen, die das BAG hierfür formuliert hat, sind einerseits Durchsetzungsfähigkeit und andererseits organisatorische Leistungsfähigkeit.³⁰ Die Durchsetzungsfähigkeit steht in der Debatte meist im Vordergrund; sie wird herkömmlich auch „soziale Mächtigkeit“ genannt.³¹ Wichtige Indizien für die Bestimmung im Einzelfall sind Mitgliederzahl und der Organisationsgrad der Koalition; einen zahlenmäßigen Schwellenwert für die erforderliche Anzahl von Mitgliedern gibt es nicht.³²

In der Sache verfolgt das Kriterium eine ähnliche Zielsetzung wie das der Unabhängigkeit: Es soll „gelben Gewerkschaften“, die in ihrer Tarifpolitik abhängig von der Arbeitgeberseite sind, Grenzen setzen. Hierzu gibt es jahrzehntelange Rechtsprechung, in deren Mittelpunkt lange die Mitgliedsorganisationen des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) standen. Diese Kleinstgewerkschaften brachten immer wieder die DGB-Gewerkschaften durch niedrigere Tarifabschlüsse unter tarifpolitischen Druck. Zuletzt hat das BAG insofern die Tarifunfähigkeit der „Neuen Assekuranz Gewerkschaft“ (NAG)³³ sowie der DHV³⁴ festgestellt. Beide Organisationen haben dagegen Beschwerden wegen Einschränkung der Gewerkschaftsfreiheit beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingelegt, die dort noch anhängig sind.

Die Durchsetzungsfähigkeit war aber in den beiden genannten Entscheidungen des LAG Berlin-Brandenburg gar nicht das Problem. Im Folgenden sollen die dort thematisierten Anforderungen an die innere Organisation von Gewerkschaften in den Blick genommen werden. Über den Aspekt der Leistungsfähigkeit hinaus, den das LAG thematisiert, soll dabei auch auf rechtliche Anforderungen im Hinblick auf demokratische Strukturen eingegangen werden.

26 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, BAGE 148, 139.

27 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15.

28 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 8.

29 Wolfgang Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, Gabriele Peter § 2 TVG, Rn. 2 ff.; vgl. BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185; BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04.

30 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 12 ff.; Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2022 (NK-ArbR), Christopher Krois § 2 TVG, Rn. 19.

31 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 31 ff.; zu einzelnen Organisationen Rn. 37 ff.

32 Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3: Kollektives Arbeitsrecht I, 5. Aufl. 2022 (MHdB ArbR), Klumpp § 232, Rn. 24–26.

33 LAG Hessen 9.4.2015 – 9 TaBV 225/14; die Nichtzulassungsbeschwerde war nicht erfolgreich (BAG 17.11.2015 – 1 ABN 39/15); die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG 13.9.2019 – 1 BvR 1/16); Az. beim EGMR: Application no. 20109/20.

34 BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20 (DHV) mit Anm. Daniel Klocke/Bianca Langer, AuR 2022, 136 f.; die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG 31.5.2022 – 1 BvR 2387/21); Az. beim EGMR: Application no. 50974/22.

b) Leistungsfähigkeit und Dauerhaftigkeit der Organisation

(1) Organisatorische Leistungsfähigkeit

Organisatorische Anforderungen ergeben sich vor allem aus dem zweiten Merkmal des Gewerkschaftsbegriffs, der organisatorischen Leistungsfähigkeit. Es dient dazu, die soziale Macht einer Arbeitnehmer:innen-Vereinigung zu bewerten. Leistungsfähigkeit ist insofern – jenseits der Durchsetzungsfähigkeit im Konflikt³⁵ – die Fähigkeit, eine Gegenmacht zu entwickeln, einen Tarifvertrag unter Beteiligung der Mitglieder auszuarbeiten, ihn auszuhandeln, ihn nach seinem Abschluss der Mitgliedschaft zu kommunizieren, die Friedenspflicht zu gewährleisten,³⁶ die Umsetzung des Tarifvertrags zu überwachen und gegebenenfalls einen Streik zu organisieren.³⁷

Dazu kommt „eine gewisse Autorität der Organisation im Verhältnis zu Wirtschaft, Gesellschaft und Gegnern“, insbesondere inhaltliche Kompetenz bei der Tarifvertragsgestaltung und finanzielle Leistungsfähigkeit.³⁸ Insofern sollte die Organisation über angemessene Ressourcen verfügen, über eine Struktur, die ihrem beanspruchten Zuständigkeitsbereich angemessen ist, über eine angemessene Zahl von Angestellten sowie über die finanziellen Mittel, um die Kosten möglicher Schäden zu decken, falls sie haftbar gemacht wird.³⁹

(2) Stabile und dauerhafte Organisation

Dasjenige Kriterium, das bei den neueren Arbeitnehmer:innen-Organisationen die größten Schwierigkeiten bereitet, ist die Anforderung einer stabilen bzw. dauerhaften Organisation.⁴⁰

Den Gründen, weshalb eine stabile und dauerhafte Organisation gefordert wird, ist nicht so leicht auf die Spur zu kommen. Möglicherweise hängt es mit den Entscheidungsstrukturen zusammen, die vielfach erwartet werden. Diese werden mit tarifpolitischen Erfordernissen begründet, so dass es sich um eine Anforderung nur für Gewerkschaften, nicht aber für alle Koalitionen handeln dürfte. So müssten getroffene Beschlüsse und tarifpolitische Entscheidungen durchgehalten werden können.⁴¹

Ein weiteres Merkmal, das wohl nur teilweise mit der Verlässlichkeit von Beschlüssen zu tun hat, ist die Verbandsstruktur. Eine rechtliche Verfestigung in Form einer körperchaftlichen Struktur wird hierfür nicht verlangt;⁴² es reiche aus, wenn Verbände (wie die

35 Siehe dazu oben Fn. 31 ff.

36 ErfK/Franzen (oben Fn. 19), § 1 TVG, Rn. 81.

37 BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99 (BTÜ); genauer Otto Ernst Kempen, "Form follows function" – Zum Begriff der "Gewerkschaft" in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, 749; vgl. Löwisch/Rieble (oben Fn. 24), § 2 TVG, Rn. 205–213.

38 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 35; genauer Kempen, FS 50 Jahre BAG, 2004, 749.

39 Löwisch/Rieble (oben Fn. 24), § 2 TVG, Rn. 210–213; vgl. auch BAG 16.11.1982 – 1 ABR 22/78 zur finanziellen Leistungsfähigkeit als Indiz der Tariffähigkeit.

40 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 18; Däubler-Peter (oben Fn. 29), § 2 TVG, Rn. 16; Löwisch/Rieble (oben Fn. 24), § 2 TVG, Rn. 206.

41 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 19a.

42 Löwisch/Rieble (oben Fn. 24), § 2 TVG, Rn. 56; Rn. 206.

DGB-Gewerkschaften) als nichtrechtsfähige Vereine organisiert sind.⁴³ Allerdings wird angenommen, dass die Funktion von Tarifverträgen es „zwingend erforderlich“ mache, dass der Bestand der Tarifvertragsparteien gesichert und vom Ein- und Austritt ihrer Mitglieder weitgehend unabhängig ist.⁴⁴

Umstritten ist hier vor allem, inwieweit „ad-hoc“-Koalitionen von Arbeitnehmer:innen Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG haben oder gar Gewerkschaften sind.⁴⁵ (Wobei auch bei Nichtanerkennung der ad-hoc-Organisation die einzelnen Arbeitnehmer:innen, die bei dem Zusammenschluss mitwirken, grundsätzlich individuell durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wären.⁴⁶)

Mit „ad-hoc-Zusammenschlüssen“ sind spontan entstandene Kollektive, meist bei Arbeitsniederlegungen gemeint, z. B. aus Anlass betrieblicher Konflikte oder von Betriebs-schließungen.⁴⁷ Einige sehen diese von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst,⁴⁸ andere fordern eine organisationsrechtliche Verfestigung.⁴⁹ Auf diese Debatte um die ad-hoc-Organisationen bezog sich das LAG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung zu den Gorillas Workers.⁵⁰ Die Streikenden hatten sich darauf berufen, dass es sich „um eine gemeinsame Initiative“ gehandelt habe. Ein dreiköpfiges Verhandlungskomitee, über dessen Zusammensetzung zwischen den Streikenden Einigkeit bestanden habe, habe mit Vertreter:innen des Managements über die Forderungen der Streikenden gesprochen.⁵¹

Dem LAG fehlt es in dieser Organisationsform an der Klarheit der mitgliedschaftlichen Zuordnung. Ähnlich begründete das LAG, dass Art. 6 Nr. 4 der revidierten ESC nicht einschlägig sei:

Art. 6 Nr. 4 RESC [stellt] auf ein Kollektiv ab, aufseiten der Arbeitnehmer somit auf eine organisierte Personenmehrheit. Das ArbG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Begriff des Kollektivs etymologisch eine strukturierte Organisation voraussetzt. Auch müssen etwaige Kollektivverhandlungen [...] zu einem rechtlich umsetzbaren Ergebnis führen können. Soweit die Organisation des Kollektivs eine rechtliche Verbindung der Kollektivmitglieder nicht gewährleistet, wäre ein Verhandlungsergebnis, welches das Kollektiv mit dem Arbeitgeber vereinbare, für die Mitglieder des Kollektivs beliebig verbindlich oder unverbindlich. [...] nur bei einer rechtlichen Verbindung der Kollektivmitglieder untereinander [wäre] gewährleistet, dass die für das Kollektiv Handelnden auch verbindliche Verhandlungsergebnisse für die Kollektivmitglieder vereinbaren können.

Dieser letzte Absatz ist inhaltlich am klarsten; er formuliert sein Thema allerdings nicht mehr in Bezug auf die Koalitionseigenschaft, sondern nur noch in Bezug auf das Tarifrecht, also die Gewerkschaftseigenschaft.

43 Zu den Einzelheiten vgl. Däubler-Pete (oben Fn. 29), § 2 TVG, Rn. 17 ff.

44 In Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 18.

45 Löwisch/Rieble (oben Fn. 24), § 2 TVG, Rn. 54–64.

46 Vgl. Zachert, AuR 2001, 401, 403 f.

47 Berg/Kocher/Schumann-Kocher (oben Fn. 10), § 2 TVG, Rn. 19.

48 Berg/Kocher/Schumann-Garloff, (oben Fn. 10), Teil 2 Streikrecht, Rn. 202; Däubler-Däubler (oben Fn. 29), Einleitung Rn. 113; ErK/Linsenmaier (oben Fn. 19), Art. 9 GG Rn. 22.

49 Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, 95. EL 2021, Art. 9 GG, Rn. 192 m.w.N.

50 LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868 und 869/22 (oben Fn. 17).

51 Siehe Rn. 12/13 des Urteilstatbestands (LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868/22).

Hier geht es u.a. um die Rechtswirkungen von Tarifverträgen. Diese verlangen nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG tatsächlich nach einer mitgliedschaftlichen Struktur, denn Tarifverträge sind danach rechtlich nur auf die „Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ anwendbar. Dies setzt jedenfalls voraus, dass zu jedem Zeitpunkt klar ist, wer der Organisation angehört und wer nicht.

Da eine einmal bestehende Tarifgebundenheit während der gesamten Laufzeit des Tarifvertrags andauert (§ 3 Abs. 3 TVG), muss auch eine gewisse Zutrittsschwelle gewährleistet sein, ansonsten wären diese Normen funktionslos.

(3) Ein Wechselspiel von Autonomie und Ordnungsverantwortung

Anforderungen an die Organisation mögen sich z.T. auch mit den impliziten und expliziten rechtlichen Erwartungen begründen lassen, die im deutschen Tarifrecht in den letzten Jahrzehnten entwickelt wurden. Denn das deutsche Arbeitskampf- und Tarifrecht ist zwar in gewissen Hinsichten auf große Autonomie und Freiheit angelegt; dies zeigt sich z.B. an der Offenheit für neue und alternative Arbeitskampfformen;⁵² an der seit einigen Jahren relativ konsequent durchgehaltenen Weigerung der Gerichte, eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Arbeitskampf durchzuführen,⁵³ oder Tarifverträge einer Inhaltskontrolle und damit „Tarifzensur“ zu unterziehen.⁵⁴ Alle diese Grundsätze haben zur Folge, dass die Koalitionen bzw. Gewerkschaften weitgehend autonom entscheiden können, wann und mit welchen Mitteln sie einen Arbeitskampf führen.

Allerdings wird den Organisationen, denen diese Autonomie gewährt wird, gleichzeitig nicht wenig an Ordnungsverantwortung übertragen. Dazu gehören (deutlich überspannte) Maßgaben, alle – auch evtl. nur implizit aufgestellte – Tarifforderungen bereits vor Streikaufruf auf Rechtmäßigkeit zu überprüfen („Rührei-Theorie“).⁵⁵ Der Ordnungsgedanke auch im Tarifeinheitsgesetz (§ 4a Abs. 1 TVG) verschärft, das den Gewerkschaften die Aufgabe übertragen will, alle denkbaren Arbeitnehmer:innen-Gruppen in „Gesamtkompromissen“⁵⁶ zu berücksichtigen.⁵⁷

(4) Geschlossenheit

Weitere Erwägungen, die den engen Vorstellungen von stabilen und leistungsfähigen Organisationen zugrunde liegen könnten, dürften mit der Vorstellung von der Geschlossenheit einer Organisation als Voraussetzung für Kampffähigkeit zu tun haben. Diese wurden am deutlichsten in einer Entscheidung des BVerfG von 1999 formuliert, die zu Recht so verstanden wurde, dass sie eine kollektivarbeitsrechtliche Logik gegen die privatrechtliche Logik (die der BGH zuvor vertreten hatte) zur Geltung brachte.

Anlass war ein Konflikt bei den Betriebsratswahlen 1990. Damals hatten (bei Daimler) nach internen Auseinandersetzungen einige Mitglieder der IG Metall bei der Betriebsratswahl nicht auf der Liste der IG Metall kandidiert, sondern auf der Liste "Alternati-

52 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08: Es gehöre „zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“.

53 Zuletzt anlässlich des GDL-Streiks LAG Hessen 9.1.2024 – 10 Gla 16/24 (GDL) (oben Fn. 9).

54 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85; BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06.

55 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14.

56 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15.

57 Zur Kritik siehe z.B. Eva Kocher, KJ 2017, 508 ff.

ve Metaller"; bei der Werbung wiesen sie aber auf ihre Zugehörigkeit zur IG Metall hin. Vier der „Alternativen Metaller“, die daraufhin aus der IG Metall ausgeschlossen wurden, erhoben dagegen Klagen, denen die Zivilgerichte bis hin zum BGH durchweg stattgaben. Erst das BVerfG hob die Entscheidungen auf und gab der IG Metall Recht.⁵⁸ Die zentralen Sätze lauten:

„Für Koalitionen iSv Art. 9 Abs. 3 GG sind die Solidarität ihrer Mitglieder und ein geschlossenes Auftreten nach außen von besonderer Bedeutung. Vor allem darauf beruht ihre Fähigkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder wirksam zu fördern und zu wahren. Die Geschlossenheit der Organisation und die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler sind Voraussetzungen für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmer-Koalition.“⁵⁹

Deshalb sei die Kandidatur auf einer konkurrierenden Liste „gewerkschaftsschädliches Verhalten“ (so die Satzungsbestimmung, auf deren Grundlagen die Alternativen Metaller:innen ausgeschlossen wurden). Diese wirke der Glaubwürdigkeit der Wahlaussagen der IG Metall und dem Vertrauen in die Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifaufeinander-setzungen entgegen.

Mit dieser Annahme von der erforderlichen Geschlossenheit der gewerkschaftlichen Organisation wurden hier also gleichzeitig Grenzen der inneren Demokratie formuliert: Allen Mitgliedern obliege eine „Solidaritätspflicht gegenüber den in satzungsgemäßen Verfahren zustande gekommenen Entscheidungen“; diese diene letztlich auch der Förderung der Interessen der später ausgeschlossenen Mitglieder und Kläger.

a) Demokratische innere Ordnung

Im übrigen wird immer wieder darauf hingewiesen, dass jede Koalition i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG in ihrer inneren Ordnung demokratischen Grundsätzen entsprechen müsse.⁶⁰

Hierzu gibt es bislang allerdings – über die Formulierung der Grenzen innerer Demokratie im Interesse von Geschlossenheit hinaus – keine konkrete Rechtsprechung. In der Regel wird die Anforderung so verstanden, dass Mitglieder ihren Willen durch Wahlen und Abstimmungen zum Ausdruck bringen können müssen, wobei jede Stimme gleich gewichtet werden muss.⁶¹ Meist ist wohl an eine Art „repräsentative“ Demokratie gedacht. Anderer weisen darauf hin, dass es sich um privatrechtliche Organisationen handele, weshalb Demokratie hier „mitgliedschaftsbezogene Willensbildung“ bedeute.⁶²

Diese Grundsätze aus der Funktion von Koalitionen herzuleiten, ist gar nicht so einfach. Sie haben zum Teil etwas damit zu tun, dass es sich um Organisationen handelt, die in einer demokratischen Gesellschaft wichtige Regelungsfunktionen übernehmen und deshalb in ihren Entscheidungsstrukturen selbst demokratischen Grundsätzen genügen sollten.

58 BVerfG 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, BVerfGE 100, 214.

59 Für den letzten Satz verwies das BVerfG auf eine Entscheidung von 1981 (BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 248f, die jedoch die Formulierung von der „Geschlossenheit“ gar nicht verwendete.

60 ErfK/Franzen (oben Fn. 19), § 2 TVG, Rn. 15

61 ErfK/Franzen (oben Fn. 19), § 2 TVG, Rn. 15.

62 MHD ArbR/Klumpen (oben Fn. 32), § 232, Rn. 16-19

Zum Teil werden diese Anforderungen auch tarifpolitisch gewendet, wenn es heißt, dass Mitglieder nicht über die Einzelheiten des Tarifvertrags abstimmen müssten, sondern Vertreter:innen wählen könnten, die in ihrem Namen darüber entscheiden.⁶³ Auch der Grundsatz, dass Gewerkschaftsmitglieder, die nicht unter einen bestimmten Tarifvertrag fallen, von Entscheidungen über diesen ferngehalten werden sollen, ist allein tarifpolitisch begründet.⁶⁴

4. Was braucht der Aufbau nachhaltiger Gegenmacht?

Viele dieser Grundsätze werden durch neue Arbeiter:innenkollektiven in Frage gestellt; denn diese fordern dazu auf, neu zu überdenken, wie Macht von Arbeitnehmer:innen in Organisationen entsteht und aufgebaut ist.

a) Neue Arbeiter:innen-Kollektive

Weltweit sind neue Solidaritäts- und Kollektivbewegungen entstanden, insbesondere im Zusammenhang mit Plattformarbeit. Ein globaler Überblick über die Mobilisierung von Arbeitnehmer:innen in der Lebensmittellieferung zeigt, dass sich viele dieser Arbeitnehmer:innen außerhalb des „Mainstream“-Gewerkschaftssystems organisieren. Sie schließen sich stattdessen lieber „Basisgewerkschaften“ an oder bilden ihre eigenen informellen Gruppen oder „Kollektive“.⁶⁵

Der Oberbegriff „Basisgewerkschaften“ wird für eine Vielzahl dieser Organisationen verwendet, darunter neu gegründete „Indie-Unions“ im Vereinigten Königreich,⁶⁶ aber auch ältere Organisationen wie die Industrial Workers of the World (IWW) in Vereinigten Königreich und in den USA, das Sindacato Intercategoriale (Cobas) in Italien, die FAU in Deutschland.⁶⁷ Eine weitere Organisationsform, die im Zusammenhang mit der Mobilisierung von Plattformarbeiter:innen entstanden ist, sind „Arbeiterkollektive“, also Gruppen von Arbeiter:innen, die eine kollektive Identität haben, insofern sie mehr sind als ein informelles Netzwerk, aber die keine Organisation mit formalisierten Regeln bilden.⁶⁸ Was diese unterschiedlichen Organisationen gemeinsam haben, ist die Betonung der Selbstorganisation und die Ablehnung hierarchischer Entscheidungsfindung.

Das Entstehen dieser Kollektive ist nicht leicht zu erklären: Warum gründen Arbeitnehmer:innen neue Organisationen, anstatt einer bestehenden Gewerkschaft beizutreten?

