

# Beruf, institutionelle Ordnung und Digitalisierung: Die Herausforderungen für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Sozialpartner

*Ursula Rust*

## *1. Digitalisierung und Marktortprinzip*

Seit 1971 verdoppelte sich durchschnittlich alle 12 bis 24 Monate die Rechengeschwindigkeit von Computern. Es ist eine Entwicklung, die nach Gordon Moore, dem Gründer des Chip-Herstellers Intel, das „Moore’sche Gesetz“ genannt wird.<sup>1</sup>

Um die Jahrtausendwende beschleunigte sich der Prozess der Digitalisierung von Arbeit. Für die digitale Arbeit werden zunehmend internetbasierte Informations- und Kommunikationstechnologien genutzt.

Für die letzten 20 Jahre werden in den Sozialwissenschaften für Deutschland sechs Stufen der Digitalisierung unterschieden:

1. Für immer mehr berufliche Tätigkeiten und Arbeitsorte werden elektronische Geräte und Software genutzt.
2. Der Computer wird mit Kommunikationstechniken verbunden.
3. Das Internet wird als globaler Informations- und „Arbeitsraum“ genutzt.
4. Auch in den Dienstleistungen werden grenzüberschreitende Wertschöpfungsketten möglich.
5. Immaterielle Arbeitsgegenstände sowie Produkte und die internetgestützte Wirtschaft selbst verstärken den Prozess der Digitalisierung.
6. Die Vermittlung und entsprechende Gestaltung digitaler Arbeit wird ortsunabhängig durch Internetplattformen möglich.<sup>2</sup>

---

1 Fabian Lehmer: Digitalisierung. Einführung und Resümee, in: Joachim Möller/ Ulrich Walwei (Hg.), Arbeitsmarkt kompakt. Analysen, Daten, Fakten, Bielefeld 2017, S. 110.

2 Fabian Hoose: Digitale Arbeit. Strukturen eines Forschungsfeldes, IAQ-Forschung 2018–03, <https://www.iaq.uni-due.de/iaq-forschung/2018/fo2018-03.pdf> (Zugriff: 4.10.2019), S. 4.

## 1.1

Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt das Europäische Parlament das Recht, den Präsidenten oder die Präsidentin der Kommission für fünf Jahre zu wählen.<sup>3</sup> Jean-Claude Juncker kündigte als zweite Priorität seiner politischen Leitlinien einen vernetzten digitalen Binnenmarkt an, als er sich Juli 2014 beim Europäischen Parlament um das Amt des Präsidenten der Europäischen Kommission bewarb.<sup>4</sup>

Die Europäische Kommission<sup>5</sup> veröffentlichte 2015 ihre „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“<sup>6</sup>. Die an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) und den Ausschuss der Regionen gerichtete Mitteilung wurde von der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen „A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence“ ergänzt.<sup>7</sup> Die Kommission kündigte 2015 in ihrer Mitteilung unter anderem ein *bedarfsgerechtes Regulierungsumfeld für Plattformen und Mittler* an.<sup>8</sup>

Zu Chancen und Herausforderungen von Online-Plattformen folgte 2016 die Mitteilung der Kommission mit der begleitenden Arbeitsunterlage „Online Platforms“.<sup>9</sup> Zu dieser Mitteilung der Kommission nahm das Europäische Parlament 2017 u. a. mit der Einschätzung Stellung, es müsse bei Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt klar unterschieden werden zwischen Plattformen, die Geschäften *zwischen Unternehmen und Verbrauchern* dienen, und Plattformen, die für Geschäfte *zwischen Unterneh-*

---

3 Art. 17 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) i. d. F. Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl. C 306 vom 17.12.2007), der am 1. Dezember 2009 in Kraft trat.

4 Online unter [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_de\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_de_1.pdf) (Zugriff: 12.10.2019).

5 Das Register von Kommissionsdokumenten und damit die Unterlagen der Europäischen Kommission sind zugänglich über die Internetadresse <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/> (Zugriff: 12.10.2019).

6 Mitteilung der Kommission COM (2015) 192 final, Brüssel, den 6.5.2015.

7 European Commission SWD (2015) 100 final, Brussels, 6.5.2015.

8 COM (2015) 192, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, S. 20 f.

9 Commission staff working document, responsible DG CNECT (DG Communications Networks, Content and Technology), SWD (2016) 172 final, Brussels, 25.5.2016.

men eingesetzt werden. Außerdem müsse die Haftung<sup>10</sup> von Vermittlern klargestellt werden.<sup>11</sup>

Der Gerichtshof der Europäischen Union,<sup>12</sup> dessen Aufgabe es seit seiner Einrichtung 1952 ist, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ zu sichern,<sup>13</sup> beschreibt das Internet als ein weltweites Netz. Im Anschluss an eine Suche würden Suchmaschinen der anhand des Namens einer natürlichen Person angezeigten Ergebnisliste den Informationen und Links Ubiquität verleihen.<sup>14</sup> Die Reichweite der Verbreitung im Internet veröffentlichter Inhalte sei grundsätzlich weltumspannend. Die Veröffentlichung von Inhalten auf einer Website ziele grundsätzlich auf eine solche Ubiquität dieser Inhalte. Diese könnten von einer unbestimmten Zahl von Internetnutzern überall auf der Welt unabhängig davon unmittelbar abgerufen werden, ob es in der Absicht ihres Urhebers liege, dass sie abgerufen werden, und ohne, dass die Person darauf Einfluss habe.<sup>15</sup>

Die Union kann bei ihrer Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs europäischer Vorschriften die Veränderungen berücksichtigen, die aus dem weltweiten Netz der Internets folgen. Die Union hat zu entscheiden, ob Regelungen, die künftig innerhalb der Union zur Anwendung kommen sollen, auch für außereuropäische Unternehmen gelten sollen, die nicht in der Europäischen Freihandelszone (Europäischer Wirtschaftsraum – EWR) niedergelassen sind. Zum EWR gehören die Mitgliedstaaten der Union (Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland,

---

10 Dazu generell Jens-Uwe Heuer-James/Kuuja J.Chibanguza/Benedikt Stücker: Industrie 4.0 – Vertrags- und haftungsrechtliche Fragestellungen, in: Betriebsberater (BB) 2018, S. 2818 – 2832.

11 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.6.2017 zu Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt. P8\_TA (2017) 0272, Ziffern 13 und 29 ff.

12 Seit der Neufassung des Rechtsschutzsystems der Union mit dem Vertrag von Lissabon ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) als der *Gerichtshof der Europäischen Union* in Art. 19 EUV und in Art. 251 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankert.

13 Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften sind über das Suchformular zu finden unter <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de> (Zugriff: 4.10.2019). Vorhandenes Schrifttum zu Entscheidungen wird jeweils zum Urteil nachgewiesen.

14 EuGH 13.5.2014 – C-131/12, (Google Spain und Google), EU:C:2014:317, Rn. 36 – 39 und 80; EuGH 17.10.2017 – C-194/16 (Bolagsupplysningen und Ilsjan), EU:C:2017:766, Rn. 48.

15 EuGH 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10 (eDate Advertising GmbH u. a. gegen X und Société MGN LIMITED), EU:C:2011:685 Rn. 45 und 46.

Frankreich, Griechenland, Großbritannien & Nordirland – bis zum Wirksamwerden des am 29.3.2017 beantragten Austritts –, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, die Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, Ungarn und Zypern) sowie Island, Liechtenstein und Norwegen.