63 MHD-B-ArbR/Klump (oben Fn. 32), § 232, Rn. 16-19.

64 MHD-B-ArbR/Rieble (oben Fn. 32), § 223, Rn. 32.

65 Mark Stuart/Vera Trappmann/Ioulia Bessa/Simon Joyce/Denis Neumann/Charles Umney, Labor Unrest and the Future of Work: Global Struggles Against Food Delivery Platforms, *Labor Studies Journal* 48 (3) (2023), 287. Zu ähnlichen Entwicklungen und Konflikten aus den 1960er/70er Jahren, insbesondere vor dem Hintergrund von Organisationsformen migrantischer Arbeiter:innen: Walther Müller-Jentsch/Rainer Kefler, Spontane Streiks in der Bundesrepublik, *KJ* 1973, 361 ff.

66 Davide Però, Indie Unions, Organizing and Labour Renewal: Learning from Precarious Migrant Workers, *Work, Employment and Society* 34(5) (2020), 900-918.

67 Janis Ewen/Heiner Heiland/Martin Seeliger, Dynamiken autonomer Arbeitskonflikte im digitalen Kapitalismus: Der Fall ‚Gorillas‘, *Schriftenreihe Institut Arbeit und Wirtschaft* 33 (2022).

68 Charles Umney/Mark Stuart/Ioulia Bessa/Simon Joyce/Denis Neumann/Vera Trappmann, Platform Labour Unrest in a Global Perspective: How, Where and Why Do Platform Workers Protest? *Work, Employment and Society* 38 (2024), 3-26.

Ist die Vorliebe für Kollektive darauf zurückzuführen, dass bestimmte Gruppen, z. B. junge Menschen oder Migrant:innen, nicht bereit sind, einer Gewerkschaft beizutreten? Oder hängt dies eher mit den besonderen, sich schnell verändernden Arbeitsbedingungen in der Plattformökonomie zusammen, mit ihrer ständigen Rotation von Arbeitskräften?

Beschäftigte von Berliner Plattform-Lieferdiensten experimentieren mit der neuen Organisationsform eines Kollektivs wohl auch, um die richtige „Passform“ zwischen ihren eigenen Normen und Werten einerseits und den Umweltbedingungen andererseits zu finden.⁶⁹ Die Vielfalt der Nationalitäten, Kulturen und politischen Orientierungen der Mitglieder fördert solche Suchprozesse; die sich überschneidenden Dynamiken von Nationalität, Geschlecht, „Ethnie“ und Klasse fordern sie heraus.

Ungeachtet dieser Vielfalt bevorzugen die Aktivist:innen der Berliner Arbeiter:innenkollektive überwiegend einen antiautoritären, horizontalen und partizipatorischen Organisationsstil, wie er während der Occupy- und Anti-Austeritäts-Bewegungen der frühen 2000er Jahre an Popularität gewonnen hatte.⁷⁰ Diese Praktiken, einschließlich flacher Hierarchien, offener Mitgliedschaft und konsensbasierter Entscheidungen, sind in der präfigurativen Politik verwurzelt, d.h. einer „experimentellen Verwirklichung politischer Ideale in gegenwärtigen Formen der Organisation und der sozialen Beziehungen“.⁷¹ Offener Organisationsformen und ständiges Herumbasteln an der Struktur der Organisationen werden als Mittel gesehen, um zu „präfigurieren“, wie soziale Beziehungen außerhalb etablierter Institutionen organisiert werden könnten.

Dieser präfigurative Charakter der Arbeiter:innenkollektive, die eher Organisationen sozialer Bewegungen als Gewerkschaften ähneln, führt zu Entscheidungsprozessen, bei denen die direkte Beteiligung der Mitglieder Vorrang vor Schnelligkeit und Effizienz von Entscheidungen oder formalen Regeln hat. Formalisierungsprozesse werden oft absichtlich ausgesetzt oder verzögert; ein geringer Formalisierungsgrad hilft dem Kollektiv, sich schnell an ein sich rasch veränderndes Umfeld anzupassen. Obwohl jedes einzelne Kollektiv seinen Aktionsradius auf den jeweiligen Berliner Bereich der jeweiligen Arbeitsplattform beschränkt, steht die Mitgliedschaft in den Arbeiter:innenkollektiven in der Regel auch Aktivist:innen aus anderen Kollektiven und Organisationen offen.

Diese Praktiken hindern die Organisationen nicht grundsätzlich daran, Entscheidungen zu treffen, die von ihren Mitgliedern als verbindlich angesehen werden. Schließlich waren die Arbeiter:innenkollektive z.B. auch höchst erfolgreich bei der Organisation von Protestaktionen und Streiks. Ihnen ist es im Fall der Lieferplattformen Gorillas und Lieferando mittlerweile auch gelungen, Betriebsräte zu bilden, eine hochgradig verrechtlichte und formalisierte Form der Interessenvertretung, kodifiziert im BetrVG. Dies zeigt, dass sie in der Tat einen Raum darstellen können, in dem Arbeitnehmer:innen effektive und nachhaltige Gegenmacht entwickeln.

69 Die qualitative Forschungsstudie wurde von 2021 bis 2024 auf der Grundlage von 15 halbstrukturierten Interviews mit Aktivist:innen aus Arbeiterkollektiven in Gorillas, Flink, Getir und Lieferando durchgeführt. Die Ergebnisse sind noch nicht veröffentlicht.

70 Luke Yates, *Prefigurative Politics and Social Movement Strategy*, *Studies* 69(4) (2021), 1034.

71 Ruth Simsa/Marion Tötter, *Social movement organizations in Spain: Being partial as the prefigurative enactment of social change*, *Qualitative Research in Organizations and Management* 12 (2017), 280-296.

b) Organisationsmacht: Sozialwissenschaftliche Grundlagen

Die neuen Arbeitnehmerorganisationen konnten ihre Macht auch deshalb erfolgreich ausbauen, weil sie auf Ressourcen aus ihrem sozialen und politischen Umfeld zurückgreifen konnten.⁷² Die Arbeiterkollektive in Berlin entwickelten ein Netzwerk, das nicht nur die Arbeiter:innen verschiedener Lieferplattformen, sondern auch eine Vielzahl politischer und sozialer Bewegungen in Berlin umfasst. Die Fähigkeit, Bündnisse zu bilden und den Diskurs zu verändern, macht *gesellschaftliche Macht* im Lichte des Machtressourcenansatzes aus, einer Theorie, die solche Mobilisierungen in der Plattformökonomie gut erklären kann.⁷³

Doch wie steht es mit der Macht, die für einen Streik erforderlich ist? Hier ist sowohl *strukturelle Macht* – die auf der Fähigkeit zur Störung beruht – erforderlich, als auch *institutionelle Macht*, die sich aus gesetzlich verankerten Rechten speist.⁷⁴ Am aufschlussreichsten erscheint hier ein Blick auf *Organisationsmacht*. Sie kann die Dynamik verstehen helfen, durch die Organisationen des neuen Typs Arbeitnehmer:innen-Macht gerade auch in solchen Branchen oder Berufen entwickeln konnten, die sich für die Gewerkschaften als schwierig erwiesen haben.⁷⁵

Organisationsmacht ist die Fähigkeit von Arbeitnehmer:innen, zusammenzukommen, sich an organisatorischen Prozessen zu beteiligen und als kollektive Akteur:innen aufzutreten, die in der Lage sind, Strategien zu entwickeln und auszuführen.⁷⁶ Organisationsmacht ergibt sich nicht nur aus der zahlenmäßigen Größe einer Organisation, sondern beruht auch auf Faktoren wie infrastrukturellen Ressourcen, Beteiligung der Mitglieder, internem Zusammenhalt und organisatorischer Leistungsfähigkeit, verstanden als Arbeitsteilung in der Organisation, etablierte und funktionierende Arbeitsprozesse sowie sinnvolle Verteilung der Ressourcen.⁷⁷

Die Wirksamkeit einer Organisation nach außen steht dabei in einem engen, möglicherweise gegenläufigen Zusammenhang mit der Mitgliederbeteiligung. Sowohl Effizienz als auch Partizipation sind entscheidend, um die strukturelle Macht zu erlangen, die erforderlich ist, um die Verwertung des Kapitals zu stören⁷⁸ und so Arbeitnehmer:inneninteressen effektiv durchzusetzen. Auf lange Sicht kann ein hohes Maß an Mitgliederbeteiligung die Effizienz untergraben; ohne aktive Beteiligung neigen Gewerkschaften

72 Maurizio Atzeni/Lorenzo Cini. New Theories and Politics for Working Class Organizing in the Gig and Precarious World of Work. *Economic and Industrial Democracy* 45(3) (2024) 937–58.

73 Stuart u.a., *Labor Studies Journal* 48 (3) (2023) (oben Fn. 65), 287–297.

74 Stefan Schmalz/Carmen Ludwig/Edward Webster. The Power Resources Approach: Developments and Challenges, *Global Labour Journal* 9 (2018), 119 ff.

75 Arbeitskreis Strategic-Unionism. Jenaer Machtressourcenansatz 2.0, in: Stefan Schmalz/Klaus Dörre (Hrsg.), *Comeback der Gewerkschaften?*, 2013, 345–375; Stefan Schmalz/Klaus Dörre, *Industrielle Beziehungen* 21 (2014), 217–237.

76 Beverly J. Silver, *Forces of Labor: Workers' Movements and Globalization since 1870*, 2003; Eva Kocher, *Parität und Asymmetrie im Arbeitskampf: Gegen die Dynamik von „Aussitzen“ gegen „kollektives Betteln“*, *VerfBlog*, 2020/8/13, <https://verfassungsblog.de/paritaet-und-asymmetrie-im-arbeitskampf/>; Schmalz u.a., *Global Labour Journal* 9 (2018) (oben Fn. 74), 188.

77 Martin Behrens/Richard Hurd/Jeremy Waddington, in Carola Frege/John Kelly (Hrsg.), *Varieties of Unionism: Strategies for Union Revitalization in a Globalizing Economy*, 2004, 117–136, 125.

78 Frances Fox Piven, *Challenging Authority: How Ordinary People Change America*, Lanham 2008.

hingegen dazu, sich in bürokratische Organisationen zu verwandeln, was ihre gesellschaftliche Wirksamkeit beschränkt.⁷⁹

Die Zunahme von Organisationen mit flachen Hierarchien hat ein Nachdenken über die Beziehungen zwischen Hierarchie, Effizienz und Dauerhaftigkeit von Organisationen ausgelöst. Dennoch liegen noch kaum hinreichende Erkenntnisse zu solchen präfigurativen Organisationen sozialer Bewegungen vor.⁸⁰ Soweit sich die Forschung mit flachen Hierarchien in der Privatwirtschaft beschäftigt hat, zeichnet sie ein komplexes Bild von Wirksamkeit und den Zusammenhängen mit Effizienz und Hierarchie.⁸¹

Ohnehin könnte eine Konzentration auf Effizienz die einzigartige Art und Weise, in der flache Organisationen wie Arbeiterkollektive Macht entwickeln, eher verschleiern als erhellen. Hilfreicher erscheint es, im Sinne der Organisationssoziologie, insbesondere der Systemtheorie von Niklas Luhmann, zu fragen, wie Entscheidungen in solchen Organisationen getroffen werden. Denn die kontinuierliche Produktion von Entscheidungen ist ein wesentliches Merkmal von Organisationen: Entscheidungen sind eine organisationsspezifische Form der Kommunikation, die sie von anderen sozialen Systemen wie Gruppen, sozialen Bewegungen oder Familien unterscheidet.⁸² Ein wesentliches Merkmal der Entscheidung ist, dass sie Ungewissheit beseitigt; durch diesen Prozess wird Verantwortung übernommen. Allerdings beseitigen Entscheidungen Ungewissheiten immer nur vorläufig; sie können in aller Regel nachträglich geändert werden, um auf die Erwartungen der Umwelt zu reagieren.⁸³

c) Entscheidungsprozesse in nicht-hierarchischen Organisationsformen

Für die Frage, ob Arbeitnehmerorganisationen die Verantwortung für Tarifverträge oder Arbeitskämpfe übernehmen können sollen, erscheint es insofern unproduktiv, sich auf das Fehlen einer formalen Hierarchie und deren mutmaßlich negative Auswirkungen auf organisatorische Effizienz oder Beständigkeit zu konzentrieren. Letztlich geht es darum, *wer* eine Entscheidung getroffen hat und *wie*, und ob sie von den Mitgliedern als legitim angesehen werden konnte; dies muss von Fall zu Fall auf der Grundlage von Kenntnis und positioniertem Wissen bewertet werden.⁸⁴

Gemessen an diesem Maßstab überzeugt die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg von 2010 in keiner Weise. Denn der Entscheidungsprozess der FAU sowie die Mitgliedschaft in der Organisation waren durchaus stark formalisiert; das LAG Berlin-Brandenburg hat nicht überzeugend dargelegt, weshalb sie nicht von allen Mitgliedern als verbindlich angesehen werden würden. Grundsätzlich hatte die jeweilige Betriebsgruppe den entscheidenden Einfluss auf die Tarifangelegenheiten: „Betriebsgruppen können in

79 Kim Voss, Democratic dilemmas: union democracy and union renewal, *Transfer: European Review of Labour and Research* 16 (2010), 369–382.

80 Simsa/Totter, *Qualitative Research in Organizations and Management* 12 (2017) (oben Fn. 71).

81 Stefan Kühl, *When the Monkeys Run the Zoo: The Pitfalls of Flat Hierarchies*, 2017.

82 Niklas Luhmann, *Organization and Decision*, 2018; Stefan Kühl, *Systems Research and Behavioral Science* 37 (2020), 496–515.

83 Cristina Besio/Veronika Tacke, *Old and New Organizational Forms in a Complex Society: A Systems-Theoretical Perspective*, *Critical Sociology* 2023.

84 Vgl. Bronowicka (oben Fn. 7).

den Belangen ihres Betriebes autonom handeln“⁸⁵. Bei dem Veto, das die Vollversammlung auf Vorschlag des Sekretariats gegen einzelne Forderungen der Betriebsgruppe und/oder Tarifkommission einlegen konnte, ging es allein um die Überprüfung, ob die Forderungen im Einklang mit den Regeln der Organisation stehen; dieses Verfahren erhöht lediglich die Legitimität.

Problematischer sind demgegenüber Entscheidungen von weniger formalisierten Arbeiter:innenkollektiven, die sich auf Konsens statt auf Mehrheitsentscheidungen stützen. Allerdings kann eine konsensbasierte Entscheidungsfindung die Einheit der Gruppe stärken und eine Zersplitterung verhindern. Der Fall der Arbeiter:innenkollektive zeigt, dass solche Entscheidungsfindungsprozesse eine wichtige Quelle von Einheit sein können.

Dagegen lässt sich nicht ausschließen, dass die für eine Legitimierung erforderliche Abstimmung über Forderungen und Streikaktionen auch in einer sequentiellen Diskussion in einer WhatsApp-Gruppe stattfinden kann. Um tarifpolitisch handlungsfähig zu sein, muss zwar Verantwortung für Entscheidungen übernommen werden. Allerdings kann dies auch dezentral und nicht-hierarchisch geschehen.

Der Schlüssel liegt letztlich nicht in der Formalität der Entscheidungen, sondern in der Frage, ob die Organisationsstrukturen und -verfahren in der Lage sind, Entscheidungen hervorzubringen, für die Verantwortung klar zugewiesen werden kann. Bei der Beurteilung des Entscheidungsprozesses muss es darauf ankommen, ob jedes Mitglied eine echte Möglichkeit zur Teilnahme hatte, und nicht, ob die Entscheidung durch Konsens oder eine formale Abstimmung getroffen wurde. Grundsätzlich deutet jedenfalls nichts darauf hin, dass horizontale Organisationen nicht in der Lage wären, Entscheidungen zu treffen, die von ihren Mitgliedern als verbindlich und rechtmäßig angesehen werden. Nicht jede organisatorische Praxis, die einem Arbeitsgericht als „Arbeitskampfalltag“ bekannt ist,⁸⁶ ist auch rechtlich zwingend. Im Zweifel, d.h. solange keine konkreten Anhaltspunkte dagegen sprechen, muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass auch horizontale kollektive Strukturen eine Selbstbindung an Entscheidungen organisieren können.

d) Klarheit über Mitgliedschaft in offenen Organisationen

Während also die Anforderungen an Entscheidungsprozesse nicht zu eng gezogen werden sollten, ist es bei den mitgliedschaftlichen Anforderungen anders. Klarheit über die Mitgliedschaft ist für die Entwicklung der Tarifpolitik tatsächlich notwendig.

Insofern spricht jedenfalls einiges dafür, dass die Organisation („WhatsApp-Hauptgruppe“), die dem LAG Berlin-Brandenburg in den kündigungsschutzrechtlichen Verfahren zu den Gorillas Workers präsentiert wurde,⁸⁷ die Mindestanforderungen klarer Mitgliedschaft nicht erfüllte: Es dürfte kaum möglich sein, im nachhinein festzustellen, wer zu welchem Zeitpunkt Mitglied war und deshalb entscheidungsbefugt.

85 FAU Berlin, Satzung § 4 Nr. 4 b). https://berlin.fau.org/wp-content/uploads/2023/06/2023-05_satzung_de_faub.pdf

86 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg (oben Fn. 15 f).

87 LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2023 – 16 Sa 868 und 869/22 (oben Fn. 17).

5. Folgerungen und Ausblick

Die Streiks bei Gorillas fanden vor dem Hintergrund einer zunehmenden Schwäche des Tarifsystems statt. Insofern bereitet dem BVerfG die aktuelle Tendenz zu Recht Sorge, insbesondere wenn Streiks ohne spürbare Auswirkungen und damit ohne Druck auf die andere Seite bleiben.⁸⁸ Um die Zukunft der institutionellen Macht der Arbeitnehmer:innen zu sichern, ist es von entscheidender Bedeutung, dass gewerkschaftliche Organisationen Mitglieder gewinnen und halten, und das Durchsetzungsvermögen gestärkt wird.⁸⁹

Zur Sicherung des Streikpotenzials, einem Kern des Tarifvertragssystems, muss aber künftig offener diskutiert werden, welche Organisationen darauf zugreifen können. Der Kreis dieser Organisationen sollte auch solche einschließen, die nicht dem (derzeit) von den großen Gewerkschaften angewandten hierarchischen Modell entsprechen.⁹⁰ Das Potenzial von Arbeitnehmer:innenkollektiven und anderen kleinen, neuen oder atypischen Organisationen, Gegenmacht zu entwickeln, sollte weder unterschätzt noch rechtlich blockiert werden. Ein breiteres Spektrum von Organisationstypen, die auf diese Weise in das institutionelle System des deutschen Arbeitsrechts eingebunden sind und einen rechtmäßigen Streik organisieren können, könnte zur dringend benötigten Revitalisierung der Arbeiter:innenbewegung beitragen.⁹¹

Allerdings: Um einem breiteren Spektrum von Organisationstypen den Zugang zum Tarifverhandlungssystem zu ermöglichen, dürfen keinesfalls die Kriterien für die Durchsetzungsfähigkeit von Organisationen gesenkt werden. Schließlich besteht eine reale Gefahr eines Wiederauflebens von arbeitgebernahen Organisationen. Auch wenn diese „gelben Gewerkschaften“ mit den Arbeiter:innenkollektiven und neuen migrantischen Organisationen eine gewisse Gegnerschaft zu den „herkömmlichen“ DGB-Gewerkschaften zu teilen scheinen,⁹² verfolgen sie doch grundsätzlich andere Ziele und werfen arbeitsrechtlich ganz andere rechtliche Fragen auf: Bei den gelben Gewerkschaften steht die Durchsetzungsfähigkeit zur Debatte, bei den Arbeiter:innen-Kollektiven die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Organisationsform.

Was die Leistungsfähigkeit angeht, so muss das kollektive Arbeitsrecht allerdings größere Offenheit gegenüber dem neuen Protest-Aktivismus lernen. Nicht nur kann die Vernetzung in größeren transnationalen Netzwerken sowie mit anderen sozialen Bewegungen die Leistungsfähigkeit stärken. Vor allem aber können solche Organisationen Öffentlichkeiten und Arbeiter:innen in all ihrer Diversität besser und wirksamer ansprechen; Organisationen mit flacher Hierarchie können gerade dort leistungsfähig sein, wo hierarchische Organisationen es nicht mehr sind.

88 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17; siehe dazu auch die Anmerkung von Eva Kocher, *VerfBlog*, 2020/8/13 (oben Fn. 76).

89 Mittlerweile fordert sogar die EU die staatliche „Förderung von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung“ (Art. 4 der Mindestlohn-Richtlinie (EU) 2022/2041).

90 So im Ergebnis auch Berg/Kocher/Schumann-Garloff, (oben Fn. 10), Teil 2 Streikrecht, Rn. 202.

91 Vgl. Eva Kocher 2022, *Das Streikrecht auf der Suche nach einer neuen Wirklichkeit*, in: sozialpolitikblog, 2.6.2022, <https://difis.org/blog/?blog=3>.

92 Beiden stützen sich z.B. auf die Schlussfolgerungen der Kommission für soziale Rechte des Eurooparechts, die zuletzt 2022 feststellte: „the requirements to be met by a group of workers in order to form a union satisfying the conditions for calling a strike constitute an excessive restriction on the right to strike“ (<https://rm.coe.int/conclusions-xxii-3-2022-germany-e/1680aa9854>).

Auf der anderen Seite gibt es gute Gründe für ein Mindestmaß an organisatorischen Anforderungen – gerade im Interesse wirksamer Arbeiter:innen-Kämpfe. Denn wenn ein Rechtssystem wie das deutsche hohe rechtliche Autonomie bei der Organisation von Kollektivaktionen und Kollektivverhandlungen zugesteht (insbesondere indem es auf eine strenge Rechtmäßigkeitsprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen verzichtet), dann muss von den streikenden Organisationen ein gewisses Maß an Ordnungsverantwortung erwartet und eingefordert werden können. Hierfür bedarf eines Mindestmaßes an Klarheit darüber, welche konkreten Personen Verantwortung übernehmen dafür, dass Ziele klar kommuniziert werden, die Rechte aller Betroffenen respektiert werden und Verhältnismäßigkeit angestrebt wird. Solange Arbeitnehmer:innenkollektive allerdings Klarheit über ihre Entscheidungsprozesse und ihre Mitgliedschaft schaffen, sollte ihrer Anerkennung als Streikorganisationen oder auch als Gewerkschaften nichts im Wege stehen.

Die neuen Arbeiter:innenkollektive werfen also wichtige Fragen an die Gewerkschaftsbewegung und an das Arbeitsrecht auf. Diese Debatte würde von einem interdisziplinären Ansatz profitieren. Das Zusammenspiel von Hierarchie und Demokratie in unterschiedlichen Organisationsformen wäre sozialwissenschaftlich genauer zu analysieren. Diese Erkenntnisse können wiederum die Debatte über den Zusammenhang zwischen Tarifsystem und Arbeitskampf,⁹³ aber auch über die Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs im Arbeitsrecht anregen. Das (deutsche) Modell der Arbeitsbeziehungen ist im Wandel – und das Arbeitsrecht sollte diese Entwicklungen kritisch reflektieren.

93 Hensel, ZfRSoz 44 (2024), 141 (oben Fn. 18).

Thilo Scholle

Sammelrezension: Digitalisierung, Kapitalismus und Arbeitswelt

Jan Armin Gärtner

Koalitionsfreiheit und Crowdwork. Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen solo-selbstständiger Crowdworker

Duncker & Humblot, Berlin 2020

381 Seiten

Barbara Haas/ Dominik Klaus/ Maddalena Lamura (Hrsg.)

Plattformarbeit: Herausforderungen im deutschsprachigen Kontext

Beltz Juventa, Weinheim 2024

217 Seiten

Sarrah Kassem

Work and Alienation in the Platform Economy. Amazon and the power of organization

Bristol University Press, Bristol 2024

211 Seiten

Philipp Knitter

Digitale Weisungen. Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage algorithmischer Berechnungen

Duncker & Humblot, Berlin 2022

284 Seiten

James Muldoon/ Mark Graham/ Callum Cant

Feeding the Machine. The Hidden human Labour powering AI

Canongate Books, Edinburgh 2024

274 Seiten

Martin Oppelt/ Falko Blumenthal (Hg.)

Digitalisierung von Gegenmacht. Gewerkschaftliche Konfliktfähigkeit und Arbeitskampf heute

Transcript Verlag, Bielefeld 2023

180 Seiten

Sabine Pfeiffer

Digitalisierung als Distributivkraft. Über das Neue am digitalen Kapitalismus

Transcript Verlag, Bielefeld 2021

318 Seiten

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-522

Robert Skidelsky

Werden wir ersetzt? Vom Fortschrittswahn zu einer Ökonomie des gerechten Lebens

Verlag Antje Kunstmann, München 2024

430 Seiten

Die Auswirkungen von technologischen Entwicklungen auf Wirtschaft und Arbeit gehört seit dem Beginn des Industriezeitalters zu den spannenden Themen gesellschaftsanalytischer Literatur. Im Folgenden sollen einige Schlaglichter auf aktuelle Perspektiven sowohl aus soziologischer und politökonomischer Sicht, aber auch mit Blick auf arbeitsrechtliche Fragen geworfen werden.

Auf welche Weise interagieren technologische Entwicklung und Wirtschaftssystem? Lässt sich von einem „digitalen Kapitalismus“ sprechen? Sabine Pfeiffer, Soziologin an der Universität Erlangen-Nürnberg, entwickelt dazu in ihrem Band „Digitalisierung als Distributivkraft“ beachtenswerte Einordnungen. Eingangs hält Pfeiffer fest, dass oft übersehen werde, dass der „Shopfloor“ (Betrieb/Arbeitsplatz) „früher, flächendeckender und integrierter digitalisiert wurde als andere Bereiche, einfach weil man dort vieles von der digitalen Technik nicht sieht.“ (11) Wichtig sei daher: „Gesellschaft und gesellschaftlicher Wandel sind und waren noch nie ohne ihre technischen Grundlagen, technologischen Realität und ihren Technikeinsatz zu verstehen, ebenso wenig wie Gesellschaft und Technik – vor allem in ihrem Wandel – ohne die ökonomischen Zusammenhänge, mit denen und durch die sie sich entwickeln. Wie Arbeit, Produktion und Leben sich gestalten, was sie uns ermöglichen und wie sich das individuell und kollektiv anfühlt – das ist ohne das alles verbindende Netz von Wirtschaft und Markt nicht zu durchschauen.“ (12) Aktuelle Analysen gemeinsam seien vor allem drei Punkte – dass es sich um eine umfassende Transformation handle, deren Ausmaße und Veränderungsdynamik mit historischen Vorläufern wie der Entstehung der Agrargesellschaft und der industriellen Revolution vergleichbar seien, dass die Ursache dieser Transformation im technischen Fortschritt, etwa bei Robotik, der gestiegenen Rechengeschwindigkeit und der Künstlichen Intelligenz liege, und dass daraus dramatische Umwälzungen in Wirtschaft und Arbeitswelt erwachsen, die mit ihren Folgen dringen gesellschaftlicher Bearbeitung bedürften. Entscheidend für den Ansatz der vorliegenden Arbeit sei allerdings eine analytische Perspektive, die Technikentwicklung, ökonomische Logik und gesellschaftliche Dynamik gemeinsam statt als sequenzielle Abfolge betrachte. Zentrale These für Pfeiffer ist dabei: „Das zunehmende Problem der Unternehmen und Volkswirtschaften in einem hoch entwickelten, global agierenden Kapitalismus ist der gelingende Absatz. Was immer mehr und immer effizienter produziert (oder sogar nur kopiert) werden kann, ist nichts wert, ohne dass es auch gekauft wird.“ (15) Der an Marx anschließende Begriff der „Distributivkräfte“ wird damit zentral, gemeint sind damit „alle mit der Mehrwertrealisierung verbundenen, technologischen und organisatorischen Maßnahmen und Aktivitäten (zur Sicherung) der Wertrealisierung.“ (25) Digitalisierung werde als Instrument eingesetzt, um Produktion mit Markt und Markt mit Konsum zu verbinden. Ein wichtiges Element dabei ist, dass diese Wertrealisierung ohne einen Wechsel des Eigentums vorstattengehen kann – etwa über internationale Plattformen. Es entstehen damit neue Distributionsverhältnisse, und neue auch globale Ungleichheiten zwischen Kapital und Arbeit und zwischen den Unternehmen, die an den unterschiedlichen Enden der Produktiv- oder Distributivkraftentwicklung stehen. Mit ihrem theoretischen

Zugriff entwickelt Pfeiffer einen innovativen Ansatz zur Beschreibung von Ökonomie und Digitalisierung, der insbesondere zu einem besseren Verständnis der Rolle von digitalen Plattformen im Wirtschaftssystem beiträgt. Pfeiffers Hinweis, dass Prozesse der Digitalisierung in den Betrieben oft schon deutlich länger laufen als die erst seit einigen Jahren intensiver geführte öffentliche Debatte vermuten lässt ist zwar zutreffend. Die Veränderungen in Produktion und Arbeitsgestaltung durch Digitalisierung auch für die aktuelle Wirtschaftsverfassung weitgehend auszulassen, überzeugt aber nicht. Dennoch bildet der Band insgesamt einen wichtigen Baustein zum Verständnis aktueller ökonomischer Entwicklungen.

Anders als der Titel „Werden wir ersetzt“ nahelegt, steht im Mittelpunkt des Bandes des britischen Ökonomen Robert Skidelsky weniger eine arbeitswissenschaftliche Analyse, sondern vor allem eine (auf die westliche Welt bezogene) kulturgeschichtliche Betrachtung des Fortschrittsdenkens. Eine enge Rückbindung der Darstellung an die technologische Entwicklung erfolgt vor allem im ersten Abschnitt, in dem Skidelsky die Entwicklung der Mechanisierung der Arbeit nachzeichnet. Letztlich geht der Autor von einer immer stärker verlorenen Steuerungsfähigkeit der Politik aus: „Stabile Blöcke intermediärer Macht zerbröckeln, wodurch die Politik ihren öffentlichen Raum für Diskussion, Bildung und Kompromisse verliert.“ Nationalismus werde zur einzigen Ideologie, die es noch schaffe, Herrschende und Beherrschte zusammenzubringen. (323f.). Etwas unvermittelt spricht Skidelsky zum Ende des Bandes an, dass der entscheidende Gegensatz nicht zwischen Kapitalismus und Sozialismus, sondern zwischen einzelnen Menschen und der Menschheit bestünde. Was hier konkret gemeint ist, bleibt unklar. So handelt es sich um einen durchaus gut geschriebenen Band, der einzelne interessante Feststellungen zu den Auswirkungen von Technikbetrachtung auf politisch-philosophie Gesellschaftsanalyse trifft, aber insgesamt doch zu stark zwischen Technikentwicklung und Kulturgeschichte schwankt, ohne zu einer wirklich überzeugenden Gedankenführung zu kommen.

Plattformarbeit

Plattformarbeit gilt als einer der zentralen Orte für den Einsatz digitaler Technologien wie etwa von algorithmischer Steuerung der Arbeitsorganisation. Der Sammelband von Barbara Haas und anderen gibt einen guten Überblick über den Stand der Analyse. Die von Einleitung und Schlussbemerkung der Herausgebenden eingerahmten acht Beiträge sind durchweg gut geschrieben. So widmet sich etwa E.K. Sarter in seinem Beitrag der nicht ganz trivialen Frage der Definition von Plattformarbeit, und zeigt die sehr unterschiedlichen Varianten des Einsatzes sowohl von hergebrachten Arbeitsverträgen wie auch von Soloselbstständigkeiten auf. Die gegenwärtigen Entwicklungen würden grundlegende Regulierungsfragen aufwerfen: „Kann eine Regelung der Heterogenität von Plattformarbeit und ihren diversen Erwerbsstrukturen gerecht werden und wie kann, im Falle internetbasierter Tätigkeiten, entgrenzte Arbeit im Rahmen räumlich begrenzter Regulierungsbefugnisse reguliert werden?“ (37) Dies laufe auf die Frage hinaus, ob das Problem eher in der fehlenden empirischen Datenlage über die Verbreitung von Plattformarbeit oder nicht doch vielmehr in der zu wenig präzisen Definition von Plattformarbeit als „über digitale Applikationen vermittelte Arbeit“ (37) bestehe. Schließlich

würden digitale Managementpraktiken auch bereits außerhalb der Plattformökonomie Anwendung finden.

Anke Strüber und Janne Martha Lentz widmen sich feministischen und Sorgeethischen Fragen, und betrachten dabei die Vermittlung von Reinigungskräften über Plattformen. Dabei gehen sie insbesondere auf Modelle von Soloselbstständigkeit ein, und machen dabei u.a. als neue Entwicklung die Notwendigkeit aus, dass die über solche Plattformen ihre Arbeit anbietenden Frauen ihre Online-Profile und damit die Präsentation der eigenen Person stetig mit Blick auf die algorithmische Konformität – sprich: auf die Suchanforderungen der Kund*innen – optimieren müssten. Auch Laura Wiesböck, Julia Radherr und Mai Linh Angelique Vo nehmen in ihrem Beitrag für allen die Situation von weiblichen Haushaltsreinigungskräften in der Gig-Economy in den Blick, und stellen hier anhand von Interviews und Erfahrungsberichten auch die Objektifizierung bis hin zu sexueller Belästigung heraus.

Helene Hanel widmet sich dem Thema Microwork – der Übernahme von meist recht repetitiven Kleinaufträgen auf Plattformen. Auf Basis von Beobachtungen und Interviews stellt sie u.a. fest, das Microwork zwar prekäre Arbeit sei, viele der Aktiven dies aber hinnehmen und nicht hinterfragen würden. Als einen Grund dafür macht sie aus, dass oft unterschätzt werde, welche Rolle Flexibilität und Autonomie bei der Arbeit gerade in bestimmten Lebenskonstellationen spielen würden. Julian Kettl gibt der Frage von Flexibilität und Autonomie noch einen interessanten anderen Dreh, indem er Erkenntnisse aus der Schlafforschung mit einer Betrachtung von Crowdwork zusammenbringt, und auch im Crowdwork Auswirkungen auf die Schlafqualität vermutet. Entscheidend seien die Abhängigkeit und subjektive Kontrolle über die Arbeitszeit. Je prekärer die Verdienste über Plattformarbeit seien, und je mehr jemand mit seinem Verdienst von Plattformarbeit abhängig sei, umso eher führe dies zu Schlafproblemen.

Fabian Beckmann und Fabian Hoose beschäftigen sich mit der sozialen Absicherung von Plattformselbstständigen und stellen u.a. fest, dass bei zunehmender zeitlicher und ökonomischer Bedeutung von Plattformarbeit für die Betroffenen die Offenheit für Regulierung und Beitragszahlungen für soziale Sicherheit größer werde.

Der Band nimmt wichtige Aspekte zur Entwicklung von Plattformarbeit in den Blick, ohne alle relevanten Aspekte abdecken zu können. So wäre etwa ein Beitrag zur bisherigen empirischen Evidenz mit Blick auf die Verbreitung von Plattformarbeit hilfreich gewesen. Nötig wäre außerdem eine weitere Vertiefung der rechtswissenschaftlichen Einordnung des Phänomens „Plattformarbeit“. Schließlich zeigt sich insbesondere bei der Diskussion über mögliche Regulierungen, dass schon die präzise Definition des Regulierungsgegenstandes – hier: Plattformen auf denen oder über die menschliche Arbeit organisiert wird – nicht ganz einfach, aber für die Rechtsgestaltung unabdingbar ist.

Menschliche Arbeit hinter digitalen Technologien

Digitale Technologien sind gerade keine sich schlicht selbst reproduzierenden Computerprogramme. Weder werden sie einmal programmiert und laufen dann von selbst, noch kommen sie ohne fortlaufende weitere Unterstützung durch Menschen aus. Verschiedene Beispiele dafür stehen im Mittelpunkt des Bandes „Feeding the Machine“, den James Muldoon, Mark Graham und Callum Cant gemeinsam verfasst haben. Basis des Bandes sind über 200 Interviews mit Menschen, die in unterschiedlichen Rollen an der Produk-

tion künstlicher Intelligenz beteiligt sind. „Artificial intelligence is often conceived of as a mirror of human intelligence, an attempt to ‘solve intelligence’ by reproducing the processes that occur within a human mind. But from the perspective we develop in this book, AI is an ‘extraction machine’.” (7) Die Verfahren, durch die KI produziert werde, seien nicht neu. Sie entsprächen vielmehr vorherigen industriellen Formationen der Kontrolle und Ausbeutung von menschlicher Arbeit.

Die Darstellung folgt sodann der Vorstellungen von sieben beispielhaften Personen, die im Hintergrund für die Entwicklung von KI entscheidend sind – etwa durch ihre Arbeit in der Beschreibung und korrekten Zuordnung von Bildern, oder in der Kontrolle der Inhalte von sozialen Medien. Als Wege aus den Ausbeutungsverhältnissen skizzieren die Autoren fünf Schritte: Die Organisation der Arbeiter*innen durch gewerkschaftliche Organisation sowie an das deutsche Modell angelehnte Betriebsräte und Unternehmensmitbestimmung; durch zivilgesellschaftliche bzw. Konsumentenmacht Unternehmen in die Verantwortung zu nehmen; und staatliche Eingriffe und Regulierung „upstream“ (direkt bei den Unternehmen) „downstream“ (durch Regulierung der digitalen Lieferketten) und „networkwide“, etwa durch globale Standardsetzung im Kontext der ILO. Als vierten Schritt werden Kooperativen von Arbeiter*innen vorgeschlagen, etwa im Bereich des Clickwork und als fünften und eher allgemein in die Zukunft weisenden Schritt die Beendigung der „extraction machine“, sprich, eine Überwindung der bestehenden kapitalistischen Wirtschaftsordnung. Der Band macht einen zentralen und in öffentlichen Debatten meist unterbelichteten Aspekt der Digitalisierung auf eingängige Weise deutlich: Der digitale Raum und die Entwicklung Künstlicher Intelligenz basieren nicht nur auf von einigen Expert*innen vorgenommenen Programmierungen, sondern auch auf vieler weiterer aber meist unsichtbarer menschlicher Arbeit. Dies betrifft die Betreuung großer Rechenzentren genauso wie die Kontrolle der Inhalte sozialer Medien oder das fortlaufende Training von KI-Programmen. Viele dieser Arbeiten werden zudem von Menschen im globalen Süden durchgeführt, so dass sich hier auch wichtige Fragen mit Blick auf Fairness und Ausgestaltung globaler Arbeitsteilung stellen. Mit den skizzierten Regulierungsvorschlägen bieten die Autoren zudem durchaus plausible Anknüpfungspunkte für die weitere rechtspolitische Debatte.

An einem Rückbezug auf das Marxsche Theorem der Entfremdung versucht sich Sarah Kassem in ihrem Buch über „Work and Alienation in the Platform Economy“. Zentrales Gegenstück zur Entfremdung und normatives Ziel ihrer Betrachtung sind Wege zur Selbstermächtigung der Arbeitenden. Im Mittelpunkt der Beschreibung steht die Entwicklung des Unternehmens Amazon mit der seit den mittleren 2000er Jahren bestehenden Microtask-Plattform Amazon Mechanical Turk (AMT) als ein wichtiger Schritt hin zu den mittlerweile bestehenden Möglichkeiten zum „Hyperoutsourcing“ von Aufgaben und der Entwicklung der Gig-Economy (52). Den Druck im Unternehmen Amazon durch die Kennziffern basierte Steuerung beschreibt Kassem dabei eindrücklich. Entfremdung der Arbeit bei AMT bestehe beispielsweise aus dem anonymisierten Verhältnis des Crowdworker zum Auftraggeber. Das Absurde sei darüber hinaus, dass diese Arbeitskräfte ihre Arbeitsmittel auch noch weitgehend selbst vorhalten müssen. Hinzu trete etwa die Entfremdung vom Produkt ihrer Arbeit sowie die Separierung von anderen Arbeitenden. Kassem endet mit einem Plädoyer, das Internet zu re-humanisieren, vor allem auch indem die „Agency“, also die Fähigkeit zum eigenen Handeln der Plattformarbeitenden unterstützt wird.