Mit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)<sup>16</sup> hat die Union auf das Internet reagiert und die Wirkung des Unionsrechts für außereuropäische Unternehmen bestimmt, indem das Europäische Parlament und der Rat in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO das *Marktortprinzip* für die Europäische Freihandelszone als verbindlich festlegt. Seit dem Inkrafttreten der DS-GVO am 25. Mai 2018 haben Google und andere weltweit agierende Plattformen als Unternehmen aus Drittländern den Schutz personenbezogener Daten der Europäischen Datenschutzverordnung anzuwenden, wenn sie im räumlichen Geltungsbereich der DS-GVO, also in der Union Dienstleistungen oder Waren anbieten oder das Verhalten von Personen beobachten. Um bei einer Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen an Personen in der EU für diese Tätigkeit den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung Rechnung zu tragen, haben außereuropäische Unternehmen ihre Geschäftsmodelle ggf. zu reorganisieren.

## 1.2

Das Ziel, den digitalen Binnenmarkt bzw. dessen Funktionieren zu verwirklichen, veranlassten das Europäische Parlament und den Rat – gestützt unter anderem auf die Binnenmarktkompetenz von Art. 114 AEUV – im Juni 2019 erneut, Standards für Unternehmen unabhängig vom Ort der Niederlassung zu erlassen.

Aus der Verwendung von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen waren Hindernisse für den digitalen Binnenmarkt entstanden. Gewerbliche Online-Vermittlungsdienste verfügen häufig über eine

---

16 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46 (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2016, L 119, S. 1 und Berichtigungen im ABl. 2016, L 314, S. 72 und ABl. 2018, L 127, S. 2. Die VO gilt ausweislich ihres Art. 99 Abs. 2 seit dem 25.5.2018.

größere Verhandlungsmacht als Unternehmen, die solche Dienste nutzen. Verbraucherinnen und Verbraucher haben sich die Verwendung von Online-Vermittlungsdiensten „zu eigen“ gemacht.<sup>17</sup>

Hieran setzten Juni 2019 das Europäische Parlament und der Rat mit der Verordnung zur „Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten“ an. Die Verordnung (EU) 2019/1150 vom 20. Juni 2019<sup>18</sup> regelt für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten materielle Standards einschließlich zu deren Umsetzung verschiedener Verfahrensvorschriften.

Die Verordnung gilt ab dem 12. Juli 2020. Sie hat dann – wie für alle Verordnungen der Union nach Art. 288 Abs. 2 AEUV vorgesehen – in der Union allgemeine Geltung. Die Verordnung (EU) 2019/115 ist nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten.<sup>19</sup>

### 1.3

Für die Union werden mit der Digitalisierung verbundene Veränderungen des Arbeits- und Sozialrecht mit den Vorhaben berücksichtigt, die das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission als „Interinstitutionelle Proklamation zur europäischen Säule<sup>20</sup> sozialer Rechte“ auf dem Sozialgipfel am 17. November 2017 in Göteborg verkündeten.<sup>21</sup> Die Proklamation stützt sich nach ihrem zweiten Erwägungsgrund ausdrücklich auch auf Art. 9 AEUV<sup>22</sup> und damit auf eine nicht nur auf Arbeitnehmerinnen und

---

17 Dritter Erwägungsgrund Verordnung (EU) 2016/679.

18 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2019, L 186, S. 57.

19 In der Übergangszeit, die mit dem Inkrafttreten begann, gilt die in Art. 4 Abs. 3 Satz 3 EUV verankerte Pflicht aller Mitgliedstaaten, alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten, zu unterlassen und damit ein auf die Sicherung der Ziele der neuen Verordnung gerichtetes Verschlechterungsverbot.

20 Im Englischen *pillar* und im Französischen *socle* genannt.

21 ABl. 2017 C 428, S. 10–15.

22 Zweiter Erwägungsgrund der Proklamation. Zur sozialen Querschnittsklausel u. a. Ursula Rust: Sozialer Schutz; Querschnittsklausel, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 9 AEUV, Rn. 4–9 und Rn. 115–126.

Arbeitnehmer anzuwendende Querschnittsklausel. Besteht auch zur digitalen Arbeit Selbständiger Handlungsbedarf?

Die Europäische Säule sozialer Rechte (die ESSR)<sup>23</sup> nennt Grundsätze, die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger betreffen sowie Drittstaatsangehörige mit rechtmäßigem Wohnsitz in der EU, also nicht nur Erwerbstätige. Wenn sich ein Grundsatz der ESSR auf Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer bezieht, legt der 15. Erwägungsgrund der interinstitutionellen Proklamation fest, der Grundsatz werde alle erwerbstätigen Personen betreffen, „unabhängig von ihrem Beschäftigungsstatus und den Modalitäten und der Dauer ihrer Beschäftigung.“

2019 kündigte Ursula von der Leyen in ihrer zur Bewerbung um das Amt als Präsidentin der Europäischen Kommission 2019 – 2024 dem Europäischen Parlament einen Aktionsplan für die vollständige Umsetzung der Europäischen Säule sozialer Rechte an.<sup>24</sup> Als weitere Vorhaben sei von der neuen Kommission zur sozialen Säule Europas u. a. zu prüfen, wie die Arbeitsbedingungen von auf Online-Plattformen Beschäftigten insbesondere im Hinblick auf Kompetenzen und Bildung verbessert werden können. Es werde eine Arbeitslosenrückversicherung vorgeschlagen und innerhalb der ersten 100 Tage ein Rechtsinstrument zur Sicherstellung eines Mindestlohns.

*Arbeitsrechtliche Richtlinien mit Mindestvorschriften* oder andere zweckdienliche Maßnahmen können das Europäische Parlament und der Rat nach Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV für die in der Liste von Art. 153 Abs. 1 lit. a bis i AEUV genannten Themen erlassen. Die für die Sozialpolitik unterschiedlichen Rechtssetzungsverfahren und die nicht regelbaren Bereiche Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streik- und Aussperrungsrecht sind in Art. 153 Abs. 2, 4, 5 AEUV nachzulesen. Zum Schutz bei Beendigung des Arbeitsvertrags, der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen einschließlich der Mitbestimmung sowie den Beschäftigungsbedingungen Drittstaatsangehörige ist grundsätzlich die Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Hiervon kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des europäischen Parlaments abweichen und erlauben, das für die anderen arbeitsrechtlichen Themen einschlägige, in Art. 288 AEUV verankerte Mehrheitsprinzip des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens anzuwenden.

---

23 Dazu u. a. Ulrich Becker: Die europäische Säule sozialer Rechte, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 73 (2018), S. 525 – 558.

24 Online unter [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_de.pdf) (Zugriff: 4.10.2019).

Ohne Möglichkeiten von Ausnahmen können *sozialrechtliche Richtlinien mit Mindestvorschriften* nur bei Einstimmigkeit im Rat erlassen werden. Hinsichtlich der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes von Arbeitnehmern wäre eine Annahme von Mindestvorschriftenrichtlinien ohne Beeinträchtigung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme einstimmig möglich.<sup>25</sup>

#### 1.4

Ohne dies hier zu vertiefen ist das für unternehmerische Tätigkeit und für abhängig oder selbständig Erwerbstätige zentrale Besteuerungsverfahren als relevante Rahmenbedingung in Deutschland zu nennen.<sup>26</sup> Von Umsatzsteuervoranmeldungen über Steuerjahreserklärungen bis hin zu Bilanzen übermitteln Unternehmen ihre Unterlagen schon seit längerem dem Finanzamt elektronisch. Für steuerpflichtige Privatpersonen sind mittlerweile händisch erstellte Steuererklärungen Auslaufmodelle.