Digitale Weisungen

Die rechtswissenschaftliche Dissertation von Philipp Knitter widmet sich dem in vielen Artikeln als wichtig unterstrichenen, aber noch selten umfassend arbeitsrechtlich aufgearbeiteten Thema der algorithmischen Entscheidungen im Arbeitsverhältnis. Unter „digitalen Weisungen“ versteht der Autor dabei Arbeitgeberweisungen gegenüber Arbeitnehmer*innen. Der Autor mustert sodann die verschiedenen kollektiv- sowie individualarbeitsrechtlichen Mitentscheidungs- bzw. Schutzmechanismen für die Nutzung solcher digitaler Weisungen durch.

Mit Blick auf die Rechte des Betriebsrats zur Beteiligung bei Betriebsänderung nach § 111 S.3 BetrVG kommt Knitter zu dem Ergebnis, dass die Einführung in der Regel an den betrieblichen Abläufen nichts ändern dürfte, und damit keine Betriebsänderung darstellen dürften.

Auch das Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall nach Art. 22 DSGVO sei durchaus komplex. Eine rechtliche Wirkung kommt digitalen Weisungen in dieser Lesart zwar zu. Es lohne aber ein Blick auf die Ausnahmetatbestände des Abs. 2. So bleibe die Erforderlichkeit und damit ggf. Zulässigkeit automatisierter Weisungsentscheidungen von der konkreten Fallgestaltung abhängig – und könne durchaus auch im unterstellten Interesse des Arbeitenden liegen: „Digitale Weisungen verringern durch eine optimierte Auftragsvergabe die Strecken, die Außendienstmitarbeiter zwischen den Einsatzorten fahren müssen. Die Arbeitszeit wird konzentriert auf höherwertige Aufgaben, für die der jeweilige Arbeitnehmer ausgebildet ist. Aufgaben, die die Fähigkeiten des Arbeitnehmers fordern, machen die Arbeit für den Arbeitnehmer abwechslungsreicher.“ (132f.) „Insgesamt ist Art. 22 DSGVO eine Norm, die eine unklare Schutzrichtung mit einem unbestimmten Wortlaut verfolgt.“ (153)

Am Schluss seiner Arbeit führt Knitter als allgemeinen Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit digitaler Weisungen den Begriff der Responsivität ein. Responsivität bei Weisungen versteht er dabei als ein Bedürfnis nach argumentativem Austausch, das „nicht durch das schlichte Ein- und Ausschalten des Weisungsflusses erfüllt werden kann.“ (206) Was dies dann konkret bedeutet, hängt wiederum von der konkreten Fallgestaltung ab: „In welchen Fällen das Recht die Responsivität von Weisungen fordert, ergibt sich im Einzelnen aus deren Rechtsnatur sowie der individual- und der kollektivrechtlichen Dimension von Weisungen.“ (206) Die Möglichkeit des Einsatzes von algorithmischem Management gilt als eine der zentralen aktuellen Fragen bei der Digitalisierung der Arbeitswelt. Diskutiert wird das Thema oft am Beispiel der Verteilung von Aufträgen im Bereich der Plattformarbeit. Zugleich wird in vielen Debattenbeiträgen zwar die These formuliert, algorithmisches Management könne auch sehr bald schon in hergebrachten betrieblichen Arbeitsplätzen zum Einsatz kommen. Genauere Betrachtungen, was dies etwa in arbeitsrechtlicher Hinsicht bedeuten könnte, fehlen aber meist. Vor diesem Hintergrund gehört die Dissertation von Knitter zu den Pionierarbeiten auf diesem Gebiet. Ob das von ihm als Lösungsansatz entfaltete Ordnungsprinzip der Responsivität tragfähig ist, bedarf noch weiterer Erörterung. Mit der Notwendigkeit, auch im digitalen Raum die Möglichkeit zum argumentativen Austausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer*in sicherzustellen, trifft Knitter jedenfalls einen zentralen Punkt.

Kollektive Organisation

Die Organisationsfrage von soloselbstständigen Crowdworker*innen ist Thema der juristischen Dissertation von Jan Armin Gärtner. Nach einer kurzen Beschreibung des Phänomens Crowdwork widmet sich Gärtner der rechtlichen Einordnung. Dabei geht er zunächst den je nach Ausgestaltung bestehenden rechtlichen Dreiecksverhältnissen auf Plattformen – Plattform, Crowdworker, Crowdsourcer – nach, um dann den bestehenden individual- und kollektivrechtlichen Schutz für Crowdworker*innen zu prüfen. Abgeschlossen wird dieser Teil durch einen kurzen Blick auf das internationale Zivilverfahrensrecht – insbesondere vor dem Hintergrund der gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten für Ansprüche von Crowdworkern gegen Plattform oder Crowdsourcer, die auch in anderen Ländern sitzen können. Der dritte Teil der Arbeit widmet sich den kollektivrechtlichen Fragen im eigentlichen Sinn. Zunächst klärt Gärtner dabei, dass auch soloselbstständigen Crowdworkern die Rechte aus Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz zukommen. Dabei geht es für Gärtner vor allem um die Möglichkeit schuldrechtlicher Kollektivverträge – nicht um eine Anwendung aller im TVG normierten Rechte auf Koalitionen von soloselbstständigen Crowdworkern im Wege einer entsprechenden Interpretation des bestehenden Rechts. Eine Einbeziehung unter den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen des § 12a TVG hält Gärtner für nicht zielführend, da dies Schwierigkeiten der Anwendung des Arbeitnehmerbegriffs auf die eingangs skizzierten Dreiecksverhältnisse in der Plattformarbeit hier lediglich in die Anwendung des Begriffs der Arbeitnehmerähnlichen verlagert würden, „ohne das dahinterstehende Problem der rechtlichen Fassung neuer Arbeitsformen zu bewältigen.“ (91)

Breiten Raum nimmt sodann die Frage ein, welche Arbeitskämpfungsmittel soloselbstständigen Crowdworker*innen zugänglich sein sollten. Arbeitskämpfungrecht diene als notwendiges Kompensationsinstrument von Machtungleichgewichten. Als Ergebnis seiner Prüfung hält Gärtner fest, Soloselbstständigen-Koalitionen würden grundsätzlich in großem Umfang am Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG partizipieren. „Zwar kommt ihnen keine Normsetzungsbefugnis i.S.d. TVG zu, sie nehmen aber an der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Arbeitskämpfungsfreiheit, gerichtet auf den Abschluss schuldrechtlicher Kollektivvereinbarungen teil. Darüber hinaus kommen ihnen die sonstigen Betätigungsrechte der Koalitionen zu.“ (214). Deutlich wird im Folgenden aber auch, dass zwar Möglichkeiten bestehen – Gärtner nennt hier etwa auf einzelne Unternehmen beschränkte „Hauskoalitionsverträge“ nach § 328 BGB –, diese aber nur eingeschränkte Regelungsmöglichkeiten bieten und insbesondere auch vor Abweichungen nicht schützen. Es erscheint damit für Gärtner sinnvoller, die Voraussetzungen des kollektiven Arbeitsrechts durch den Gesetzgeber anzugleichen und auch Crowdworker*innen einzubeziehen. Mit Blick auf Arbeitskämpfmaßnahmen hält er auch digitale Streiks, etwa den digitalen Flashmob durch „Denial of Service Attacken“ auf die jeweilige Plattform für zulässig.

Kollektive Reaktionsmöglichkeiten stehen auch im Mittelpunkt des von Martin Oepelt und Falko Blumenthal herausgegebenen Sammelbandes „Digitalisierung von Gegenmacht“. Enthalten sind sieben Beiträge mit rechtswissenschaftlicher wie auch politikwissenschaftlicher und soziologischer Prägung. In ihrer Einführung machen die beiden Herausgeber in etwas sperriger Wortwahl einen entscheidenden Punkt mit Blick auf „Gegenmacht“ in der bisherigen Entwicklung der Arbeitsbeziehungen auf: Die Bedeutung „körperlicher Ko-Präsenz als wesentliche Stütz der Hoffnung auf eine durch erfolgreiche Bil-

dung von Gegenmacht erreichbare bessere Welt“. Nehme man die Infrastruktur etwa der IG Metall in den Blick, so falle die Möglichkeit zum Agenda-Setting in der Zivilgesellschaft in den Blick. Die mit den Möglichkeiten der Digitalisierung zurückgehende Ko-Präsenz im Betrieb führt so auch zu Problemen für die Gewerkschaften. Johanna Wenckebach widmet sich unter der Überschrift „Technik, Macht und Mitbestimmung“ u.a. dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, der bei Einführung und Veränderung aller Einrichtungen, die Arbeitnehmerdaten verarbeiten einschlägig sei. Nötig sei allerdings eine grundlegende Novelle des BetrVG wie von den Gewerkschaften vorgeschlagen. Aufmerksam macht sie zudem auf Algorithmen, die beanspruchen, Streiks vorhersagen zu können, und damit vor allem ein mögliches Mittel des Union Bustings für die Arbeitgeberseite darstellen können.

Franziska Coimann und Valentin Niebler schreiben über Erfahrungen der Organisation von Gegenmacht, u.a. mit Blick auf das Beispiel von Solo-Selbständigen beim Essenslieferdienst Deliveroo. Wichtig für den Aufbau von Gegenmacht sei auch die Seite der öffentlichen Gegenkampagne, die ggf. auch Investitionsentscheidungen von privatem Kapital beeinflussen könnte. Janis Ewen, Heiner Heiland und Martin Seeliger beschreiben die Arbeitskämpfe beim Lieferdienst Gorillas im Jahr 2021. Getragen sind alle Beiträge im Band vom Gedanken, dass auch in digitalen Zeiten die Organisation von Gegenmacht möglich ist.

Die vorgestellten Bände zeigen, dass sich aus den Debatten der letzten Jahre rund um Digitalisierung und Arbeitswelt durchaus einige zentrale Diskussionspunkte herausarbeiten lassen: Neben der grundsätzlichen Frage danach, wie sich der Einsatz digitaler Technologien und kapitalistische Ökonomie zueinander verhalten, ist dies vor allem die Frage, wie der Einsatz digitaler Technologien konkret einzelne Arbeitsplätze und Arbeitssituationen verändert. Am intensivsten ist die wissenschaftliche Beobachtung bei den Tätigkeitsverhältnissen rund um die Plattformökonomie, auch wenn die Frage nach der massenhaften Anwendung von in der Plattformarbeit erprobten digitalen Steuerungsmodellen auch in hergebrachten Betriebsstrukturen momentan immer noch eher eine (plausible) These denn eine tatsächlich empirisch gesättigte Beobachtung zu sein scheint. Zentral erscheint daher das – in den meisten hier vorgestellten Beiträgen auch betriebene – Bemühen, in den Beobachtungen möglichst konkret zu werden, um damit die Fragestellungen für die weitere soziologische wie auch rechtswissenschaftliche Forschung zuzuspitzen, und so auch weitere Hinweise über tatsächliche Verhältnisse wie auch Regulierungsnotwendigkeiten für die Arbeitswelt zu erhalten.

AUFSATZ

Marie Diekmann

Wirtschaft und Menschenrechte: Ein menschenrechtlicher Blick auf die Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen in Deutschland

1. Einleitung: Ausbeutung als soziales Phänomen

„Der Luxus der Anderen: Ausgebeutet in Berlin“, titelt der Tagesspiegel und beschreibt die Situation von Nicolae Molcoasa, einem aus Rumänien stammenden Mann, der einst als Bauarbeiter daran beteiligt war, ein großes Einkaufszentrum, die „Mall of Berlin“ zu errichten, dafür nur einen Teil des versprochenen Lohns erhielt und nun obdachlos ist.¹

Der Begriff der Ausbeutung findet Verwendung, um bestimmte negative soziale Erfahrungen und Arbeitsverhältnisse zu beschreiben,² und ist als solcher fester Bestandteil alltäglicher Sozialkritik.³ Wer von Ausbeutung spricht, spricht damit explizit oder implizit immer auch den Wunsch oder das Vorhaben aus, sie abzuschaffen.⁴ Emmanuel Renault unternimmt in „Abolir l’exploitation“ eine philosophische Neuausrichtung des Begriffs. Er konstatiert, dass dieser im alltäglichen und politischen Diskurs neue Aktualität erlangt hat, während er im akademisch-philosophischen Diskurs diskreditiert bleibt.⁵ Wie aber sieht es im Recht aus? Auch in rechtlichen Diskursen findet der Begriff der Ausbeutung nur selten Verwendung. Zwar gibt es in den §§ 232 ff. StGB Tatbestände, die Formen schwerster Ausbeutung pönalisieren, darunter auch die „Ausbeutung der Arbeitskraft“. Damit wird aber nur ein geringer Teil dessen, was von der Sozialkritik gemeint ist, auch erfasst.

Auch das Arbeits- und Sozialrecht befasst sich mit Ausbeutung. Zwar findet der Begriff selbst dort keine Anwendung. Arbeits- und Sozialrechte haben jedoch den Schutz vor Ausbeutung zum Gegenstand und sind damit Teil einer rechtlichen Strategie gegen Ausbeutung. Das, was als Ausbeutung kritisiert wird, lässt sich somit als eine Reihe an Verstößen gegen Arbeits- und Sozialrechte beschreiben. Dennoch scheint auch damit nicht alles erfasst, was mit dem Ausbeutungsbegriff gemeint ist, denn in dem Begriff

1 Jonas Bickelmann, Der Luxus der Anderen: Ausgebeutet in Berlin – 550 Euro für drei Wochen harte Arbeit, TAGESSPIEGEL 01.02.2021, URL: <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/ausgebeutet-in-berlin--550-euro-fur-drei-wochen-harte-arbeit-4220746.html>.

2 Emmanuel Renault, Abolir l’exploitation, Paris 2023, 16.

3 Ebd. 19.

4 Ebd. 20.

5 Ebd. 6.

steckt mehr als eine Summe an Rechtsbrüchen. Bei dem vom Tagesspiegel besprochenen Fall geht es auch darum, dass Menschen unterschiedlich betroffen sind. Es geht um ein gesellschaftliches Ungleichheitsverhältnis, in dem die Einen ausbeuten, Andere ausgebeutet werden und teils wieder Andere davon profitieren. Denn es ist kein Zufall, dass es ausgerechnet Nicolae Molcoasa trifft. Er ist ebenso wie seine ehemaligen Kollegen Wanderarbeiter⁶ und gehört damit zu einer Gruppe von Menschen, die menschenrechtlich als „vulnerabel“ bezeichnet werden, weil sie sich in einer besonders verletzlichen Lage befinden, also einem besonders großen Risiko von Rechtsverletzungen ausgesetzt sind.⁷

Dieser Beitrag soll eine Annäherung an den Begriff der Ausbeutung aus menschenrechtlicher Perspektive vornehmen. Im Fokus steht dabei die Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen im Niedriglohnsektor.⁸ Dabei wird kein dogmatischer, sondern ein phänomenologischer Ansatz verfolgt, der am empirischen Phänomen der Ausbeutung ansetzt und versucht, hierzu eine menschenrechtliche Beschreibung zu entwickeln.

2. Rechte von Wanderarbeiter*innen

Deutschland wird durch UN-Gremien immer wieder ermahnt, die Menschenrechte von Migrant*innen speziell im Arbeitskontext besser zu schützen. Im letzten Staatenüberprüfungsverfahren zur Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (ICERD) äußerte sich der mit der Überwachung der Konvention beauftragte Ausschuss besorgt über die Situation von Wanderarbeiter*innen in Deutschland und empfahl Deutschland die Ratifikation der UN-Konvention zum Schutz von Wanderarbeiter*innen und ihrer Familien (UN-ICRMW).⁹ Auch im Rahmen der allgemeinen periodischen Überprüfung durch den UN-Menschenrechtsrat wird Deutschland immer wieder die Ratifizierung der Konvention empfohlen mit dem Ziel der Verbesserung der Lage von Wanderarbeiter*innen in Deutschland.¹⁰

Die UN-ICRMW wurde 1990 verabschiedet und trat 2003 in Kraft.¹¹ Sie definiert umfassende Rechte, darunter Arbeitsrechte sowie Zugang zu Justiz und sozialer Sicherheit.¹² Aus menschenrechtlicher Perspektive besonders interessant und rechtspolitisch

6 Hendrik Lackus/ Olga Schell, Einleitung, in: Dies. (Hg.), *Mall of Shame. Kampf um Würde und Lohn*, 2020 1 ff.

7 Kaltenborn, *Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht 2023/Schmitz* § 2 LkSG, Rn. 252.

8 Als Wanderarbeiter*innen (englisch: migrant workers) werden Menschen bezeichnet, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht haben, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben (Artikel 2 UN-MWC). Dabei muss nicht feststehen, dass oder wann eine Rückkehr in den Heimatstaat geplant ist.

9 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations on the combined twenty-third to twenty-sixth reports of Germany (CERD/C/DEU/CO/23-26) 2023.

10 Siehe nur: Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Germany 2023. A/HRC/55/10; m.w.N. Dominik Schmitz/ Eva Kocher, *Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention: Herausforderungen und Implikationen einer Ratifizierung durch Deutschland*, Gutachten im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2024 (unveröffentlicht), 4.

11 Zur Entstehungs- und Ratifikationsgeschichte der UN-ICRMW: Katharina Spieß, *Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen*, Studie im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2007, URL: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/studie_die_wanderarbeitnehmerkonvention_der_vereinten_nationen.pdf, 27 f.

12 Ausführlich: Schmitz/ Kocher, *Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention*, 21 ff.

heikel ist, dass die Konvention zwar das staatliche Bedürfnis nach Migrationsregulierung anerkennt, aber auch irreguläre Arbeitsmigrant*innen explizit schützt.¹³ Sie wurde weit überwiegend von Herkunftsländern von Arbeitsmigrant*innen ratifiziert und ist der einzige UN-Kernmensenrechtsvertrag, den Deutschland bisher nicht ratifiziert hat.¹⁴ Als Grund, die Konvention nicht zu ratifizieren, wird von der Bundesregierung u.a. vorgetragen, das Schutzniveau für Wanderarbeiter*innen sei bereits hinreichend hoch.¹⁵

Die Empfehlungen zur Ratifikation sind jedoch mehr als ritualisierte Erinnerungen von UN-Gremien an den am wenigsten ratifizierten UN-Kernmensenrechtsvertrag. Sie basieren auf zahlreichen Berichten über massive Verletzungen der Rechte von Wanderarbeiter*innen in Deutschland. Dabei sind Wanderarbeiter*innen rechtlich betrachtet in Deutschland auch jetzt nicht schutzlos. Auch für sie gelten die allgemeinen Grundrechte sowie Arbeitsgesetze wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, die Arbeitsschutz- und Arbeitszeitgesetze oder Bundesurlaubs- und Mindestlohnsgesetz. Zudem gibt es im internationalen Menschenrechtsschutzsystem für Wanderarbeiter*innen relevante Rechte, die auch in Deutschland gelten. Insbesondere der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist an dieser Stelle zu nennen. Auch die Europäische Sozialcharta beinhaltet mit Art. 19 spezifische Rechte für Wanderarbeiter*innen. Besonders schwere Formen der Arbeitsausbeutung können zudem nach §§ 232 ff. StGB strafrechtlich verfolgt werden.

Trotz dieses de jure bestehenden vergleichsweise hohen rechtlichen Schutzniveaus gibt es mittlerweile eine ganze Reihe bekannt gewordener Fälle, in denen die Rechte von Wanderarbeiter*innen in Deutschland massiv verletzt wurden – etwa durch Nichtzahlung von Löhnen oder gesundheitliche Schäden im Zusammenhang mit ihrer Arbeit.¹⁶ Im Kontext der Covid-Pandemie wurden die Arbeitsbedingungen migrantischer Saisonarbeiter*innen und Arbeiter*innen in Fleischfabriken auch in einer breiteren medialen Öffentlichkeit diskutiert.¹⁷ Expert*innen gehen davon aus, dass sich in einigen Branchen

13 Vgl. Schmitz/ Kocher, Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 11 ff.

14 Zum Ratifikationsstand siehe: United Nations, Interactive Dashboard, URL: <https://indicators.ohchr.org/>.

15 Schmitz/ Kocher, Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 90.

16 Siehe nur: Jürgen Dahlkamp u.a., Das kurze Leben des Alfred Visha, DER SPIEGEL 20/24; Frederic Hüttenhoff, Harte Arbeit. Bauarbeiter aus Mittel- und Osteuropa und das Werkvertragssystem in Deutschland, PECO Institut 2023; Benjamin Luig, Saisonarbeit in der Landwirtschaft. Bericht 2023, Initiative Faire Landarbeit 2024; Christian Sperneac-Wolfer, Die multiple Prekarität rumänischer Bauarbeiter in Deutschland, in: Sozial.Geschichte Online, 34 2023, 189–217; Deutsches Institut für Menschenrechte, Schwere Arbeitsausbeutung und die Lohnansprüche betroffener Migrant_innen in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte 2018 – Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland, 38–56, 2018; Greta Schabram/ Nora Freitag, Harte Arbeit, wenig Schutz. Osteuropäische Arbeitskräfte in der häuslichen Betreuung in Deutschland. Deutsches Institut für Menschenrechte 2020; Hendrik Lackus/ Olga Schell, Mall of Shame: Kampf um Würde und Lohn, Berlin 2020.

17 Benedikt Behlert, Feasting on the Back of the Harvester: On Germany's Treatment of Migrant Workers (and the Role of Specialised Human Rights Regimes), Völkerrechtsblog, 2021, URL: <https://voelkerrechtsblog.org/de/feasting-on-the-back-of-the-harvester/>; Vladimir Bogoevski, Continuities of exploitation: seasonal migrant workers in German agriculture during the COVID-19 pandemic, Journal of Law and Society 49 (2022), 681–702; Peter Birke, Die Fleischindustrie in der Coronakrise: Eine Studie zu Migration, Arbeit und multipler Prekarität, Sozial.Geschichte Online (29) 2021, URL: <https://sozialgeschichte-online.org/2021/02/25/die-fleischindustrie-in-der-coronakrise/>.

mittlerweile Netzwerke und Strukturen systematischer Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen etabliert haben.¹⁸

Besonders dramatisch ist die Situation überall dort, wo hoher Kostendruck besteht, der von größeren Unternehmen an Subunternehmen weitergegeben wird. Diese wiederum produzieren oder bieten Dienstleistungen auf Kosten der Beschäftigten besonders günstig an. Handelt es sich bei den Beschäftigten um Personen, die in besonderem Maße auf die Beschäftigung (oder einen mit der Beschäftigung in Zusammenhang stehenden Aufenthaltstitel) angewiesen sind, sind die Bedingungen für Ausbeutung besonders günstig. Arbeitsausbeutung ist daher überall dort besonders gravierend ausgeprägt und verbreitet, wo Anreize zur Unterschreitung rechtlicher Standards auf Seiten der Unternehmen auf erhöhte Vulnerabilität auf Seiten der Beschäftigten treffen.

3. Arbeitsausbeutung als Menschenrechtsproblem

Arbeitsausbeutung im menschenrechtlichen Sinne meint mehr als die technische Aneignung der Arbeitskraft durch den Arbeitgeber. Eine zu voraussetzungsreiche Konzeption, die Ausbeutung erst annimmt, wenn wir es mit einem (physischen) Gewaltverhältnis zu tun haben, droht jedoch, das Phänomen sowie die damit verbundene menschenrechtliche Problematik zu verkennen.

Politisch durchgesetzt hat sich eine straf- und sicherheitsrechtliche Perspektive auf Ausbeutung, in der sie ein von der Normalität abweichendes Kriminalitätsphänomen darstellt.¹⁹ Demnach ist sie primär mit strafrechtlichen Mitteln zu bekämpfen. Demgegenüber steht eine Perspektive auf Ausbeutung, die stärker auf alltägliche und unterhalb der Strafbarkeitsschwelle angesiedelte ausbeuterische Praktiken fokussiert und Ausbeutung als ein graduelles Phänomen versteht. Diese Perspektive ermöglicht einen besseren Blick auf die Ursachen von Ausbeutung.²⁰ Laut Shamir handelt es sich bei ersterer um die menschenrechtliche Perspektive, während sie letztere als „labor perspective“ bezeichnet. Auch wenn die analytische Unterscheidung dieser beiden Paradigmen gerechtfertigt ist, scheint es mir nicht ganz treffend, die menschenrechtliche Perspektive mit der strafrechtlichen gleichzusetzen und den Blick auf die Ursachen für Ausbeutung der arbeitsbezogenen Perspektive vorzubehalten. Vielmehr lassen sich beide Perspektiven als menschenrechtliche beschreiben, wobei erstere aktuell deutlich einflussreicher ist.²¹

18 Hüttenhoff, *Harte Arbeit*, 3; Daniel Wiese, „Die auszubeuten, ist einfacher“. Interview mit Lena Thombansen, taz 2023, URL: <https://taz.de/Schlecht-bezahlte-Arbeit-am-Bau/15970539/>.

19 Shamir, *Labor Perspective*, 108 f.

20 Shamir, 110.

21 Normativ betrachtet ermöglicht der menschenrechtliche Rahmen des strafrechtlichen Ansatzes die Kritik des zu engen Fokus als immanente Kritik und damit eine Öffnung des menschenrechtlichen Blicks. Andersherum lassen sich die unter der „labor perspective“ gefassten Normen, soweit es sich um Rechte handelt, auch als Menschenrechte formulieren (vgl. hierzu: die normative Perspektive von Virginia Mantouvalou, *Are Labour Rights Human Rights?* *European Labour Law Journal*, Vol. 3 (2) 2012, 5 ff., verfügbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2007535>). Sie geht allerdings insoweit über menschenrechtliche Ansätze hinaus als sie konkrete ökonomische Machtverhältnisse mitbetrachtet und kontextspezifische Maßnahmen befürwortet (Shamir, 112 f.). Auch der Blick auf die Bedingungen der Rechte ist m.E. aber im Recht als immanente Kritik angelegt (vgl. Marie Diekmann, *Die demokratische Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts*, Weilerswist 2023, 24 ff.).

3.1 Arbeitsausbeutung aus strafrechtlicher Perspektive

Im deutschen Strafrecht gibt es seit 2016 mit § 233 StGB einen eigenständigen Straftatbestand der Ausbeutung der Arbeitskraft. Arbeitsausbeutung im strafrechtlichen Sinne ist demnach die Beschäftigung unter Ausnutzung einer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder einer migrationsspezifischen Hilflosigkeit.²² Die strafrechtliche Ausbeutung ist dogmatisch eng verknüpft mit Menschenhandel.²³ Strafbar ist nach § 232 Abs. 1 Nr. 1 b StGB der Menschenhandel zum Zwecke einer ausbeuterischen Beschäftigung, welche laut Legaldefinition gekennzeichnet ist durch Arbeitsbedingungen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmer*innen in einer vergleichbaren Beschäftigung stehen und zudem auf Seiten des Täters rücksichtsloses Gewinnstreben voraussetzt.²⁴ § 232b StGB pönalisiert zudem Handlungen, durch die Personen in ein Ausbeutungsverhältnis nach § 232b Nr. 1-3 StGB gebracht oder darin festgehalten werden sollen.²⁵ Die Tatbestandsmerkmale sind jedoch so eng konzipiert, dass es in der Praxis kaum Anwendungsfälle gibt.²⁶ Und es bestehen nicht nur Probleme auf Ebene der Rechtsanwendung. Auch die strukturelle Dimension von Ausbeutung lässt sich über das auf individuelles Fehlverhalten fokussierte Strafrecht nicht fassen.

Dem strafrechtlichen Ansatz fehlt damit eine sozioökonomische Perspektive auf Ausbeutung.²⁷ Darüber hinaus wird die im Strafrecht notwendige scharfe Grenzziehung zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit der komplexen Realität von Ausbeutungsverhältnissen nicht gerecht.²⁸

22 Fischer StGB § 232 Rn. 5 ff.

23 Menschenhandel und Ausbeutungsdelikte haben nicht nur eine gemeinsame Normgeschichte, (s.u.), sondern sind auch tatbestandlich miteinander verwoben und verweisen aufeinander (so etwa § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB). § 232 StGB stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, das als eigenständiges Vorbereitungsdelikt im Vorfeld der nachfolgend aufgeführten Ausbeutungsformen (darunter auch Arbeitsausbeutung) angesiedelt ist (MüKoStGB/Renzikowski, 4. Aufl. 2021, StGB § 232, Rn. 3). Zweck von Menschenhandel ist damit die spätere Ausbeutung des Opfers.

24 Fischer StGB § 232 Rn. 12 ff.

25 MüKoStGB/Renzikowski, 2021, StGB § 232a Rn. 22. Relevant kann in diesem Zusammenhang auch § 233a StGB (Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung) werden. Zudem gibt es Straftatbestände, die unterhalb der Schwelle des Menschenhandels angesiedelt sind und ebenfalls Ausbeutung betreffen: § 291 StGB, § 10a SchwarzArbG und § 15a AÜG. Für eine ausführliche und praxisbezogene Darstellung, siehe: Berichterstattungsstelle Menschenhandel, Monitor Menschenhandel in Deutschland. Erster Periodischer Bericht 2024, 173 ff.

26 So weist das Bundeslagebild zu Menschenhandel und Ausbeutung des Bundeskriminalamts (URL: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Menschenhandel/menschenhandel_node.html) für das Jahr 2023 bundesweit gerade einmal 36 geführte Ermittlungsverfahren aus (S. 14), was bereits einen deutlichen Anstieg zu den Jahren davor darstellt (S. 15). Das BKA geht von einem großen Dunkelfeld aus. Ein wichtiger Grund für die geringe Strafverfolgungsquote ist auch, dass die Opfer sich häufig wenig kooperativ zeigen, aus (berechtigter) Angst vor Täter*innen sowie Behörden (vgl. ebd. S. 15). Eine behördliche Verfolgung droht Opfern insbesondere bei irregulärem Aufenthalt oder fehlender Arbeitserlaubnis, etwa wegen Verstößen gegen das SchwarzArbG oder aufgrund von Aufenthaltsdelikten (Katharina Spieß, Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Menschenrechtskonventionen – Ein Überblick, in: Andreas Fischer-Lescano u.a. (Hg.), Arbeit in der Illegalität, Frankfurt am Main 2012, 118 ff.).

27 Hila Shamir, A Labor Paradigm for Human Trafficking, UCLA Law Review 76 (2012), 76-136.

28 Eine kritische Evaluierung, in der weitere Probleme der Tatbestände thematisiert werden, findet sich bei: Tillmann Bartsch u.a., Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschen-

Dem engen Verhältnis von Ausbeutung und Menschenhandel liegt eine Verschiebung auf Ebene der UN im Blick auf arbeitsbezogene Menschenrechtsverletzungen zu Beginn der 2000er Jahre zugrunde. Anstelle des wenig erfolgreichen, weil insbesondere von den Industriestaaten des sog. Globalen Nordens nicht ratifizierten, Ansatzes der UN-ICRMW mit einem umfassenden Schutzansatz für alle (auch irreguläre) Migrant*innen, wurde der Fokus auf Menschenhandel und organisierte Kriminalität verschoben. Mit der Palermo-Konvention gegen transnationale organisierte Kriminalität (2000) und den nachfolgenden Palermo-Protokollen (insbesondere dem Zusatzprotokoll zu Menschenhandel 2005) wurde der Fokus auf kriminellen Menschenhandel gelegt.²⁹ Dies wurde zum Anstoß für zahlreiche weitere internationale und nationale Gesetzgebungsprozesse und Maßnahmen zur Kriminalisierung und Verfolgung von Menschenhandel und damit assoziierter Ausbeutungsformen.³⁰ In Europa wurde 2005 die Europaratskonvention zur Bekämpfung des Menschenhandels verabschiedet, die seit 2013 in Deutschland gilt. Im Jahr 2011 folgte die EU-Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels (Richtlinie 2011/36/EU), die zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2024/1712 reformiert wurde. Die §§ 232 ff. StGB wurden im Zuge dieser völker- und europarechtlichen Vorgaben grundlegend reformiert.³¹

Der menschenrechtliche Blick auf Ausbeutung ist damit stark geprägt von einem strafrechtlichen Paradigma, und menschenrechtliche Strategien gegen Ausbeutung stehen in engem Zusammenhang mit staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung transnationaler Kriminalität.³²

3.2 Arbeitsausbeutung als graduelles Phänomen

Außerhalb des Strafrechts wird meist eine differenzierte, an den Kriterien der International Labour Organization (ILO) orientierten Konzeption verwendet, wonach Arbeitsausbeutung entlang eines Kontinuums bestimmt wird.³³ Dieses reicht von „decent work“ bis hin zu „Zwangsarbeit“ als extreme Form von Ausbeutung. Definition und Abgrenzung der Konzepte „decent work“, „Ausbeutung“ und „Zwangsarbeit“ erfolgen kontextspezifisch, wobei Zwangsarbeit in Artikel 2 der ILO-Zwangsarbeitskonvention von 1930 präzisiert wird. Ob ein Arbeitsverhältnis als Zwangsarbeit einzustufen ist, wird bisweilen auch anhand einer Reihe an Indikatoren bestimmt, unter anderem die Einbehaltung von Ausweispapieren, Vorenthaltung von Löhnen, missbräuchliche Arbeits- und Lebensbe-

handels (§§ 232 bis 233a StGB). Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen, 2021, URL: https://kfn.de/wp-content/uploads/Forschungsberichte/Bericht_Evaluierung_Strafvorschriften_Bekämpfung_Menschenhandel.pdf.

29 Sam Scott, *Labour Exploitation and Work-Based Harm*, Bristol 2017, 39.

30 Ebd. 39 f.

31 MüKoStGB/Renzikowski, 4. Aufl. 2021, StGB § 232 Rn. 21 ff.; Sebastian Bürger, Die Neuregelung des Menschenhandels Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3 2017, 170–181.

32 Shamir, *Labour Perspective*, 90 ff.

33 Z.B. Klara Skrivankova, *Between Decent Work and Forced Labour: Examining the Continuum of Exploitation*. Joseph Rowntree Foundation, 2010, URL: <https://www.gla.gov.uk/media/1585/jrf-between-decent-work-and-forced-labour.pdf>; Scott, *Labour Exploitation*, 44 f.

dingungen und exzessive Überstunden.³⁴ Eine Schwelle, ab der ein Arbeitsverhältnis als Zwangsarbeit oder ausbeuterisch gilt, wird durch die ILO nicht festgelegt. Ausbeutung ist also ein graduelles Phänomen. Arbeitsverhältnisse können ausbeuterisch sein, ohne die Schwelle zur strafbaren Arbeitsausbeutung zu überschreiten.

Unabhängig davon, welche Definition man anlegt, ist nur schwer zu sagen, wie viele Menschen tatsächlich betroffen sind. Die meisten strafrechtlich relevanten Fälle liegen im Dunkelfeld, gelangen also gar nicht erst zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden und tauchen in keiner Statistik auf. Das Gleiche gilt erst recht für diejenigen Fälle, die sich zwar noch unterhalb der Schwelle strafbarer Arbeitsausbeutung und Menschenhandel bewegen, aber durch systematische Verstöße gegen Rechte der Beschäftigten gekennzeichnet sind. Häufig beschrieben sind unterschiedliche Praktiken der Mindestlohnunterschreitung (etwa durch exzessive unbezahlte Überstunden, unrealistische Akkordlöhne oder hohe Lohnabzüge für Arbeitsvermittlung oder Unterbringung), der Vorenthaltung von Urlaub, fehlender Arbeitsschutz, nicht gewährte Erholungszeiten bei Krankheit sowie herablassende Behandlung durch Vorgesetzte.³⁵ Ausbeutung ist also gekennzeichnet durch Formen des Regelbruchs, selbst wenn diese „nur“ andere Strafnormen als Ausbeutung der Arbeitskraft erfüllen oder sogar unterhalb der Strafbarkeitsschwelle bleiben. Der Begriff der Ausbeutung verlagert seinen Fokus somit vom Strafrecht in Richtung Arbeitsrecht.

3.3 Vulnerabilität für Arbeitsausbeutung

Es ist kein Zufall, dass besonders Wanderarbeiter*innen mit geringem sozioökonomischem Kapital von Ausbeutung betroffen sind. Missbräuchliche Arbeitsbedingungen können grundsätzlich viele Menschen betreffen. Die Betroffenen unterscheiden sich jedoch in ihren Fähigkeiten, sich dagegen zu wehren oder sich aus der Situation zu befreien. Eine zentrale Rolle bei der begrifflichen Annäherung an Phänomene der Arbeitsausbeutung spielt der Begriff der Vulnerabilität. Gemeint ist damit eine gesteigerte Verletzlichkeit in Form eines erhöhten Risikos für Rechtsverletzungen aufgrund sozialer, ökonomischer oder rechtlicher Positionierung.³⁶ Beispiele sind unsicherer oder fehlender Aufenthaltsstatus, und fehlende soziale Einbindung.³⁷ Unterschieden werden können migrationspezifische und allgemeine Vulnerabilitätsfaktoren.³⁸ Fehlende Sprach- und Rechtskenntnisse sind offensichtlich Faktoren, die es Menschen erschweren, sich gegen Ausbeutung zu wehren, sodass menschenrechtliche Forderungen und Empfehlungen häufig an diesem Punkt ansetzen und einen besseren Zugang zu relevanten Informatio-

34 ILO: ILO Indicators of Forced Labour, 2012, URL: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcms_p5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf.

35 Zwar gibt es keine robusten Statistiken, durch die mittlerweile gut ausgebauten gewerkschaftsnahen Fachberatungsstellen sowie qualitative Studien liegen jedoch zahlreiche Berichte vor.

36 Vgl. Alexandra Timmer u.a., The Potential and Pitfalls of the Vulnerability Concept for Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 31 (3) 2021, 190–197, 193.

37 Böhme, Ausbeutung im Reinigungsgewerbe, 18.

38 Franziska Loschert u.a., *Prekäre Beschäftigung – prekäre Teilhabe. Ausländische Arbeitskräfte im deutschen Niedriglohnsektor. SVR-Studie*, Berlin 2023, Berlin, 15, URL: <https://www.svr-migration.de/publikation/prekaere-beschaeftigung/>.

nen für Wanderarbeiter*innen fordern.³⁹ Schwieriger zu adressieren sind die institutionellen Arrangements, welche die Vulnerabilität von Migrant*innen erhöhen.⁴⁰ Restriktive Politiken in Bezug auf Migration, Zugang zu Arbeitsmarkt und Sozialsystem schaffen einen rechtlichen Rahmen, der Migrant*innen objektiv in prekäre Lebenslagen und erhöhte Abhängigkeitsverhältnisse bringt. Diese Bedingungen können nicht durch bessere Informationen ausgeglichen werden.

Die qualitative Sozialforschung zeigt dementsprechend, dass es nicht allein sprachliche oder rechtliche Unkenntnis ist, die Menschen dazu bringt, ausbeuterische Arbeitsbedingungen hinzunehmen. Sie erkennen sehr wohl, wenn sie herablassend und unfair behandelt werden, und sind in der Lage, dies als Ungerechtigkeit zu benennen – unabhängig davon, ob sie detailliert über die Rechtslage informiert sind.⁴¹ Sie sind sich aber ebenso bewusst über ihre eigene prekäre Positionierung auf dem Arbeitsmarkt sowie ihren Migrationsstatus. In vielen Fällen scheinen es demnach weniger fehlende Rechtskenntnisse⁴² als das präzise Wissen um die eigene Positionierung, die dazu führt, dass Menschen als unwürdig erlebte Arbeitsbedingungen akzeptieren. Ein Mangel an Alternativen und die Notwendigkeit, ein Einkommen zu erzielen, verbunden mit der finanziellen Verantwortung gegenüber der eigenen Familie, wirken als starke Motivation, ausbeuterische Arbeit zu akzeptieren. Auch ein stark ausgeprägtes Arbeitsethos und der Wunsch, eingegangene (auch nicht-vertragliche) Versprechen einzuhalten, und auch unter widrigen Bedingungen gute Arbeit zu leisten, stellen Gründe dar, weshalb Menschen sich nicht gegen Ausbeutung wehren.⁴³ Nicht alle Menschen, die unter die rechtliche Definition von Wanderarbeiter*innen fallen, sind gleichermaßen vulnerabel für Ausbeutung. Dies liegt daran, dass es nicht einen einzigen Faktor gibt, der die Verletzlichkeit für Ausbeutung erhöht. Vielmehr gibt es eine sozioökonomische Verwundbarkeit, die in einer schwachen sozioökonomischen Positionierung in Gesellschaft und Arbeitsmarkt besteht und unabhängig vom Migrationsstatus bestehen kann (auch, wenn migrationspezifische Faktoren wie etwa ein prekärer Aufenthaltsstatus oder fehlende Arbeitserlaubnis die sozioökonomische Verwundbarkeit erhöhen können) sowie migrationspezifische Vulnerabilitätsfaktoren, wie etwa fehlende Sprachkenntnisse. Dabei macht es einen wichtigen Unterschied, auf

39 Z.B.: International Organization for Migration (IOM), Chapter 5 - Migrant-facing Information Initiatives, IRIS Handbook for Governments on Ethical Recruitment and Migrant Worker Protection, Genf 2023.