Der Amtsermittlungsgrundsatz des Steuerrechts ist mit der Änderung von § 88 Abgabenordnung in der 18. Wahlperiode an die Digitalisierung angepasst worden. Das Finanzamt hat unverändert bei seinen Untersuchungen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Gleichheit und der Gesetzmäßigkeit zu beachten. Hinzugekommen ist die Zweckmäßigkeit. Die gesetzliche Grundlage für den Einsatz eines Risikomanagementsystems ermöglicht dem Finanzamt EDV gestützt gruppenbezogene Entscheidungen. Diese Veränderung des Amtsermittlungsgrundsatzes gibt Anlass zur Kritik.<sup>27</sup>

Schon seit dem 1.1.2006 sind Meldungen des Arbeitgebers zur gesetzlichen Sozialversicherung auf Vordrucken in Deutschland nicht mehr zugelassen. Arbeitgeber haben Meldungen durch gesicherte und verschlüsselte Datenübertragung aus systemgeprüften Entgeltabrechnungsprogrammen oder systemgeprüften Ausfüllhilfen abzugeben, wie in § 28a Absatz 1 vier-

---

25 Vgl. u. a. Rose Langer: Unionskompetenzen, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 153 AEUV, Rn. 21 – 25.

26 Christian Grädler/Marco Ottenwälder: Die Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens – Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, in: Christian Bär/Thomas Grädler/Robert Mayr, Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht. 2. Bd.: Wissenschaft und Recht, Berlin 2018, S. 36 – 46.

27 A. a. O., S. 41.

tes Sozialgesetzbuch (SGB IV) nachzulesen ist. Das Meldeverfahren zur Sozialversicherung erläutern in ihrem – rechtlich nicht bindenden – gemeinsamen Rundschreiben vom 29.6.2016 in der Fassung vom 19.6.2019 der GKV-Spitzenverband (Berlin), die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See (Bochum), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Berlin) und die Bundesagentur für Arbeit (Nürnberg).<sup>28</sup>

## 2. Digitale Arbeit in Deutschland

2019 wird eine digitale Arbeit in dem für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages als „regelmäßige berufliche Nutzung digitaler Technologien in einem relevanten zeitlichen Ausmaß“<sup>29</sup> definiert. Eine solche digitale Arbeit ist das Ergebnis des vorangegangenen 20-jährigen Prozesses der Digitalisierung von Arbeit in Deutschland.

### 2.1

Mit dem Erreichen der sechsten Stufe der Digitalisierung in Deutschland<sup>30</sup> ist die *ortsunabhängige* Arbeit möglich. Sie findet vor allem innerhalb von Industrie- und Dienstleistungsbetrieben, also betriebsintern statt. Industrie und Handel verwenden die Internetplattformen aber auch überbetrieblich, also in der globalen Welt des Internets.

In Deutschland nutzten Ende 2018 von den Unternehmen der Industrie und der industrienahen Dienstleistungen 67 % digitale Plattformen. Angestrebt ist mehr Unabhängigkeit von global agierenden Plattformen. Zu diesem Ziel sei die deutsche Industrie „auf dem Weg in die Plattformökonomie mit B2B-Plattformen“.<sup>31</sup> Deutsche Industrieunternehmen äußerten sich 2016 gegenüber der Kommission kritisch über die Beziehungen der

---

28 Online unter [https://www.gkv-datenaustausch.de/media/dokumente/arbeitgeber/deuev/gemeinsame\\_rundschreiben/Gem\\_RS\\_5.01.pdf](https://www.gkv-datenaustausch.de/media/dokumente/arbeitgeber/deuev/gemeinsame_rundschreiben/Gem_RS_5.01.pdf) (Zugriff: 12.10.2019).

29 Deutscher Bundestag (2019), Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, Technologieabschätzung (TA) Chancen und Risiken mobiler und digitaler Kommunikation in der Arbeitswelt, in: BT Drs. 19/8527, S. 9.

30 Hoose, Digitale Arbeit (s. Anm. 2), S. 4.

31 BDI Bundesverband der Deutschen Industrie: Deutsche digitale B2B-Plattformen. Auf Deutschlands industrieller Stärke aufbauen. Ein Ökosystem für B2B-Plattfor-



Unternehmen untereinander (B2B-Beziehungen) u. a. hinsichtlich der Vertragsbestimmungen und den verwendeten Praktiken. Unter den Befragten, die Unzufriedenheit mit den B2B-Beziehungen äußerten, waren mehr als 80 % der Meinung, dass die Dynamik des Marktes das Problem nicht lösen werde und zur Verbesserung eine Kombination aus regulatorischen und nichtregulatorischen Maßnahmen erforderlich sei.<sup>32</sup>

Digitale Arbeit und die dazu vorangehenden Schritte gibt es nicht nur in Betrieben und bei industrienahen Dienstleistungen.<sup>33</sup> Durch Computer oder computergesteuerte Maschinen können auch industrieferne Dienstleistungen ganz oder teilweise ersetzt werden. Selbständig lernende Computer können beispielweise für die Rechtsberatung eingesetzt werden.

Digitale Assistenzsysteme u. a. zur Entlastung von körperlich schwerer Arbeit werden nicht nur in der Industrie und industrienahen Dienstleistungen der Logistik genutzt. Dazu zwei Alltagsbeispiele aus der Landwirtschaft und dem Tourismus: Die landwirtschaftliche Maschinenanlage für den Kuhstall gibt es als ein „Vollangebot“ vom Melken, Befüllen des Milchwagens bis zum Füttern, nachjustiert nach Milchmenge und Körpergewicht. Ein computergesteuerter selbständig lernender Roboter kann einen Golfplatz mähen oder den Hotelrasen kurzhalten.

Zusätzlich macht es der Einsatz *virtueller* Realität möglich, in der realen Arbeitsumgebung die Funktionalität von lediglich virtuell existierenden Maschinen zu testen. Der Einsatz virtueller Realität zum Abgleich zwischen dem virtuell vorhandenen Bauteil und der Maschine unterstützt softwaregestützt eine unverändert von Menschen durchzuführende Montage.<sup>34</sup>

In Deutschland arbeitete 2016 ein Viertel aller Erwerbstätigen, welche beim Institut für Arbeits- und Berufsforschung (IAB)<sup>35</sup> als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte vermerkt sind, in Berufen mit einem ho-

---

men fördern, 2019, <https://bdi.eu/media/publikationen/?topic=Digitalisierung#/publikation/news/deutsche-digitale-b2b-plattformen/> (Zugriff: 4.10.2019).

32 Europäische Kommission, COM (2015) 192 (s. Anm. 6), S. 13.

33 Jan Marco Leimeister/David Durward/Shkodran Zogaj: Crowd Worker in Deutschland. Eine empirische Studie zum Arbeitsumfeld auf externen Crowdsourcing-Plattformen, Study der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 323, Juli 2016, [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_study\\_hbs\\_323.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_323.pdf) (Zugriff: 16.7.2019).

34 Katharina Dengler/Britta Matthes: Substituierbarkeitspotenziale von Berufen. Wenige Berufsbilder halten mit der Digitalisierung Schritt, in: IAB-Kurzbericht 4/2018, S. 1 – 12, S. 3.

35 Institut für Arbeits- und Berufsforschung, die Forschungseinrichtung bei der Bundesagentur für Arbeit, die mit gesetzlichem Auftrag (§§ 280, 282 SGB III) den Arbeitsmarkt erforscht.

hen Substituierbarkeitspotenzial, also in Tätigkeiten, welche zu mindestens 70 % durch Computer oder computergestützte Maschine geleistet werden können.<sup>36</sup>

Berufe mit einem hohen Anteil in sich wiederholender Aufgaben sind durch Technologien ersetzbar. Die technologische Entwicklung entwickelte sich schneller als 2013 beim IAB erwartet wurde. Die im Sinne der Forschung beim IAB als sozialversicherungspflichtig vermerkte Beschäftigte mit einem hohen Substituierbarkeitspotenzial sind bei der Weiterbildung in Deutschland derzeit unterrepräsentiert.<sup>37</sup>

## 2.2

Privat nutzen Verbraucherinnen und Verbraucher Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen. Das Statistische Bundesamt veröffentlicht Daten über die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien. Danach verwenden 97 % der Erwerbstätigen 2017 das Internet privat. Bei den Rentnerinnen und Rentnern oder anderen nicht Erwerbstätigen waren es 58 %, die 2017 in den letzten drei Monaten vor dem Befragungszeitpunkt das Internet privat nutzten. Bei Schülerinnen und Schülern sowie Studierenden waren es 99 %.

Verbraucherinnen und Verbraucher, die Plattformen in einem Umfang auch als kollaborative Marktplätze verwenden, sind gewerblich tätig. Für sie werden 2020 die Regeln der neuen Verordnung für Online-Vermittlungsdienste einschlägig werden.

Verbraucherinnen und Verbraucher sind ebenso wie die digitale Arbeit davon betroffen, wie *Algorithmen* die elektronische Software verändern. Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen bei dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz<sup>38</sup> legt seit 2016 Gutachten zur Lage von Verbraucherinnen und Verbrauchern vor und Stellungnahmen sowie zu ausgewählten Themen Policy Briefs. Ein Thema war 2017 die digitale Souveränität und 2018 ein verbrauchergerechtes Scoring.

---

36 Dengler/Matthes, Substituierbarkeitspotenziale (s. Anm. 34), S. 7.

37 Pascal Heß/Simon Janssen/Ute Leber: Digitalisierung und berufliche Weiterbildung. Beschäftigte, deren Tätigkeiten durch Technologien ersetzbar sind, bilden sich seltener weiter, in: IAB-Kurzbericht 16/2019.

38 Erlass über die Errichtung eines Sachverständigenrates für Verbraucherfragen bei dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 21. Oktober 2014, veröffentlicht im Bundesanzeiger am 6. November 2014, BAnz AT 6.11.2014 B2.

In der Vergangenheit profitierten *abhängig* Beschäftigte in Deutschland von der Europäisierung des deutschen Verbraucherrechts. Nachdem in Deutschland keine Einigung darüber möglich war, ob Risiken eine Gefährdungshaftung des Herstellers rechtfertigen könnten und die nationalen Gestaltungsmöglichkeiten in einer Sackgasse angekommen waren,<sup>39</sup> wurde die Blockade auf dem Weg der Umsetzung des Verbraucherschutzes der EU in das deutsche Verbraucherrecht zumindest gelockert. Das Arbeitsrecht nahm an der Europäisierung des Privatrechts ebenfalls im Bereich der Formulararbeitsverträge teil. Formulararbeitsverträge unterliegen seitdem der vom Gemeinschaftsrecht geprägten AGB Kontrolle.

Technisch ermöglicht erstmals das Internet ein digitales Dreiecksverhältnis von Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher. Nach geltendem Verbraucherrecht haben Plattformbetreiber Pflichten nach der Verbraucherrichtlinie. Bisher erreichte Standards zur Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten werden zur Digitalisierung kritisch diskutiert.<sup>40</sup> Welche Vertrags- oder andere rechtliche Beziehungen im *digitalen Verbraucherdreiecksverhältnis* bestehen, ist im Prozess der Klärung.

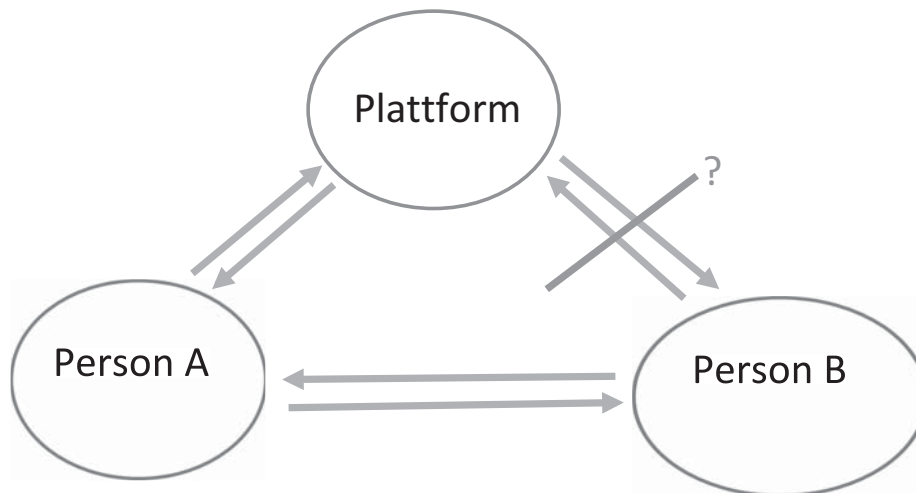
Könnte das Arbeitsrecht von einem „digitalisierten“ Verbraucherrecht der Union künftig profitieren? Zur Erwerbsarbeit ermöglicht das Internet ein *digitales Dreiecksverhältnis der Erwerbsarbeit*.

---

39 Hans-Wolfgang Micklitz: Ungeheuerliche Neuigkeiten? In: Verbraucher und Recht 31. JG, 2017, S. 43 – 47, S. 43.

40 Peter Rott, Rechtsklarheit, Rechtsdurchsetzung und Verbraucherschutz. In: Hans-Wolfgang Micklitz/ Lucia A. Reisch/ Gesche Joost / Helga Zander-Hayat (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0 -Verbraucher in der digitalen Welt, Baden-Baden 2017, S. 221 – 264.

Abb. 1: Dreiecksverhältnis der Erwerbsarbeit



Seit 1972 ist die Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitsbedarfs erlaubt. Die Arbeitnehmerüberlassung, die auch Leiharbeit genannt wird, ist das *analoge Dreiecksverhältnis der Erwerbsarbeit*. Bei der Arbeitnehmerüberlassung verleiht ein Unternehmen einen bei ihm angestellten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerin gegen Vergütung an ein anderes Unternehmen.

*Arbeitsrechtlich* ist der Unternehmer als Verleiher der alleinige Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Die Leiharbeitnehmerin ist für den Zeitraum der Überlassung in die Arbeitsorganisation des entleihenden Unternehmens eingegliedert. Dem Entleiher obliegen gegenüber den Beschäftigten des Verleihers u. a. zur Arbeitszeit Arbeitgeberschutzpflichten (§ 11 Abs. 6 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz [AÜG]).

*Sozialversicherungsrechtlich* ist der Verleiher verpflichtet, den Leiharbeitnehmer bei dessen Krankenkasse als seiner Einzugsstelle zu melden. Der Verleiher hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zahlen (§§ 28a, 28d, 28e Absatz 1 SGB IV) sowie die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 150 SGB VII). Der Entleiher haftet für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag und für die Beiträge zur Unfallversicherung wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 28 e Absatz 2 Satz 1 SGB IV und § 150 Absatz 3 SGB VII). Ein fehlendes Verschulden des Entleihers schließt auch die subsidiäre Lohnsteuerhaftung des Entleihers nicht aus (§ 42 d VI 3 EStG).