40 Vgl.: Fundamental Rights Agency, Protecting Migrants in an Irregular Situation from Labour Exploitation – Role of the Employers Sanction Directive, Luxemburg 2021, URL: <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/employers-sanctions-against-exploitation>.

41 Vgl. Johanna Neuhauser, 'Teile und Herrsche – Rassifizierte Fragmentierungspolitiken am Beispiel migrantischer Leiharbeit in Österreich', in: Anna Lisa u.a. (Hg.), *Geteilte Arbeitswelten. Konflikte um Migration und Arbeit*, Weinheim, 2024, 203-219; siehe auch: Sascha Lübke, *Ganz unten im System. Wie uns Arbeitsmigrant*innen den Wohlstand sichern*, Stuttgart 2024.

42 Nichtsdestotrotz sind die Forderungen nach einem besseren Zugang zum Wissen um die Rechtslage richtig.

43 Sperneac-Wolfer u.a. beschreiben verschiedene Arten von Klassifikationsmuster, die (in diesem Fall rumänische Bau-)Arbeiter dazu motivieren, Arbeitsbedingungen, die sie selbst als „sklavenähnlich“ beschreiben, hinzunehmen (Christian Sperneac-Wolfer u.a., 'Slaves' Without Coercion? Work-Related Classification Patterns among Romanian Migrant Workers. *SEER Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, 26 (2) 2023, 189–208). Bei diesen Deutungsmustern handelt es sich im Grunde nicht um Besonderheiten einer vulnerablen Gruppe Menschen, sondern um allgemein verbreitete Formen der Selbst- und Gesellschaftsdeutung, die sich in einer Ausbeutungssituation als Formen subjektiver Vulnerabilität auswirken.

welche sozialen Netzwerke und individuellen Ressourcen Menschen, die sich in einer grundsätzlich vulnerablen Position befinden, zurückgreifen können.⁴⁴

4. Strukturelle Gründe für Ausbeutung

Zwar sehen wir eine Zunahme an rechtlicher Regulierung, um Arbeitsausbeutung und andere arbeitsbezogene (Menschen-)Rechtsverletzungen zu verhindern. Dies scheint aber nicht dazu zu führen, dass es tatsächlich weniger Ausbeutung gibt. Für Zwangsarbeit scheint sich sogar ein Paradox zu zeigen: Obwohl es zunehmend internationale und nationale Regulierung und Verbote gibt, scheint dies keineswegs dazu zu führen, die Anzahl der Zwangsarbeitsverhältnissen in der Realität zu verringern. Nach aktuellen Schätzungen der ILO betragen die aus Zwangsarbeitsverhältnissen generierten Gewinne weltweit jährlich 236 Milliarden Dollar.⁴⁵ Nimmt man diesen Befund ernst, ist nicht zu erwarten, dass ein Mehr an menschenrechtlicher Regulierung Ausbeutung wirksam verhindern kann. Dies stellt die menschenrechtliche Perspektive vor eine Herausforderung: Sie kann nicht einfach nur bestehende Schutzlücken adressieren, sondern muss den Fokus auf die staatlichen und ökonomischen Arbeitsmigrationsregime sowie auf die Arbeitsmigration in spezifischen Sektoren lenken. Innerhalb dieser Sektoren bilden sich durch das Zusammenspiel von Migrationspolitik und sektorspezifischen Arbeitsmarktregeln Machtverhältnisse heraus, die ausbeuterische Arbeitsbedingungen begünstigen.⁴⁶ Der sozioökonomische Beitrag, den Migrant*innen dabei leisten, wird dabei im öffentlichen Diskurs systematisch unterschätzt und durch abwertende Narrative überdeckt.⁴⁷

4.1 Arbeitsmigration nach Deutschland

Arbeitsmigration hat in Deutschland eine lange Tradition. Bereits im späten 19. Jahrhundert wurden im Zuge des mit der Industrialisierung verbundenen Strukturwandels polnische Arbeitskräfte vor allem für Tätigkeiten in der Landwirtschaft angeworben.⁴⁸ Auch im 20. Jahrhundert spielten ausländische Arbeitskräfte eine bedeutende Rolle für die deutsche Wirtschaft.⁴⁹ Vielen bekannt sind die Anwerbeabkommen der 1950/60er Jahre. Die EU-Osterweiterung in den 2000er Jahren und die damit verbundene sukzessive Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Menschen aus den neuen Mitgliedstaaten

44 Ausführlich hierzu: Loschert u.a., *Prekäre Beschäftigung*.

45 ILO: *Profits and poverty: The economics of forced labour 2024*, URL: <https://www.ilo.org/publications/major-publications/profits-and-poverty-economics-forced-labour>.

46 Einat Albin, *The Sectoral Regulatory Regime. When Work Migration Controls and the Sectorally Differentiated Labour Market Meet*, in: Cathelyn Costello/ Mark Freedland (Hg.), *Migrants at Work*

Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, 134-159.

47 Ewa Palenga-Möllnbeck, *Making Migrants' Input Invisible: Intersections of Privilege and Otherness*

From a Multilevel Perspective, *Social Inclusion* Vol. 10 (1) 2022, 184-193.

48 Bereits damals waren öffentlicher Diskurs und Migrationspolitik geprägt von einem Spannungsverhältnis zwischen nationalpolitischen Prinzipien und Wirtschaftsinteressen (Ulrich Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland*, Bonn 2003, 26 ff.). In diesem Zusammenhang wurde die Migrationspolitik auch zentralisiert und verstaatlicht (ebd., 32 ff.).

49 Eine umfassende und detaillierte historische Übersicht findet sich bei: Ebd.

schufen einen neuen rechtlichen Rahmen für den Arbeitsmarktzugang von Menschen aus den östlichen EU-Mitgliedstaaten. Nach einer Phase betont restriktiver Arbeitsmigrationspolitik, setzte darüber hinaus in den 2000er Jahren eine Liberalisierung im Zeichen eines humankapitalorientierten Ansatzes ein.⁵⁰ Dieser zielte zunächst allein auf hochqualifizierte Migrant*innen, zunehmend aber auch auf Menschen ohne anerkannte formale Qualifikation.⁵¹ Denn es gibt es einen hohen Bedarf gerade auch an vermeintlich unqualifizierten Migrant*innen, um die wirtschaftliche und soziale Infrastruktur zu erhalten. Die von ihnen in Deutschland ausgeübten Tätigkeiten sind oft mit prekären Arbeitsbedingungen verbunden. Zahlreiche Branchen, darunter die Pflege, Landwirtschaft und Baubranche, sind auf Arbeitskräfte angewiesen,⁵² die unter teils ausbeuterischen Bedingungen arbeiten.⁵³

Gleichzeitig werden Migrant*innen ohne Deutschkenntnisse und anerkannte Qualifikationen im öffentlichen Migrationsdiskurs immer wieder als ökonomische Last dargestellt und als unerwünscht abgewertet.⁵⁴ Die EU-Osterweiterung wurde begleitet von einem öffentlichen Diskurs über „Sozialtourismus“ und „Armutszuwanderung“,⁵⁵ der Zugang zu Sozialleistungen für nicht-erwerbstätige EU-Bürger*innen wurde stark beschränkt.⁵⁶ Prekarisierung und Fragmentierung von Arbeit, also die Auflösung des klassischen Arbeitsverhältnisses mit dazugehörigen Sicherheiten, sind allgemeine Dynamiken am Arbeitsmarkt (insbesondere seit den 1990er Jahren), innerhalb dieser allgemeinen Entwicklung zeigt sich jedoch auch eine „Migrantisierung von Prekarität“ in Form einer branchenübergreifenden Tendenz, dass prekäre und unsichere Arbeitsverhältnisse besonders häufig von Migrant*innen besetzt werden.⁵⁷ Hier treffen ein genereller Trend der Prekarisierung von Arbeit gerade in systemrelevanten Berufen und schlechte Ausgangs-

50 Felix Hormig, Problem Fachkräftemangel. Wie deutsche Parteien über Erwerbsmigration reden. MIDEM-Policy Paper 2024-1, Dresden 2024, 5 ff.

51 Ebd. 9. Zuletzt wurde im Sommer 2023 das Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung (FEG) verabschiedet, um die arbeitsmarktbezogene Einwanderung nach Deutschland zu fördern. Neben Zugängen für qualifizierte Fachkräfte ermöglicht das Gesetz auch die Beschäftigung von Personen ohne anerkannte Qualifikation. Zudem wurde die Westbalkanregelung entfristet und das jährliche Kontingent auf 50.000 Personen verdoppelt.

52 Zur Entwicklung des Anteils von Migrant*innen auf dem Arbeitsmarkt, siehe nur: Arbeitsagentur, Auswirkungen der Migration auf den deutschen Arbeitsmarkt Deutschland (Monatszahlen), 2021, 9.

53 Teils gelten diese Branchen auch als besonders risikofähig für Menschenhandel (GRETA, Dritter Evaluationsbericht Deutschland, 2024, URL: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-germany-third-evaluation-round-focus-access/1680b04977>, 44).

54 Hormig, 14.

55 Vgl. Tobias Neuburger/ Christian Hinrichs, Die institutionelle Produktion von „Armutszuwanderern“: Kommunalen Antiziganismus und die Neuerfindung des Jobcenters als wohlfahrtsstaatliche Grenzsicherungsbehörde, in: Linda Supik u.a., Gender, Race and Inclusive Citizenship. Dialoge zwischen Aktivismus und Wissenschaft, Wiesbaden 2022, 195–226, 196; Ewa Palenga-Möllnbeck, Making Migrants' Input Invisible: Intersections of Privilege and Otherness From a Multilevel Perspective, Social Inclusion 2022 Nr. 10 (1), 184–193, 185.

56 Ein Überblick dazu findet sich bei: Bertold Brücher/ Hans Nakielski, Grundsicherungsleistungen: Nicht für alle EU-Bürger*innen in Deutschland, Netzwerk Sozialrecht, Oktober 2020, URL: <https://netzwerk-sozialrecht.net/grundsicherungsleistungen-nicht-fuer-alle-eu-buergerinnen-in-deutschland/>.

57 Johanna Neuhauser/ Peter Birke, Migrantische Arbeit unter Covid-19: Leerstellen in der Arbeitssoziologie, AIS-Studien 14 (2) 2021, 59–69, 65.

bedingungen insbesondere von nicht in Deutschland geborenen Migrant*innen als „prekäreres Matching“ aufeinander.⁵⁸

4.2 Ökonomische Anreize

Gerade in Sektoren mit hohem Migrantenanteil bestehen starke ökonomische Anreize für Arbeitsausbeutung. Dies gilt für die transnationalen Produktions- und Lieferbeziehungen, in denen gravierende Regulierungslücken, sowie Lücken in der Rechtsdurchsetzung bestehen. Der globale Wettbewerb begünstigt diejenigen Akteure, die besonders flexibel und kostengünstig produzieren und liefern können.⁵⁹ Auch die ILO sieht in ökonomischen Anreizen einen maßgeblichen Grund für die weltweite Persistenz von Zwangsarbeit.⁶⁰

Dieser globale Befund lässt sich auch auf nationale Märkte und einzelne Branchen übertragen. So haben sich auch in Deutschland im Zuge des Strukturwandels der Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen die ökonomischen Anreize für Unternehmen, arbeits- und sozialrechtliche Standards zu unterlaufen, verstärkt.⁶¹ In manchen Fällen dürften diese Anreize so stark sein, dass rechtskonformes, nicht-ausbeuterisches Verhalten sich als echter Wettbewerbsnachteil auswirkt.⁶² So konnte beispielsweise die deutsche Fleischindustrie durch besonders niedrige Löhne und den Einsatz von Leiharbeiter*innen aus Osteuropa einen Kosten- und damit Wettbewerbsvorteil gegenüber den Industrien anderer europäischer Staaten erlangen.⁶³ Ebenso hat die Baubranche⁶⁴ in den letzten Jahrzehnten erhebliche strukturelle Veränderungen durchlaufen, wobei Lohnkosten zu einem entscheidenden Wettbewerbsfaktor geworden sind. Auch hier begünstigt der hohe Kostendruck rechtswidrige Praktiken, um Lohnkosten auf Kosten der Beschäftigten zu senken. Zudem werden zahlreiche und wechselnde Subunternehmen eingesetzt und die meisten Unternehmen beschäftigen nur noch wenige eigene Festangestellte. Hohe Fluktuation der beteiligten Akteure und (transnationale) Subunternehmerketten führen zu einer Verantwortungsdiffusion und erschweren Kontrollen und Durchsetzung arbeitsrechtlicher Standards.

Ausbeutung muss also, um richtig verstanden zu werden, als strukturelles Phänomen begriffen werden, dem nur durch Strukturveränderungen wirksam beizukommen ist.

58 Samir al Khalil u.a., Systemrelevant und prekär beschäftigt: wie Migrant*innen unser Gemeinwesen aufrechterhalten, DeZIM Research Notes 3 (20) 2020, 10, URL: https://www.dezim-institut.de/fileadmin/user_upload/DeZIM/PDF/Papiere_Publikationen/DeZIM-Research-Note3_Systemrelevant-prek%C3%A4r-besch%C3%A4ftigt.pdf.

59 Ausführlich: LeBaron: Combating Modern Slavery, Cambridge 2020; Julia Drubel, Das ILO-Zwangsarbeitsverbot in der globalisierten Wirtschaft, Wiesbaden 2022, 123 ff.

60 ILO, Profits and Poverty.

61 Vgl. Marie Diekmann, Die demokratische Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts, 201 ff.

62 Vgl. David Klein, Corporate Governance im Kontext von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in der deutschen Bauwirtschaft, Düren 2021, 52 f.

63 Serife Erol/ Thorsten Schulten, Neuordnung der Arbeitsbeziehungen in der Fleischindustrie, WSI-Report 61 2021, 8 f.; Bettina Wagner/ Anke Hassel, Posting, subcontracting and low-wage employment in the German meat industry, Transfer: European Review of Labour and Research No. Vol 22 (2) 2016, 163–178.

64 Ausführlich: Gerhard Bosch/ Frederic Hüttenhoff, Der Bauarbeitsmarkt. Soziologie und Ökonomie einer Branche, Frankfurt 2022, 19 ff.

In diesem Sinne schlussfolgert auch die ILO in Bezug auf Zwangsarbeit: “Yet forced labour cannot be ended through law enforcement measures alone. Rather, a broad-based approach is needed, with a strong emphasis on addressing root causes and the protection of victims.”⁶⁵

Die Anreize sind nicht nur deshalb so stark, weil die Gewinne aus Arbeitsausbeutung hoch sind, sondern auch, weil sie mit wenig Kosten verbunden ist. Letzteres liegt an einem Durchsetzungsdefizit der bestehenden Regeln. Zudem besteht ein Defizit in der Rechtssetzung. Drubel zeigt anhand der von Búzás⁶⁶ entlehnten Annahme eines Norm-Law-Gaps, also einer fehlerhaften oder unzureichenden Übertragung normativer Inhalte in Gesetze, dass ein Grund für die fehlende Effektivität des ILO-Zwangsarbeitsverbots in einer verkürzten Legaldefinition liegt. Diese liefert zwar eine angemessene Beschreibung von Zwangsarbeit, scheitert jedoch bei Unternehmen daran, Verantwortung adäquat zuzuschreiben.⁶⁷

5. Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten als neuer Anknüpfungspunkt

Einen neuen Ansatzpunkt zur Bekämpfung ausbeuterischer Praktiken durch Unternehmen gibt es im Bereich der Unternehmensverantwortung. Nachdem die „Corporate Social Responsibility“ (CSR) lange Zeit ausschließlich in Form von Soft Law bestand, zeichnet sich seit einigen Jahren ein neuer gesetzgeberischer Trend ab, die CSR in hartes, durchsetzbares Recht zu überführen.

Zwar gelten menschenrechtliche Verpflichtungen in erster Linie für Staaten. Dennoch wird im internationalen Recht zunehmend von Unternehmen erwartet, dass sie Menschenrechte respektieren. Diese Erwartung wird durch die Verpflichtung zur menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht konkretisiert.⁶⁸ Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UNGPs) bilden das umfassendste Rahmenwerk zu diesem Thema und definieren Pflichten für Unternehmen, die Menschenrechte zu respektieren sowie Abhilfe für Opfer von Menschenrechtsverletzungen zu fassen. Sie erkennen Wanderarbeiter*innen explizit als besonders schutzbedürftige Gruppe an und fordern Unternehmen auf, ihre spezifischen Risiken zu berücksichtigen.⁶⁹ Auch die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen empfehlen die Achtung der Menschenrechte und beziehen sich auf UN-ICRMW.⁷⁰

Seit kurzem gibt es die ersten nationalen Lieferkettengesetze mit harten Sanktionsmechanismen. So etwa das französische Loi de Vigilance aus dem Jahr 2017. Auch Deutschland hat seit 2023 mit dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) ein Gesetz, das Unternehmen dazu verpflichtet, Menschenrechtsverletzungen in ihren Lieferketten zu

65 ILO, Profits and Poverts, 22.

66 Zoltán I. Búzás, *Evading International Norms*, Philadelphia 2021.

67 Julia Drubel, *Das ILO-Zwangsarbeitsverbot*, 83 ff.

68 Vgl. John Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, New York 2013, XVIII ff.

69 UN Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, 2011, URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf, Commentary zu Principle 3, 12 und 26.

70 OECD, *Leitsätze für multinationale Unternehmen zu verantwortungsvollem unternehmerischem Handeln* 2023, Paris, URL: <https://doi.org/10.1787/abd4d37b-de>, Rn. 45.

achten. Nach dem Vorbild der UNGPs verfolgt das Gesetz einen Due-Diligence-Ansatz, nach dem Unternehmen menschenrechtliche Risiken in ihrer eigenen Geschäftstätigkeit und bei ihren (direkten) Zulieferern analysieren müssen (vgl. §§ 4 f. LkSG). Zudem müssen Unternehmen nach § 8 LkSG ein unternehmerisches Beschwerdeverfahren einrichten. Überwacht wird die Einhaltung des LkSG durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), das den Geschäftsbericht kontrolliert und nach eigenem Ermessen risikobasierte Prüfungen durchführen oder auf Antrag von Betroffenen tätig werden kann. Bei Verstößen drohen Bußgelder von bis zu 2% des weltweiten Jahresumsatzes (vgl. § 24 LkSG) sowie der Ausschluss von Unternehmen von öffentlichen Aufträgen (§ 22 LkSG). Bisher zeigt sich das BAFA jedoch äußerst großzügig bei der Überprüfung der Einhaltung des Gesetzes, und Mitglieder der Bundesregierung haben öffentlich über eine Aussetzung oder Abschwächung des LkSG nachgedacht.⁷¹

Obwohl das Gesetz, wie auch andere Lieferkettengesetze, hauptsächlich auf Lieferbeziehungen mit dem sog. Globalen Süden ausgerichtet ist, zeigte ein Fall in Deutschland, wie das LkSG gerade auch von Wanderarbeiter*innen im Inland erfolgreich genutzt werden kann, um sich gegen Arbeitsausbeutung zu wehren. Die Streiks von Gräfenhausen im Frühjahr und Herbst 2023, bei der sich bis zu 150 mehrheitlich aus Usbekistan und Georgien stammende Lkw-Fahrer auf einer Raststätte zum Streik versammelten, weil sie von dem Unternehmen für das sie fuhren, nicht bezahlt worden waren, führten zum ersten erfolgreichen Anwendungsfall des LkSG. Mithilfe eines breit gefächerten Unterstützungsnetzwerk sowie radikaler Mittel der Fahrer (u.a. einem Hungerstreik) erlangten sie nicht nur große mediale Aufmerksamkeit. Durch detaillierte Nachverfolgung der Lieferbeziehungen und Dokumentation der Verstöße und entsprechender Meldungen an die belieferten Großunternehmen, erzwangen die Fahrer geradezu das Eingreifen des BAFA. Dieses übte wiederum Druck auf die Unternehmen aus, die schließlich die ausstehenden Löhne zahlten.⁷² Der Streik von Gräfenhausen fand damit ein positives Ende, im Gegensatz zu vorherigen Protesten nicht bezahlter Arbeiter*innen, wie etwa der eingangs erwähnten nicht bezahlten Arbeiter*innen der „Mall of Berlin“. Diese gewannen zwar zunächst ihre Lohnklage vor Gericht, gingen am Ende jedoch leer aus. Nach der Insolvenz der zwischengeschalteten Unternehmen scheiterte der Versuch, die ausstehenden Gehälter vom Auftraggeber nach § 14 AEntG zu erlangen, vor dem BAG.⁷³

Den aktuellen Versuchen aus Politik und Wirtschaft, das LkSG zu schwächen, wird durch die im Mai 2024 verabschiedete EU-Richtlinie über Nachhaltigkeits Sorgfaltspflichten von Unternehmen (CSDDD) Grenzen gesetzt. Im Gegensatz zum deutschen LkSG enthält die CSDDD in Artikel 29 zudem eine zivilrechtliche Haftungsregelung für Unternehmen. Diese stärkt die Möglichkeit, Subunternehmerketten haftungsrechtlich zu durchbrechen, deutlich.