Auch zur digitalen Arbeit kann ein vorübergehender Bedarf bestehen. Ein Unternehmen könnte Arbeitnehmer für eine digitale Arbeit einstellen und an andere Unternehmen für eine solche digitale Arbeit vorübergehend gegen Vergütung ausleihen. In Unterschied zur analogen Leiharbeit ist zusätzlich der Plattformbetreiber dazwischengeschaltet. Die Pflichten des Plattformbetreibers zu den drei weiteren Beteiligten und damit für ein Quadrat wären gleichwohl noch festzulegen. Könnten Gründe gegen die Anwendung des AÜG sprechen?

Digitale Arbeit kann auch dauerhaft unter Beteiligung einer Plattform erbracht werden. Die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Rechte und Pflichten sind für dieses *digitale Dreiecksverhältnis* der Erwerbsarbeit festzulegen.

### 3. *Arbeitsvertrag im Sinne von § 611a BGB oder im Sinne des Unionsrechts?*

Mit Wirkung zum 1.4.2017 ist § 611a BGB n. F. in das Bürgerliche Gesetzbuch<sup>41</sup> eingefügt worden. 611a BGB n. F. steht unter der Überschrift „Arbeitsvertrag“ im Abschnitt über einzelne Schuldverhältnisse. 2016 hatte der Bundestag im Rahmen eines der Gesetzgebungsverfahren zur Arbeitnehmerüberlassung erstmals das Bürgerliche Gesetzbuch um eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages<sup>42</sup> ergänzt.

„§ 611a Arbeitsvertrag

(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche

---

41 Über den Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz zugänglich unter [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_611a.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_611a.html) (Zugriff: 4.10.2019).

42 Vgl. Ulrich Mückenberger: Der Arbeitnehmerbegriff – aus arbeitspolitischer Perspektive. Diskussionspapier aus der Kommission „Arbeit der Zukunft“, Januar 2017, [https://www.boeckler.de/pdf/201701\\_adz\\_diskussionspapier\\_mueckenberger.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/201701_adz_diskussionspapier_mueckenberger.pdf) (Zugriff: 4.10.2019).

Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

### 3.1

Im Zeitraum von 1.1.1900 bis 31.3.2017 hatten Gerichte die Kriterien für die Abgrenzung festzulegen, wenn zwischen Menschen umstritten war, ob sie miteinander einen Arbeitsvertrag, einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag vereinbart hatten. Mit höchstrichterlichen Urteilen setzte das Reichsarbeitsgericht und nachfolgend das Bundesarbeitsgericht abstrakt die Kriterien für einen Arbeitsvertrag fest.

Die deutsche Rechtswissenschaft hatte sich bis zum Einfluss des Rechts der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft seit dem Ende des 19. Jahrhunderts mehrheitlich der Notwendigkeit verschlossen, den Arbeitsvertrag als besondere Art eines Schuldverhältnisses eigenständig im BGB zu regeln. Gesetzlich bestimmt wurden von Beginn an im BGB näheres zum Dienst- bzw. dem Werkvertrag. Der Arbeitsvertrag blieb *im Gesetz* eine „Black-box“.

Seit April 2017 werden weiterhin in §§ 615 und 617 BGB „Dienstberechtigte“ und in §§ 613 und 616 BGB „zur Dienstleistung Verpflichtete“ unter dem Untertitel „Dienstvertrag“ genannt. Ist der Arbeitsvertrag unverändert ein Fremdkörper im Recht der Schuldverhältnisse? Oder enthält § 611a Absatz 1 BGB n. F. lediglich den in Deutschland verwendeten nationalen Arbeitnehmerbegriff von Deutschland als Mitgliedstaat der Union?

§ 611a BGB a. F. war 1980 der erste „Einbruch“ in die bisherige Möglichkeit, unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben und des kollektiven Arbeitsrechts die Arbeitsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und abhängig Beschäftigten individuell zu bestimmen. Der Bundestag verabschiedete den § 611a BGB a. F. 1979 mit dem arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz, um die Richtlinie 76/207/EG des Rates vom 9. Februar 1976 zur „Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich Zugangs zur Beschäftigung zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingun-

gen<sup>43</sup> in das Arbeitsrecht der Bundesrepublik umzusetzen. Die Umsetzung erfolgte nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Geschlechtergleichbehandlungsrichtlinie verspätet und auch unzureichend.<sup>44</sup>

Mit der Neufassungsrichtlinie Richtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen<sup>45</sup> öffneten das Europäische Parlament und der Rat – gestützt auf die neue Kompetenzgrundlage zur Geschlechtergleichbehandlung des Artikel 141 Abs. 3 EGV, abgelöst von Art. 157 Abs. 3 AEUV – die Neufassungsrichtlinie für die Gleichbehandlung Selbständiger in den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit mit Art. 10 der Neufassungsrichtlinie.<sup>46</sup>

§ 611a BGB a. F. wurde mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahre 2006 aufgehoben. Die ungenutzte „Hausnummer“ verwendete der Bundesgesetzgeber 2016 für die erstmalige gesetzliche Regelung des Arbeitsvertrages.<sup>47</sup> Der Bundesgesetzgeber definierte den Begriff des Arbeitsvertrages gesetzlich zu einem Zeitpunkt, als die Belegschaftsstrukturen schon lange nicht mehr der „aufkommenden“<sup>48</sup>

---

43 ABl. L. 39 vom 14.2.1976, S. 40, geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 269 vom 5.10.2002, S. 15, in Anpassung an die zwei auf Art. 13 EGV gestützten Gleichbehandlungsrichtlinien.

44 Urteil des Gerichtshofes vom 10.4.1984 in Rechtssache 14/83 (Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen) auf Ersuchen um Vorabentscheidung des Arbeitsgerichts Hamm, ECLI:EU:C:1984:153 und in der Rechtssache 79/83 (Dorit Harz gegen Deutsche Tradax GmbH) auf Ersuchen um Vorabentscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg, ECLI:EU:C:1984:155 jeweils hinsichtlich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst bzw. in der Privatwirtschaft.

45 Mit Wirkung vom 15.8.2009 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeit- und Beschäftigungsfragen, ABl. L 204, S. 23.

46 Die Öffnung erfolgte in Anpassung an die 86/378/EWG des Rates vom 25.7.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, die von der Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20.12.1996 zur Änderung der Richtlinie 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit in abgelöst wurde.

47 Ulrich Preis: § 611a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2018, S. 817 – 826.

48 Olaf Deinert: Kernbelegschaften–Randbelegschaften–Fremdbelegschaften. Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeschaften, in: Recht der Arbeit 2014, S. 65 – 77.

Industriegesellschaft entsprachen. Außerdem arbeiteten nach einer Studie von Eurofound mit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)<sup>49</sup> bereits 17 % aller Beschäftigten in der EU-28 unterstützt durch Informations- und Kommunikationstechniken wie Smartphones, Tablets, Laptops oder Standcomputer oder in Telearbeit.

Der Bundesgesetzgeber fixierte für das Arbeitsrecht als Element des Arbeitsvertrages eine Ortsabhängigkeit zu einem Zeitpunkt, als auch die Arbeit zu Hause durch die mobilen Endgeräte mehr denn je zuvor ermöglicht wurde. Deutschland lag zwar mit 11 % unter dem Durchschnitt der EU-28.<sup>50</sup> Der Bundesgesetzgeber hätte aber – wie der EWSA 2017 vorschlug – angesichts der Entwicklung der digitalen Arbeit versuchen können, „neue innovative Wege und Verfahren zu finden“, um bei Telearbeit „in den Räumlichkeiten der Unternehmen physisch“ nicht mehr anwesende und mobile Arbeitnehmer mit den arbeitsschutzrechtlichen Standards zu erreichen.<sup>51</sup>

### 3.2

Anlässlich des 125-jährigen Bestehens des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes gibt ein Beitrag den Überblick für den Zeitraum von der Sklaverei der Antike bis zur Clickwork im digitalen Zeitalter. Abhängigkeit, Unterdrückung und Ausbeutung würden zur Menschheitsgeschichte gehören, seitdem sich Mächtigere der Arbeitskraft anderer bedienen.<sup>52</sup>

In Deutschland habe sich die Gewerbefreiheit mit der Industrialisierung durchgesetzt. Unternehmer erließen einseitig Fabrik- bzw. Arbeitsordnungen. Beispielsweise wurden für Unpünktlichkeit Fabrikstrafen bzw. Betriebsbußen bestimmt. Die Gewerbeordnung vom 21.6.1869 ermöglichte unternehmerisches Handeln. Die Betriebsjustiz wurde erst Ende des 19. Jahrhunderts mit der Gründung der Gewerbegerichte 1891 und der in der

---

49 Jon Messenger/Oscar Vargas Llave/Lutz Gschwind/Simon Boehmer/Greet Vermeylen/Mathijn Wilkens: Working anytime, anywhere. The effects on the world of work, 2017, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>.

50 A. a. O., S. 13.

51 Stellungnahme EWSA zum Thema „Rolle und Perspektiven für die Sozialpartner und weitere Organisationen der Zivilgesellschaft bei den neuen Beschäftigungsformen“ (Sondierungsstellungnahme auf Ersuchen des estnischen Ratsvorsitzes), ABl. C 434/30, S. 30 – 35, Nr. 8.

52 Ulrich Preis: Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt. Herkunft, Gegenwart und Zukunft des Arbeitsrechts, in: Recht der Arbeit 2019, S. 75 – 88.



Weimarer Republik eingeführten Mitbestimmung der Betriebsräte seit 1920 „rechtlich eingefangen“. Wenn auch verändert, sind arbeitsrechtliche Vorschriften bis heute in der Gewerbeordnung und im Handelsgesetzbuch zu finden.

Mit der Industrialisierung setzte sich auch der Abschluss „Freier Arbeitsverträge“ im Bürgerlichen Gesetzbuch durch. Das BGB sei am 1.1.1900 in Kraft getreten, ohne dass der berühmte „Tropfen sozialistischen Öles“ in das Zivilrecht eingeflossen ist.<sup>53</sup> Welches Potenzial hat § 611a BGB n.F., wenn Arbeitsleistung vermittelt über Plattformen mobil und zeitlich unabhängig für das Unternehmen erbracht wird?

Für solche Fragen sind jetzt erneut die Instanzgerichte gefordert, also die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte. Sie haben die gesetzlichen Kriterien für die bei ihnen anhängigen Verfahren anzuwenden. Die Arbeitsgerichte können nur über die Fragen entscheiden, die an sie von den Parteien gestellt werden. Der Verhandlungsgrundsatz ist die Basis des Verfahrens, wenn der Status zu klären ist.

Wenn beispielsweise mit Handschlag zwischen dem Bauunternehmer und dem Dachdecker das Einrüsten des offenen Dachstuhls „geklärt“ wurde und falls der Bauunternehmer für Schlechtwetterzeiten nicht zahlt, könnte der Dachdecker versuchen, vor dem Arbeitsgericht die ausstehende Zahlung einzufordern, falls er davon ausgeht, es sei ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden und nicht ein Werkvertrag. Es würde das Arbeitsgericht als erste Tatsacheninstanz mit der Güteverhandlung beginnen. Hier würde „das gesamte Streitverhältnis mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände“ von der Arbeitsrichterin oder dem Arbeitsrichter erörtert werden (§ 54 Arbeitsgerichtsgesetz).

Sollte sich ein streitiges Verfahren anschließen, würde vor der Kammer verhandelt, unter Beteiligung auch der zwei Ehrenamtlichen, mit der die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite sowohl bei den Arbeitsgerichten als auch bei den Landesarbeitsgerichten bis zum Bundesarbeitsgericht vertreten sind. Ist eine gütliche Einigung nicht möglich, entscheidet der Arbeitsrichter bzw. die Arbeitsrichterin mit den Ehrenamtlichen darüber, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht.

Anders als eine Kündigung oder ein Auflösungsvertrag (§ 623 BGB) erfordert der *Abschluss* eines Arbeitsvertrages keine Schriftform, vielmehr kann ein Arbeitsvertrag – wie schon seit 1900 – auch mündlich wirksam vereinbart werden. Nach dem Nachweisgesetz hat der Arbeitgeber – jeden-

---

53 A. a. O., S. 79, mit Nachweis von Otto Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, S. 13.

falls im Gesetz so vorgesehen und in Praxis eher theoretisch – anschließend, und zwar innerhalb eines Monats nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, diese Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.

Hat sich der Rechtszustand angesichts der neuen Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft mit der erstmaligen Einführung der gesetzlichen Definition des Arbeitsvertrages in § 611a n.F. BGB geändert? Nach der Gesetzesbegründung verfolgte das Gesetz das Ziel, die Arbeitnehmerüberlassung auf sicherere Grundlagen zu stellen. Ist das Gesetz also lediglich die Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes<sup>54</sup> im Betrieb?

Mit Urteil vom 21. November 2017 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) erstmalig die Möglichkeit, sich grundsätzlich zur Wirkung der Neuregelung zu äußern. In dem Verfahren über den Arbeitnehmerstatus eines Musikschullehrers ist eine Art von Handreichung zur Anwendung von § 611a Abs. 1 BGB zu finden. Dort heißt es im Einzelnen (Rn. 23):

„a) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls an. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere

---

54 Olaf Deinert: Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, in: *Recht der Arbeit* 2017, S. 65 – 82.

maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (BAG 17. Oktober 2017–9 AZR 792/16 – Rn. 12; 27. Juni 2017–9 AZR 851/16 – Rn. 17). Die neu eingefügte Vorschrift des § 611a BGB spiegelt diese Rechtsgrundsätze wider (BAG 27. Juni 2017–9 AZR 851/16 – aaO; vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 4 sowie S. 18: ‚die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutschland unverändert‘).“

Das BAG äußert sich auch im Verhältnis des Revisionsverfahrens beim BAG zu den Instanzgerichten. Das BAG bestätigt, dass die Tatsacheninstanzen unverändert bei der Prüfung des Arbeitnehmerstatus einen weiten Beurteilungsspielraum haben. Vom BAG kann ihre Würdigung nur davon überprüft werden, ob ein Instanzgericht den Begriff des Arbeitnehmers selbst verkannt hat oder auf wesentliche Sachverhaltselemente nicht einging. Das BAG bestätigte damit ein allgemeines Prinzip, das es zuvor zu einem anderen Sachthema mit Urteil vom 17. Oktober 2017–9 AZR 792/16 – Rn. 15 und am 27. Juni 2017–9 AZR 851/16 – Rn. 20 mit weiteren Nachweisen schon erläutert hatte.

Zum Begriff des Arbeitsvertrages ist auf eine Fragestellung achtzugeben, die sich aus dem Wortlaut von § 611a BGB nicht ergibt. Viele Sachthemen des deutschen Arbeitsrechts sind vergemeinschaftet, da zum Sachthema auch einschlägiges Unionsrecht vorliegt. Richtlinien der Europäischen Union hat der Bundestag in das deutsche Recht umzusetzen. Die Richtlinie richtet sich auch an die Gerichtsbarkeit.

Wenn ein nationales Gesetz oder eine kollektive Regelung keinen sachlichen Bezug zum Gemeinschaftsrecht hat, bleibt alles national. Dann ist das BAG die höchste fachgerichtliche Instanz.