Diese Abkehr von der traditionellen zivilrechtlichen Haftungslogik ermöglicht es Rechteinhaber*innen, gemeinsame Ziele zu verfolgen, die zuvor unerreichbar gewesen wären. Beim zweiten Streik von Gräfenhausen war bereits absehbar, dass der Subunter-

71 Jan Schmid, Wirtschaftsminister Habeck will Lieferkettengesetz abschwächen. RiffReporter, 2024, URL: <https://www.riffreporter.de/de/gesellschaft/wirtschaftsminister-habeck-lksg-lieferkettengesetz-lieferketten-csddd-menschenrechte>.

72 Schäder, Barbara, Bafa-Chef zu Lkw-Streik „Hatte Angst, dass es Tote gibt“, FAZ 2024, URL: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/wirtschaft/bafa-chef-zu-lkw-streik-in-graefenhausen-hatte-angst-dass-es-tote-gibt-19600868.html>.

73 Vgl. BAG, Urteil vom 16.10.2019, 5 AZR 241/18.

nehmer insolvent sein könnte. Eine erfolgreiche Zivilklage hätte daher wahrscheinlich nicht zur Entschädigung der Fahrer geführt.⁷⁴ Das LkSG ermöglichte es jedoch, Ansprüche gegen die solventen deutschen Unternehmen geltend zu machen. In der Regel werden einzelne Betroffene die Mechanismen des LkSG jedoch kaum nutzen können, schon allein deshalb, weil es für sie schwer sein wird, hinreichend darzulegen, dass ihre Rechte verletzt wurden und die betroffenen Unternehmen trotz Kenntnis keine Abhilfe geschaffen haben. Dass das BAFA, wie in dem Gesetz vorgesehen, tatsächlich umfassend eigenständig ermittelt, ist bisher noch nicht zu erkennen.

Ebenso wie andere gesetzliche Initiativen zum besseren Schutz von Wanderarbeiter*innen bewirkt dies keine tiefgreifende strukturelle Veränderung. Durch die gestärkte unternehmerische Verantwortung lassen sich jedoch ausbeuterische Praktiken auch begrifflich einfacher als Menschenrechtsverletzungen erfassen. Eine konsequente Anwendung hätte zudem das Potenzial, ökonomische Anreize gegen Ausbeutung zu setzen.

6. Fazit

Die Ausbeutung von Wanderarbeiter*innen bleibt ein weit verbreitetes Problem. Bisher ist es nicht gelungen, Arbeitsausbeutung so zu definieren, dass sie rechtsbegrifflich zutreffend gefasst werden kann. Strafrechtliche Definitionen, die auf extreme Fälle von Zwang und Ausbeutung abzielen, greifen zu kurz. Hauptproblem ist aus menschenrechtlicher Sicht die fehlende Durchsetzung der Rechte von Menschen in vulnerabler Lage, wie Wanderarbeiter*innen. Die Persistenz ausbeuterischer Verhältnisse lässt sich vor allem auf strukturelle Faktoren zurückführen, wobei die ökonomischen Anreize für Unternehmen, ausbeuterische Praktiken anzuwenden, eine wichtige Rolle spielen. Die Einführung des LkSG und der CSDDD bieten neue Ansätze und könnten einen ersten Schritt in Richtung wirksamer Anreize zur Verhinderung von Ausbeutung bei Unternehmen darstellen, da es neue rechtliche Möglichkeiten eröffnet, um gegen Ausbeutung vorzugehen und Unternehmen stärker in die Verantwortung zu nehmen.

74 Quelle: Deutsches Institut für Menschenrechte: Hintergrundgespräch mit Edwin Atema (RTTD), 26.04.2024; Friedrich-Ebert-Stiftung/ faire Mobilität / DGB: Gräfenhausen is no exceptional case! Towards fair cross-border work in Europe, Konferenz Berlin 12.10.2023.

PRAXISRUBRIK

Marius Kühne

Kontaktschuld im Kessel?

– Anmerkung zu VG Düsseldorf, Urteile vom 10.04.2024
– 18 K 4774/21, 18 K 4927/21, 18 K 5786/21

Die geplante Einführung eines nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes war Anlass für die Gründung des Bündnisses „Versammlungsgesetz NRW stoppen – Grundrechte erhalten!“ und einer gleichnamigen Demonstration am 26.06.2021. Bei der Versammlung wurden zwei Journalisten von Polizeikräften verletzt und 338 Teilnehmende über mehrere Stunden ‚eingekesselt‘. Während ersteres für einen medialen Aufschrei und politische Stellungnahmen bis hin zum Ministerpräsidenten sorgte, beschäftigte zweites in den Folgejahren die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mit den Urteilen des VG Düsseldorf vom 10.04.2024¹ fand die gerichtliche Aufarbeitung ihren – zumindest erstinstanzlichen² – Abschluss. Die Entscheidung lässt eine Absenkung der Anforderungen an Polizeikessel bei Versammlungen befürchten. Sie wirft insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts des polizeilichen Einschreitens sowie der Inanspruchnahme von Versammlungsteilnehmenden als Anscheinsstörer:innen Fragen auf, denen im Folgenden nachgegangen werden soll.

I. Sachverhalt

Am 26.06.2021 führte das Bündnis „Versammlungsgesetz NRW stoppen – Grundrechte erhalten!“ ab 13 Uhr eine Versammlung in Düsseldorf durch. Im Auflagenbescheid wurde u.a. auf die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung nach Maßgabe der damals geltenden Coronaschutzverordnung hingewiesen. Auf Grund der pandemischen Situation und politischer Schwerpunktsetzung wurden verschiedene durchnummerierte Blöcke gebildet, darunter der „Antifablock“ in Block 7. Die Teilnehmenden wurden

- 1 Es handelt sich um drei Verfahren vor dem VG Düsseldorf mit den Aktenzeichen 18 K 4927/21, 18 K 4774/21, 18 K 5786/21, die zu großen Teilen gleichlautende Formulierungen enthalten. Im Folgenden werden Angaben aus dem Urteil unter Verwendung des Aktenzeichens und der jeweiligen Randnummer nachgewiesen. Die Urteile sind über die Entscheidungsdatenbank www.nrw.de abrufbar.
- 2 Die Kläger:innen haben bereits Rechtsmittel angekündigt, vgl. <https://www.nrw-versammlungsgesetz-stoppen.de/2024/04/11/teilerfolg-vor-gericht-der-kampf-geht-weiter/> (zuletzt abgerufen am 01.10.2024).

DOI: 10.5771/0023-4834-2024-4-544

vorab gebeten, für die Versammlung in dem Block zu verbleiben, dem sie sich angeschlossen hatten. Noch während der Auftaktkundgebung äußerte die Polizei gegenüber den Versammlungsleitern, einige Teilnehmende befänden sich wegen einer „Kombination aus Mund-Nasen-Schutz, Sonnenbrille, Schals und Kapuzen“ „im Randbereich des Vermummungsverbots“.³ Während des Protestzuges wurde dieser mehrfach wegen des Vorwurfs der Vermummung durch das Tragen der soeben genannten Gegenstände, wegen des Abbrennens von Rauchtöpfen in verschiedenen Blöcken sowie wegen des Verknötens von Front- und Seitentransparenten angehalten. Gegen 16 Uhr kam es in Block 7 zu „Rangeleien“, „Schlägen und Tritten“ zwischen polizeilichen Begleitkräften und Versammlungsteilnehmenden sowie zur Erteilung einer polizeilichen ‚Auflage‘.

Gegen 17 Uhr entschied die Polizei, für den Fall, dass sich die Teilnehmenden von Block 7 weiter „unkooperativ“ verhielten, den Block an einem geeigneten Punkt zu separieren und auszuschließen. Da „weitere Teilnehmer aus anderen Blöcken im Begriff waren, sich dem Block 7 anzuschließen“ wurde um 17:34 eine Polizeikette im Bereich hinter Block 7 eingezogen sowie um 18:11 eine weitere Kette vor Block 7. Zuvor wurden um 17:22 das Abbrennen eines Rauchtopfs und ein Schlag mit einem Regenschirm auf einen behelmten Polizisten, um 17:32 ein Flaschenwurf, sowie um 17:38 das Abbrennen von drei weiteren Rauchtöpfen festgestellt. Vor dem Einziehen der vorderen Polizeikette konnte der Block jederzeit durch Personen verlassen werden. Das Gericht stellte im Zeitraum 17:30-18:00 eine „Lockerung bzw. eine – jedenfalls teilweise – Auflösung der Blockstrukturen“ fest, in deren Folge der Personenkreis „hinsichtlich des Alters und der Kleidung nicht mehr homogen“ war. Während im vorderen Bereich Teilnehmende „auf Grund der verknöteten und über Kopf gezogenen Front- und Seitenbanner weiterhin als solche des Blocks 7 erkennbar“ gewesen seien, seien „im hinteren Blockbereich demgegenüber keine Seitenbanner mehr vorhanden und die Teilnehmer nicht mehr dicht gedrängt, sondern in lockerer Struktur“ gewesen.⁴

Um 18:37 wurden die ‚eingekesselten‘ 338 Personen durch Lautsprecherdurchsage von der Versammlung ausgeschlossen und im Folgenden zur Identitätsfeststellung und erkennungsdienstlichen Behandlung herausgeführt; die letzten verblieben im Kessel bis 23:37 – mithin ganze fünf Stunden. Die Versammlungsleiter führten den nunmehr dreigeteilten Aufzug nicht zum Ort der geplanten Abschlusskundgebung, sondern entschieden, vor Ort gegen den Ausschluss der ‚gekesselten‘ Versammlungsteilnehmer:innen zu protestieren. Die Polizei fertigte im Folgenden 147 Strafanzeigen, in 38 Verfahren wurden Tatverdächtige ermittelt. Eingestellt wurden bisher sechs Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO, zwei Verfahren nach § 153 StPO und weitere sechs Verfahren nach § 153a StPO. In drei Verfahren wurden Angeklagte freigesprochen, in acht Verfahren wurden Geldstrafen und in drei Verfahren Freiheitsstrafen verhängt.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Düsseldorf

Mit den Urteilen vom 10.04.2024 stellte das VG Düsseldorf fest, dass die Ausschließung aus der Versammlung, die Ingewahrsamnahme sowie Identitätsfeststellung von zwei Kläger:innen rechtswidrig gewesen ist. Bei diesen handelt es sich um Sprecherin des Bünd-

3 18 K 4774/21 Rn. 13.

4 18 K 4927/21 Rn. 118, 18 K 4774/21 Rn. 98; 18 K 5786/21 Rn. 115.

nisses „Versammlungsgesetz NRW stoppen – Grundrechte erhalten!“, die den später ‚eingekesselten‘ Teil der Versammlung außerhalb von dessen Front- und Seitenbannern begleitet hatte, sowie um ein ehemaliges Vorstandsmitglied der Partei DIE LINKE, das mit weiteren Parteiangehörigen unmittelbar hinter dem ‚eingekesselten‘ Block 7 der Demonstration lief. Die Klage der übrigen drei ebenfalls ‚gekesselten‘ Kläger:innen sowie der Versammlungsleiter, in deren Demonstration durch die Polizeimaßnahmen erheblich eingegriffen wurde, wies das Gericht hingegen ab. Im Folgenden sollen der Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens im Verlauf der Versammlung (1.) sowie die Inanspruchnahme der nach Ansicht des VG Düsseldorf rechtmäßig ‚eingekesselten‘ Kläger:innen (2.) einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme war § 19 Abs. 4 des damals noch in Nordrhein-Westfalen geltenden Bundesversammlungsgesetzes (BVersG). Danach kann ausgeschlossen werden, wer die Versammlung gröblich stört, indem er/sie fortwährend und in nicht unerheblicher Weise gegen die objektive Rechtsordnung verstößt. Von einer gröblichen Störung ist auszugehen, wenn Teilnehmende die Auflösung der Versammlung insgesamt durch ihr Verhalten heraufbeschwören.⁵ Im Hinblick auf die Auflösetatbestände des § 15 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BVersG ist mithin eine unmittelbare Gefahr für die Öffentliche Sicherheit oder Ordnung Voraussetzung für den Ausschluss.⁶ Nach dem erfolgten Ausschluss kommen eine Ingewahrsamnahme sowie weitere Maßnahmen nach polizeirechtlichen Vorschriften in Betracht. § 19 Abs. 4 BVersG liegt auch einer Entscheidung des VG Frankfurt a.M.⁷ zur ‚Einkesselung‘ von Protestierenden des Aufzugs „Blockupy 2013“ zu Grunde, auf die das VG Düsseldorf vielfach Bezug nimmt.

1. Fortdauernde Gefahrenlage oder Beruhigung?

Zunächst wirft der Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens gegen die ‚eingekesselten‘ Personen die Frage auf, *wie lange* die Polizei sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen einer Eingriffsmaßnahme berufen darf, wenn sich danach weitgehende Änderungen im Versammlungsgeschehen ergeben haben. Nach den Feststellungen des Gerichts ist die Entscheidung, die 338 ‚eingekesselten‘ Personen von der Versammlung auszuschließen, in Gewahrsam zu nehmen und Identitätsfeststellungen bzw. erkennungsdienstliche Behandlungen durchzuführen, von der Polizei gegen 17 Uhr getroffen worden. Die Maßnahme wurde durch das Einziehen der zweiten Polizeikette um 18:11 vollzogen.

Das Gericht begründet seine Annahme, die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 BVersG seien erfüllt, u.a. mit Geschehnissen gegen 16 Uhr („Rangeleien“, „A.C.A.B.-Rufe“, Trit-

5 Norbert Ullrich/Michael Wernthaler, Verwaltungsrecht, in: Ullrich/von Coelln/Heusch (Hg.), Handbuch Versammlungsrecht, Stuttgart 2021, Rn. 407.

6 18 K 4927 Rn. 105 f.; 18 K 4774/21 Rn. 85 f.; 18 K 5786/21 Rn. 102 f. mwN; § 14 Abs. 3 VersG NRW verlangt nunmehr auch das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

7 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 23.06.2014 – 5 K 2340/13.F (dort hatte der Anmelder geklagt); die Verfassungsbeschwerde einer dort ‚eingekesselten‘ Person, die vor dem Amts- und Landgericht erfolglos die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung festgestellt haben wollte, nahm das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 02.11.2016 – 1 BvR 289/15 unter Verweis auf die repressiven Rechtsgrundlagen der §§ 163b, 163c StPO nicht zur Entscheidung an. Kritisch dazu Cara Röhner/Maximilian Pichl, Der Blockupy-Polizeikessel vor dem Bundesverfassungsgericht: Mitgefangen, mitgehangen?, VerfBlog 2016/12/17, <https://verfassungsblog.de/der-blockupy-polizeikessel-vor-dem-bundesverfassungsgericht-mitgefangen-mitgehangen/> (zuletzt abgerufen am 01.10.2024).

te, Schläge „sowohl mittels der mitgeführten Regenschirme als auch mittels einer Fahnenstange“). Zudem führt es einen Schlag um 17:22, einen Flaschenwurf um 17:32 sowie das fortwährende Hochhalten von Front- und Seitenbanner sowie das Abbrennen von Rauchtöpfen an.⁸ Das Gericht qualifiziert die Handlungen gegen 16 Uhr als Verwirklichung der Tatbestände §§ 113, 114, 125, 185, 223, 224 StGB sowie des § 17a Abs. 2 VersG i.V.m. § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG (Verstoß gegen Vermummungsverbot).⁹ Eine strafrechtliche Relevanz des Abbrennens von Rauchtöpfen stellt das Gericht hingegen nicht fest, sondern nimmt an, diese hätten gemeinsam mit hochgehaltenen Bannern und Regenschirmen bewirkt, dass die Einsichtnahme der Polizei in den Block erheblich beeinträchtigt war und ein uneinsehbarer Raum geschaffen wurde.¹⁰ Auch wenn einige Ausführungen des Gerichts – etwa zur Beleidigung durch A.C.A.B.-Rufe¹¹ – eher abwegig, andere – zur Verwirklichung des § 125 StGB – zumindest diskussionswürdig erscheinen, soll im Folgenden von den Feststellungen des Gerichts ausgegangen werden.

Es stellen sich mithin die Fragen: Können die Verwirklichung verschiedener Straftatbestände gegen 16 Uhr, ein Schlag um 17:22 und ein Flaschenwurf um 17:32 (die handlungslogisch immer nur von einer Person verwirklicht werden können) sowie das Hochhalten von Transparenten und Abbrennen von Rauchtöpfen einen Versammlungsausschluss von 338 Personen um 18:11 Uhr rechtfertigen, der gegen 17 Uhr beschlossen wurde? Und falls ja, gilt dies auch noch, wenn es im Zeitraum 17:30–18 Uhr, mithin nach den Anknüpfungstaten, zu einer „jedenfalls teilweise[n] Auflösung der Blockstrukturen“ gekommen ist?

Das Gericht führt dazu aus: „Entscheidend sind dabei die tatsächlichen Umstände, die bis zum [...] Einziehen der vorderen Polizeikette [...] vorgelegen haben. Bei einem dynamischen, sich stetig fortentwickelnden Geschehen wie einem Demonstrationsaufzug darf die Polizei in ihre Prognoseentscheidung selbstredend das vorherige Versammlungsgeschehen einbeziehen. Handelt es sich noch dazu – wie hier – um eine Großlage, ist zudem unschädlich, da der Großlage immanent, dass zwischen dem polizeilichen Entschluss zum Eingreifen und der tatsächlichen Durchführung der Maßnahme ein gewisser zeitlicher Abstand besteht, solange sich dieser Zeitpunkt nicht als willkürlich erweist.“¹² Dabei vermengt das VG Düsseldorf die – nachvollziehbare – Berücksichtigung des vorherigen Versammlungsgeschehens bei der Gefahrenprognose mit dem Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme. Maßgeblich ist, so auch das Gericht¹³, wie sich die Situation um 18:11 für „einen fähigen, besonnenen und sachkundigen Einsatzbeamten“ dargestellt hat. Die Voraussetzungen der Polizeimaßnahme müssten also – unabhängig davon, ob sie zum Zeitpunkt der Entscheidung gegen 17 Uhr vorgelegen haben – um 18:11 *noch* vorliegen. Angesichts der oben geschilderten Umstände, insbesondere der teilweisen Auflösung der Blockstrukturen, bestehen hieran erhebliche Zweifel.

Insgesamt erscheint nicht tragfähig, die Gefahrenprognose auf die Verwirklichung von Straftatbeständen gegen 16 Uhr, mithin über zwei Stunden vor der ‚Einkesselung‘ zu

8 18 K 4927/21 Rn. 118, 18 K 4774/21 Rn. 98; 18 K 5786/21 Rn. 115.

9 18 K 4927/21 Rn. 120 ff.; 18 K 4774/21 Rn. 100 ff.; 18 K 5786/21 Rn. 117 ff.

10 18 K 4927/21 Rn. 129; 18 K 4774/21 Rn. 109; 18 K 5786/21 Rn. 126.

11 18 K 4927/21 Rn. 118, 122 ff.; 18 K 4774/21 Rn. 98, 102 ff.; 18 K 5786/21 Rn. 115, 119 ff.

12 18 K 4927/21 Rn. 114; 18 K 4774/21 Rn. 94; 18 K 5786/21 Rn. 111.

13 18 K 4927/21 Rn. 117; 18 K 4774/21 Rn. 97; 18 K 5786/21 Rn. 115.

stützen, da bei einer derartigen Prognose nicht zu erklären wäre, warum die Polizei den Demonstrationszug weitere zwei Stunden hat ziehen lassen. Auch hätte Berücksichtigung finden müssen, dass sich das Geschehen im Zeitraum unmittelbar vor der Polizeimaßnahme beruhigt hatte. Damit soll nicht bestritten werden, dass die Entscheidung und Umsetzung polizeilichen Einschreitens gegen Teilnehmende eines dynamischen Versammlungsgeschehens die Polizeiführung vor erhebliche Herausforderungen stellen. Angesichts der hohen Bedeutung des Art. 8 GG ist jedoch zu verlangen, dass sie sich stetig versichert, ob die Voraussetzungen für die geplanten Maßnahmen *noch* vorliegen und nicht für die Versammlungsfreiheit Protestierende in ihren Grundrechten möglicherweise rechtswidrig eingeschränkt werden.

2. Anscheinsstörer:in kraft Anwesenheit?

Auch die Inanspruchnahme der erfolglos klagenden Teilnehmer:innen wirft Fragen auf. Das Gericht stellt zunächst fest, dass „nach umfassender Auswertung der eingereichten Videoaufzeichnungen ex-post betrachtet unstreitig“ sei, dass diese „durch ihr individuelles Verhalten die Ordnung der Versammlung ihrerseits nicht gröblich gestört haben, ihnen insbesondere kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden konnte.“¹⁴ Dennoch seien sie zu Recht als Anscheinsstörer i.S.d. § 4 PolG NRW angesehen worden. Dies nimmt das Gericht wegen verschiedener Verhaltensweisen an, die „in Summe und unter Berücksichtigung der unübersichtlichen Gemengelage den zurechenbaren Anschein [setzen], es drohe ein – jedenfalls durch [diese] (mit-)verursacher – Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut.“¹⁵

Anscheinsstörer:in ist nach der vom Gericht angewandten Definition, wer zwar nach einer ex-post-Betrachtung keine Gefahr verursacht, jedoch aus der maßgeblichen polizeilichen ex-ante-Perspektive den Eindruck einer Gefahrverursachung erweckt hat. Dies umfasst auch Konstellationen, in denen nicht die Existenz der Gefahr, sondern deren Verursacher:innen ungeklärt sind.¹⁶ Maßgeblich ist, ob ein zurechenbares Verhalten den Anschein einer Gefahr verursacht habe. Ein solcher Anschein könne sich in unübersichtlichen Situationen daraus ergeben, dass Betroffene im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang angetroffen werden und sie sich nicht so offensichtlich von den übrigen Personen unterscheiden, dass sich der Schluss aufdrängt, sie seien versehentlich als Unbeteiligte in eine Gruppe sonstiger Störer:innen geraten.¹⁷ Allerdings dürfe die Versammlungsfreiheit nicht durch zu geringe Anforderungen an die Bejahung von gefahrverursachendem Verhalten unterlaufen werden.

„Deshalb reicht es für die Annahme der Anscheinsstörereigenschaft nicht schon aus, dass der an dem gefahrverursachenden Verhalten nicht aktiv beteiligte Versammlungsteilnehmer an Ort und Stelle verharret bzw. mitmarschiert, auch wenn er, wie es die Regel sein wird, von vornherein mit Gewalttätigkeiten einzelner oder ganzer Gruppen rechnet und weiß, dass er allein schon mit seiner Anwesenheit den Störer mindestens durch Gewährung von Anonymität Förderung und Schutz geben kann. Für die An-

14 18 K 4774/21 Rn. 120; 18 K 4927/21 Rn. 211.

15 18 K 4774/21 Rn. 136; 18 K 4927/21 Rn. 212.

16 18 K 4927/21 Rn. 144; 18 K 4774/21 Rn. 125; 18 K 5786/21 Rn. 141.

17 18 K 4927/21 Rn. 146; 18 K 4774/21 Rn. 127; 18 K 5786/21 Rn. 143.

nahme der Anscheinsstörereigenschaft ist mehr erforderlich, nämlich die Feststellung, dass Gewährung von Anonymität und Äußerung von Sympathie darauf ausgerichtet und geeignet sind, Störer in ihren Entschlüssen und Taten zu fördern und bestärken, etwa durch Anfeuerung oder ostentatives Zugesellen zu einer Gruppe, aus der heraus Gewalt geübt wird.“¹⁸

Wo also verläuft die Grenze zwischen einem nicht (anscheins-)gefahrverursachenden Mitmarschieren und einem sympathisierenden Fördern entsprechender Handlungen Dritter? Das Gericht knüpft für die Begründung der Anscheinsstörer:inneneigenschaft an die Nähe von wenigen Metern zu „gegenüber polizeilichen Begleitkräften an den Seitenbannern begangenen Rempelen und Schlägen sowie den in diesem Zeitraum gezündeten vier Rauchtöpfen“, das „kurzzeitige Halten eines Seitenbanners“, die „Kommunikation mit umstehenden, anderen Versammlungsteilnehmern“, das Schwenken „eine[r] gelbe[n] Fahne mit Antifa-Zeichen“ (nach dem Vortrag des Klägers trug die Fahne die Aufschrift ‚Refugees Welcome‘) sowie das gemeinsame „Skandieren von Parolen mit hochgereckten Armen“ an.¹⁹ Ferner wird angeführt, die Kläger:innen seien „nicht nur zufällig“ in den Block geraten, sondern hätten sich dort mehrere Stunden bewusst aufgehalten.²⁰ Angesichts der heterogenen Zusammensetzung des Blockes könne auch auf Grund des Erscheinungsbildes der Kläger:innen nicht von mutmaßlichen Störer:innen im jeweiligen Demonstrationsabschnitt unterschieden werden – dabei trug eine Klägerin wohlgemerkt ein „rosafarbenes T-Shirt“, wie das VG feststellte.²¹ Für eine Unterscheidung verlangt das VG hingegen offenbar von den Kläger:innen eine „aktive Distanzierung“ und räumliche Entfernung, „um dem zurechenbaren Anschein, zu der störenden Gruppierung dazugehören, entgegenzuwirken“.²²

Ob dies den Anforderungen einer Inanspruchnahme als Anscheinsstörer:innen entspricht, darf bezweifelt werden. Dies gilt insbesondere, da das VG selbst ausführt, im Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG reiche nicht schon aus, an Ort und Stelle zu verharren und mitzumarschieren, auch wenn mit einzelnen Störungen gerechnet werde. Vielmehr hält es ausdrücklich fest, „eine Ausdehnung [der Anscheinsstörer:inneneigenschaft] auf ‚passiv‘ bleibende Sympathisanten wäre hingegen verfassungswidrig“.²³ Angesichts des Umstandes, dass es sich bei einigen der herangezogenen Verhaltensweisen um übliche Protestformen handelt (Parolen, Fahnen, Transparente), bleibt festzuhalten, dass der „Vorwurf“ gegenüber den Kläger:innen im Kern daraus besteht, sich trotz vier brennender Rauchtöpfe, deren strafrechtliche Relevanz ungeklärt ist, sowie „Rempelen und Schlägen“ nicht aus dem Versammlungsabschnitt entfernt zu haben. Allerdings reicht ja gerade die bloße Anwesenheit nicht aus. Kann also im Verhalten der Kläger:innen eine „Anfeuerung“ oder ein „ostentatives Zugesellen“ zu einer Gruppe von Störer:innen liegen? Hier wird deutlich, auf welch schmalen Grat sich die Entscheidungen des VG bewegen. Zumal auch die „Solidarität mit dem Versammlungsanliegen“²⁴ des später ‚eingekesselten‘ Blockes – naheliegend wohl die Ablehnung des geplanten Gesetzes und des

18 18 K 4927/21 Rn. 151; 18 K 4774/21 Rn. 132; 18 K 5786/21 Rn. 148.

19 Ebd.

20 Ebd. 18 K 4774/21 Rn. 137, 18 K 4927/21 Rn. 213.

21 Ebd. 18 K 4774/21 Rn. 139, 18 K 4927/21 Rn. 215.

22 Ebd. 18 K 4774/21 Rn. 138, 18 K 4927/21 Rn. 214.

23 18 K 4927/21 Rn. 151; 18 K 4774/21 Rn. 132.

24 18 K 4927/21 Rn. 212.

Faschismus – zur Begründung der Anscheinsstörereigenschaft eines Klägers herangezogen werden, obwohl das Eintreten für ein Anliegen gerade den Kern der grundgesetzlich geschützten Versammlungsfreiheit ausmacht.

Eine derartig extensive Auslegung der Anscheinsstörer:inneneigenschaft entfernt sich auch zunehmend von der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zu anderen Fällen polizeilicher ‚Einkesselung‘. Im Fall des bereits erwähnten „Blockupy 2013“-Kessels stellte das VG Frankfurt am Main etwa fest, dass „sich zum Zeitpunkt des Einziehens der beiden Polizeiketten [...] eine nach vorn und zu den Seiten, weniger nach hinten, klar abgrenzbare Gruppe von Teilnehmern in ‚Schildkrötenformation‘ geordnet hatte“. In diesem „strikt abgegrenzten, monolithisch wirkenden Block“ sei kurz vor der ‚Einkesselung‘ zu erkennen, dass sich „eine nicht unerhebliche Zahl von schwarz gekleideten Personen Gesichtsmasken überzieht oder bereits verumumt ist“ und Personen „vor den Gesichtern einen Plastikschild angebracht haben und Schutzschilder tragen.“²⁵ Im Unterschied hierzu lag bei dem verfahrensgegenständlichen Düsseldorfser Versammlungsgeschehen gerade kein „monolithisch wirkender Block“ in „Schildkrötenformation“, sondern eine „jedenfalls teilweise Auflösung der Blockstrukturen“, die zur ‚Einkesselung‘ eines „hinsichtlich des Alters und der Kleidung“ heterogenen Personenkreis führte. Beide Situationen rechtlich gleich zu behandeln, zeugt von einem mangelnden Fingerspitzengefühl bei der Anwendung der Rechtsfigur der:des Anscheinsstörer:in. Auch die Lage in zwei ebenfalls herangezogenen Urteilen des VG Karlsruhe²⁶ und des VGH Baden-Württemberg²⁷, die sich mit ‚Einkesselungen‘ im Umfeld von Parteitag befassen, unterscheiden sich erheblich vom hier verfahrensgegenständlichen Versammlungsgeschehen. In den Entscheidungen waren die als Anscheinsstörer:innen in Anspruch genommenen Kläger:innen jeweils Teil einer abgrenzbaren Gruppe, aus der heraus bereits Störungen verursacht wurden – genau daran fehlt es jedoch im Düsseldorfser Verfahren.

III. Von Hamburg nach Düsseldorf... über Münster?

Die Entscheidung des VG lässt für die versamlungsrechtliche Praxis befürchten, dass sie im Falle einer Bestätigung durch das Oberverwaltungsgericht die Anforderungen an das ‚Einkesseln‘ einer Vielzahl von Versammlungsteilnehmer:innen absenken könnte. Seit dem 1986 namensgebend gewordenen ‚Hamburger Kessel‘ ist diese polizeiliche Taktik, insbesondere unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten, umstritten. Wurde dieser noch vom VG Hamburg für rechtswidrig befunden²⁸, vier verantwortliche Polizeiführer vom LG Hamburg wegen 861-facher Freiheitsberaubung verurteilt²⁹ sowie einigen eingeschlossenen Kläger:innen Schadensersatz zugesprochen³⁰, hielt das OLG München einen

25 VG Frankfurt am Main, Urteil vom 23.06.2014 – 5 K 2340/13.F Rn. 28 – openjur.

26 VG Karlsruhe, Urteil vom 10.12.2018 – 1 K 6428/16.

27 VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.11.2021 – 1 S 803/19; die Entscheidung wurde durch das BVerwG mit Urteil vom 27.03.2024 – Az. 6 C1.22 teilweise aufgehoben und zurückverwiesen. Zur Kritik an der Entscheidungsbegründung des BVerwG hinsichtlich der Polizeifestigkeit der Versammlung vgl. Fabian Michl, Zur Polizeifestigkeit unfriedlicher Versammlungen, NVwZ 2024, 976; Christoph Enders, Aus dem Lehrbuch der Versammlungsfreiheit? – Das BVerwG zu „Verhinderungsblockaden“ und der „Polizeifestigkeit“ von Versammlungen, JZ 2024, 828.

28 VG Hamburg, Urteil vom 20.10.1986 – Az. 12 VG 2442/86.

29 LG Hamburg, Urteil vom 23.10.1991 – Az. 839 Js 182/86.

30 LG Hamburg, Urteil vom 06.03.1987 – Az. 3 O 229/86.

1992 beim Weltwirtschaftsgipfel eingesetzten Polizeikessel gegen ca. 350 Protestierende für von § 163b StPO gedeckt.³¹ Jedenfalls im präventivpolizeilichen Bereich ist mittlerweile etabliert, dass die ‚Einkesselung‘ eine Auflösung der gesamten Versammlung oder einen Ausschluss einzelner Teilnehmer:innen voraussetzt. Beides muss eindeutig bekannt gegeben werden und kann keinesfalls konkludent erfolgen.³² Ob die dafür notwendigen versammlungsrechtlichen Voraussetzungen beim ‚Düsseldorfer Kessel‘ zum Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens *noch* vorlagen und ob die Maßnahme die richtigen Adressat:innen in Anspruch nahm, ist jedoch zweifelhaft.

Die Frage nach den richtigen Adressat:innen stellte sich zuletzt ebenfalls beim ‚Leipziger Kessel‘, bei dem die Polizei im Juni 2023 ca. 1300 Personen für bis zu elf Stunden festhielt.³³ Dabei zeigt sich einmal mehr, dass Polizeikessel die Gefahr mit sich bringen, auch eine hohe Anzahl von Versammlungsteilnehmer:innen festzuhalten, die weder Straftaten noch Störungen begangen haben. Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass das Oberverwaltungsgericht NRW in Münster sich intensiv mit der Entscheidung des VG Düsseldorf auseinandersetzen und sich den Fragen, ob die Voraussetzungen des polizeilichen Einschreitens zum Zeitpunkt der Maßnahme noch vorlagen und wer rechtmäßig Adressat:in der Maßnahme sein durfte, noch einmal annehmen wird.

31 Sieghart Ott/Hartmut Wächtler/Hubert Heinhold, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Stuttgart, 7. Aufl. 2010, § 15 Rn. 16a f.

32 Matthias Hettich, Versammlungsrecht in der Praxis, Berlin, 2. Aufl. 2018, Rn. 226; Michael Kniessel, in: Dietel/Gintzel/Kniesel (Hg.), Versammlungsgesetze, Köln, 18. Aufl. 2019, § 15 Rn. 236; Cornelia Dürig-Friedl, in: Dürig-Friedl/Enders (Hg.), Versammlungsrecht, München, 2. Aufl. 2022, § 15 Rn. 172; Michael Breitbach, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hg.), Versammlungsrecht, Baden-Baden, 2. Aufl. 2020, § 19 Rn. 37 f., § 18 Rn. 30 ff.; Stephan Groscurth, in: Peters/Janz (Hg.), Handbuch Versammlungsrecht, München, 2. Aufl. 2021, G Rn. 178.

33 Lara Straatmann/Julia Regis, Der Polizeikessel von Leipzig – Alles verhältnismäßig?, tagesschau.de v. 09.06.2023, <https://www.tagesschau.de/investigativ/monitor/kessel-leipzig-100.html>; Aiko Kempen, Einsatzprotokolle zu „Tag X“ – Chaos und Widersprüche zum Leipziger Polizeikessel, fragdenstaat.de v. 13.02.2024, <https://fragdenstaat.de/artikel/exklusiv/2024/02/chaos-und-widersprueche-zum-leipziger-polizeikessel/>; Tore Vetter, Rechtsstaat in Gewahrsam: Was sind Versammlungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit wert, wenn der Staat sie nicht achtet?, VerBlog, 2023/6/10, [https://verfassungsblog.de/rechtstaat-in-gewahrsam/\(alle_zuletzt_abgerufen_am_01.10.2024\)](https://verfassungsblog.de/rechtstaat-in-gewahrsam/(alle_zuletzt_abgerufen_am_01.10.2024)).

Autorinnen und Autoren

- Joanna Bronowicka* geb. 1986, M.A., Center for Interdisciplinary Labour Law Studies, Europa-Universität Viadrina
Kontakt: asia.bronowicka@gmail.com
- Marie Diekmann* geb. 1986, Dr. jur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin/ Redakteurin, Deutsches Institut für Menschenrechte, Verfassungsblog
Kontakt : marie.diekmann@gmx.de
- Veena Dubal* geb. 1981, JD, PhD, Professor of Law, Irvine School of Law, University of California
- Ernesto Klengel* geb. 1986, Dr., Wissenschaftlicher Direktor, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Kontakt: ernesto-klengel@boeckler.de
- Eva Kocher* geb. geb. 1965, Prof. Dr., Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
Kontakt: Kocher@europa-uni.de
- Rüdiger Krause* geb. 1961, Prof. Dr., Institut für Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen
Kontakt: ruediger.krause@jura.uni-goettingen.de
- Marius Kühne* geb. 1991, Ass. iur, M.A. Politikwissenschaft, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Ruhr-Universität Bochum
Kontakt: marius.kuehne@rub.de
- Brishen Rogers* geb. 1976, Juris Doctor, Professor of Law, Georgetown University Law Center
- Andreja Schneider-Dörr* geb. 1984, Dr., Rechtsanwältin / Kanzlei KollektivKraft Reutlingen
Kontakt: andreja@uni-bremen.de
- Thilo Scholle* geb. 1980, Ass. iur., Regierungsdirektor, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin
Kontakt: post@thiloscholle.de

Kritische Justiz

Geschäftsführung (ViSdP)

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, 30167 Hannover
Email: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionen

Prof. Dr. Felix Hanschmann
Bucerius Law School
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
Email: felix.hanschmann@law-school.de

Redaktion

Dr. Samira Akbarian, Goethe-Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, LL.M., Hochschule Fulda
Prof. Dr. Boris Burghardt, Philipps-Universität Marburg
Dr. Klaas Hendrik Eller, Universität Amsterdam
Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Universität Hamburg
Prof. Dr. Isabel Feichtner, LL.M., Universität Würzburg
Carsten Gericke, Rechtsanwalt, Hamburg
Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School Hamburg
PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Universität Hannover
Dr. Johan Horst, LL.M. (Georgetown), Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Eva Kocher, Universität Frankfurt (Oder)
Prof. Dr. Nora Markard, WWU Münster
Dr. Kolja Möller, TU Dresden
Prof. Dr. Cara Röhner, Hochschule RheinMain, Wiesbaden
Dr. Dana Schmalz, LL.M., Max-Planck-Institut aöRV Heidelberg
Thilo Scholle, Ass. iur., Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Dr. Inga Schuchmann, Humboldt-Universität zu Berlin
Dr. Lukas Theune, Rechtsanwalt, Berlin
Dr. Tim Wihl, Universität Erfurt

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Susanne Baer, Humboldt Universität Berlin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
Prof. Dr. Uwe Berlit, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig
Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts i.R., Lübeck
Prof. Dr. Sonja Buckel, Universität Kassel
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen
Prof. Dr. Günter Frankenberg, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Monika Frommel, Universität Kiel
Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Klaus Günther, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Roland Hefendehl, Universität Freiburg
Prof. Dr. Armin Höland, Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. David Kennedy, Harvard Law School, Cambridge, Mass., USA
Prof. Dr. Martti Koskeniemi, University of Helsinki, Finnland
Prof. Dr. Anne Lenze, Hochschule Darmstadt
Prof. Dr. Ulrich Mückenberger, Universität Hamburg
Prof. Dr. Joachim Perels, Universität Hannover
Prof. Dr. Sibylle Raasch, Universität Hamburg
Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds, England
Prof. Dr. Christoph U. Schminck-Gustavus, Universität Bremen
Prof. Ulrich Stascheit, Fachhochschule Frankfurt am Main
Prof. Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia), Universität Münster
Prof. Dr. Dieter Sterzel, Universität Oldenburg
Prof. Dr. Hans Vorländer, TU Dresden
Prof. Dr. Maria Wersig, Fachhochschule Dortmund
Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen
Prof. Dr. Peer Zumbansen, York University, Toronto, Kanada