Der im deutschen Gesetz verwendete Arbeitnehmerbegriff kann aber zum Unionsrecht gehören. Ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts ist der in Art. 45 hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwendete Begriff des Arbeitnehmers. Dasselbe gilt für Art. 157. Hier wird zwar nicht der Begriff des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin verwendet, der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ist aber eine Verpflichtung für den Arbeitgeber und findet im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses statt. Auch Richtlinien, die sich auf die Kompetenzen nach Art. 153 AEUV stützen, können einen Arbeitnehmerbegriff im Sinne des Unionsrechts enthalten. Dann ist der Gerichtshof der Union für die Auslegung der Richtlinie zuständig. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wäre zuständig, zu prüfen, ob das BAG als

letzte Instanz unbegründet den Gerichtshof der Union nicht anrief und damit das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter verletzte.

### 3.3

Im Juni 2019 haben das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam eine Weichenstellung für die Entwicklung der digitalen Arbeit in der Union vorgenommen. Nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Union ist die „Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union“ in Kraft getreten. Die Mitgliedstaaten haben die Maßnahmen zu ergreifen, um dieser Richtlinie spätestens am 1. August 2022 nachzukommen. Das Europäische Parlament und der Rat stützen sich auf Art. 31 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, also auf das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub. Spätestens zum 1. August 2022 haben die Mitgliedstaaten – und so auch Deutschland – die Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union in das nationale Recht umzusetzen. An diesem Tag wird die bisher geltende Richtlinie 91/533/EWG aufgehoben (Art. 24 RL 2019/1152). Längstens bis zum 31. Juli 2022 kann in einem Mitgliedstaat und in Deutschland das Nachweisgesetz als das Umsetzungsgesetz zu der Richtlinie 91/533/EWG des Rates noch verbindlich sein.

Diese Richtlinie hatte der Rat am 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen erlassen. Nach den Erwägungsgründen war der Anlass der Nachweisrichtlinie, dass in den Mitgliedstaaten die Entwicklung neuer Arbeitsformen zu einer Vielfalt der Arten von Arbeitsverhältnissen führte. Für 1991 waren die Unterschiede und Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten so erheblich, dass der Rat unmittelbare Auswirkungen für das Funktionieren des gemeinsamen Marktes feststellte. Mit der Richtlinie wollte der Rat eine Angleichung für die Mitgliedstaaten auf dem Wege des Fortschritts, also keine Angleichung auf dem niedrigsten Niveau.

Die Idee für das Konzept fand der Rat in der auf der Tagung des Europäischen Rates in Straßburg am 9. Dezember 1989 von den Staats- und Regierungschefs der damals elf Mitgliedstaaten angenommenen Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Diese Ge-

meinschaftscharta bestimmt unter Nr. 9, die Arbeitsbedingungen eines jeden abhängig Beschäftigten der Europäischen Gemeinschaft müssten entsprechend den Gegebenheiten der einzelnen Länder durch das Gesetz, durch einen Tarifvertrag oder in einem Beschäftigungsvertrag geregelt sein. Die in Art. 2 Richtlinie 91/533/EWG genannten wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses müssen spätestens zwei Monate nach Aufnahme der Arbeit schriftlich nachgewiesen werden.

Die Evaluation der Richtlinie aus 1991 veranlasste die Kommission, die Änderung auf den Weg zu bringen. Die Änderung wurde Teil der europäischen Säule sozialer Rechte. Dieses ist auch dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/1152 zu entnehmen.

Die Pflicht zur Unterrichtung bestimmt Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/1152. Die Richtlinie gilt für alle, die in einem Zeitraum von vier Wochen mehr als drei Stunden pro Woche oder über 12 Stunden im Monat arbeiten. Vom ersten Arbeitstag an und spätestens am siebten Kalendertag müssen Arbeitgeber die Beschäftigten über die wesentlichen Aspekte des Beschäftigungsverhältnisses informieren.

Art. 1 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/1152 weist auf den mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriff „unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ hin<sup>55</sup>.

Für Sachthemen, die zumindest teilweise für die Union geregelt sind, achtet der Gerichtshof der Union seit in Kraft treten der Grundrechtecharta für Sachverhalte, für die zeitlich diese anwendbar war, darauf, individuellen Rechte nach der Grundrechtecharta Rechnung zu tragen, indem sie bei der Auslegung des fraglichen Unionsrechts berücksichtigt werden.

Die Prüfung der Grundrechtecharta entfällt nicht aus dem Grund, dass eine Richtlinie einen nationalen Arbeitnehmerbegriff verwendet. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob der für die nationale Umsetzung verwendete Arbeitnehmerbegriff mit dem Ziel der Richtlinie und ggf. der Grundrechtecharta vereinbar ist.

Der arbeitsrechtliche Schutz unterscheidet sich in Deutschland für bestimmte Bereiche im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft. Außerdem sind in Deutschland arbeitsrechtliche Schutzvorschriften für Beschäftigungsverhältnisse, die keine Arbeitsverträge im Sinne von § 611a BGB sind, abgestuft anwendbar. Der arbeitsrechtliche Schutzstandard für

---

55 Damit komme es im Ansatz auf einen unionsrechtlich bestimmten Arbeitnehmerbegriff an, so u. a. Sebastian Kolbe: Vom Nachweis zur Transparenz der Arbeitsbedingungen, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2020, S. 35 – 47, S. 37.

Heimarbeit ist im Heimarbeitsgesetz spezialgesetzlich bestimmt. Für arbeitnehmerähnliche Personen öffnete der Bundesgesetzgeber den Anwendungsbereich verschiedener Gesetze. U. a. ist das Tarifvertragsgesetz unter den in § 12a TVG genannten Voraussetzungen für arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar. Ein weiteres Beispiel ist § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG. Die Vorschrift öffnet unter den dort genannten Voraussetzungen den Schutz vor Benachteiligung für arbeitnehmerähnliche Personen. Sind Themenbereiche vom Arbeitsrecht der Europäischen Union unterlegt, steht einem Betriebsübergang beispielsweise nicht ein in der Verfassung des Mitgliedstaats gewährleisteter Grundsatz des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern entgegen.<sup>56</sup>

Solche komplizierten Überlegungen entfallen im Bereich der Freizügigkeit, der Geschlechter Gleichbehandlung und den Richtlinien zum Schutz der in Art. 19 Abs. 1 AUEV und Art. 21 Abs. 1 GRC genannten persönlichen Merkmale. Letztere verwenden einen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.

Die Antwort auf die mit der Überschrift gestellte Frage ist, bei teilweise auch im Unionsrecht geregelten Sachthemen ist § 611a BGB als ein in das Unionsrecht eingebetteter nationaler Begriff des Arbeitsvertrages zu verwenden.

#### 4. Auf dem Weg zum Sozialschutz für Menschen in allen Beschäftigungsformen?

Die Dichotomie von abhängiger Erwerbsarbeit und selbständiger Tätigkeit hat sich im deutschen Sozialversicherungsrecht in der Arbeitslosenversicherung sowie in der Rentenversicherung und am grundlegendsten für die Krankenversicherung mit der Öffnung für Selbständige bis zur Versicherungspflicht der Wohnbevölkerung verändert. Seit 2017 steht für Deutschland als Mitgliedstaat der Union das Gespräch über den zwölften Grundsatz „Sozialschutz“ der Europäischen Säule sozialer Rechte auf der Tagesordnung. Zielgruppe des Sozialschutzes sind Arbeitnehmerinnen und Ar-

---

56 Urteil des Gerichtshofs (Achte Kammer) vom 13. Juni 2019, Cátia Correia Moreira gegen Município de Portimão, Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Judicial da Comarca de Faro, Vorlage zur Vorabentscheidung – Richtlinie 2001/23/EG – Übergang von Unternehmen – Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer – Begriff des Arbeitnehmers – Wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers, Rechtssache C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499; Ernesto Klengel, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.6.2019 – C-317/18, jurisPR-ArbR 34/2019 Anm. 1.

beitnehmer unabhängig von Art und Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses und unter vergleichbaren Bedingungen für Selbständige.

#### 4.1

Die Ausgangssituation für Deutschland ist zur gesetzlichen Rentenversicherung die Pflichtversicherung für Solo-Selbständige nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI auch zur Vermeidung der Scheinselbständigkeit. Für die Arbeitslosenversicherung war es über lange Zeit eine undenkbbare Möglichkeit, die Auftragslosigkeit Selbständiger könnte in der Arbeitslosenversicherung versicherbar sein. Mit der Option der Versicherungspflicht auf Antrag nach § 28 a SGB III kann die Arbeitslosenversicherung das Risiko der Auftragslosigkeit selbständig Erwerbstätige im dort genannten Umfang abfedern.

Vorläufer der Pflichtversicherung der Bevölkerung in der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung wurde die Einführung der Pflichtversicherung im Bereich der sozialen Pflegeversicherung. Zur Pflege wurde 1995 als fünfter Zweig der gesetzlichen Sozialversicherung das Sozialgesetzbuch XI eingeführt. Zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit ist jeder gesetzlich in einer gesetzlichen Krankenkasse automatisch in der sozialen Pflegeversicherung versichert. Jede und jeder privat Krankenversicherte muss eine private Pflegeversicherung abschließen. Für Streitigkeiten nach dem SGB XI ist für die soziale Pflegeversicherung und ebenso für die Vorsorge bei einem privaten Versicherungsträger die Sozialgerichtsbarkeit die zuständige Fachgerichtsbarkeit.

Vor 10 Jahren wurde mit dem Gesundheitsreformgesetz im SGB V und im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) die Vorsorgepflicht für die Bevölkerung in Deutschland verankert. Die tradierte Unterscheidung zwischen der privaten Krankenversicherung und der gesetzlichen Krankenversicherung wurde beibehalten. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 11 GG war die Grundlage für die in das Versicherungsvertragsgesetz aufgenommene Vorsorgepflicht, soweit in Deutschland lebende Personen nicht in einer gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind: Gleichzeitig wurde, gestützt auf Art. 74 Nr. 12 GG, die konkurrierende Gesetzgebung Basis für die neue Pflichtmitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.

Der Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen Krankenkasse oder der Abschlusspflicht nach dem Versicherungsvertragsgesetz können sich Menschen legal nur entziehen, wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs des SGB V und des Versicherungsvertragsgesetzes leben oder innerhalb der

Europäischen Union als in der Bundesrepublik vorübergehend Erwerbstätige von der Versicherungspflicht im Rahmen des koordinierenden Sozialrechts zu befreien sind bzw. ein zwischenstaatliches Sozialversicherungsabkommen etwas Entsprechendes vorsieht.

Bei Streitigkeiten ist die Zivilgerichtsbarkeit für private Krankenversicherungsverträge zuständig, deren Leistungskataloge gesetzlich vorgegeben sind. Frei verhandelbar sind private Zusatzleistungen, aber nicht der Leistungskatalog zum Basistarif. Für in einer gesetzlichen Krankenkasse Versicherte entscheidet die Sozialgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten.

Alle selbständig Erwerbstätigen, die nicht als selbständige Künstler und Publizisten oder über die landwirtschaftliche Krankenversicherung pflichtversichert sind, haben seit dem Gesundheitsreformgesetz, soweit sie dazu die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, ihre Gesundheitsversorgung bei einer gesetzlichen Krankenkasse zu sichern. Alle privaten Krankenversicherungsunternehmen sind mit Kontrahierungszwang und gegebenenfalls mit Basistarif zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung mit Selbständigen verpflichtet.

Der Paradigmenwechsel des Gesundheitsreformgesetzes für die Vorsorgepflicht der Selbständigen hat bis auf die Untersuchungen von Fachinger, der bereits 2002 auf Armutsriskien Selbständige hinwies<sup>57</sup>, zunächst wenig wissenschaftliche Aufmerksamkeit gefunden.<sup>58</sup> Die umfassende Krankenversicherungspflicht gibt mittlerweile auch Anlass zu rechtswissenschaftlichen Diskussionen.<sup>59</sup>

## 4.2

Mit der Digitalisierung entwickeln sich Erwerbsformen, für die sich die Frage stellt, ob sie in das geltende Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in Deutschland integriert werden können – und, wenn ja, mit welchen Ver-

---

57 Uwe Fachinger: Die Selbständigen: Armutspotenzial der Zukunft?, in: Stefan Sell (Hg.), *Armutsforschung und Armutspolitik in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven im Kontext der Armutserichterstattung*, Schriften der Gesellschaft für sozialen Fortschritt, Vol. 23, Berlin 2002, S. 87 – 130.

58 U. a. Uwe Fachinger: Herausforderungen der sozialen Sicherung der Soloselbständigen. Lehren aus der Krankenversicherung, in: Joachim Lange/Ursula Rust (Hg.), *Alterssicherung für Soloselbständige in Zeiten der Digitalisierung*, Loccum Protokolle Band 31/17. Rehburg-Loccum 2017, S. 11 – 43.

59 U. a. Heinz-Uwe Dettling, Verfassungswidrigkeit des Beitragssystems der GKV seit der Einführung der Krankenversicherungspflicht für alle, in: *Gesundheitsrecht 2017*, S. 483 – 497.



änderungen des geltenden Rechts – oder ob die mit der Digitalisierung mögliche globale Erwerbsarbeit ungesichert bleibt. Der zunehmende Wechsel von abhängiger Erwerbstätigkeit und Selbständigkeit ist für Deutschland mit der Lebensverlaufsperspektive erkennbar. Die „serieller Erwerbshybridisierung“ nimmt zu.<sup>60</sup>

Verfassungsrechtlich und nicht nur angestoßen vom Unionsrecht verlangt der Zugriff auf die Arbeitskraft in der vernetzten Arbeitswelt hybride Erwerbsverläufe arbeitsrechtlich zu gestalten<sup>61</sup> und den Zugang zur Sozialversicherung an digitale Arbeit anzupassen.

Mobile Arbeit findet in Deutschland nach den Ergebnissen der Eurofound typischerweise zu Hause statt.<sup>62</sup> Könnte das Heimarbeitsgesetz<sup>63</sup> den erforderlichen Arbeits- und Entgeltschutz für Telearbeit und Mobile Arbeit ermöglichen?<sup>64</sup> Die Virtualisierung der Arbeitsbedingungen führt zunehmend dazu, die Beschäftigung aus der räumlich funktionalen Organisationseinheit des Betriebes zu lösen. Könnten bei wirtschaftlicher Abhängigkeit für die selbständige Erwerbsarbeit das Wettbewerbsrecht der Behinderung durch große Plattformbetreiber entgegenwirken?<sup>65</sup>

Das geltende Rentenrecht verpflichtet in § 2 Nr 9 SGB VI nur Solo-Selbständige, „die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind“ zur Altersvorsorge in der gesetzlichen Rentenversicherung. Bestehen aber nicht bereits Schutzpflichten wegen Störungen der Vertragsparität, wenn eine selbständige Arbeitskraft nicht nur für einen Auftraggeber arbeitet?

---

60 Andrea D Bührmann/Uwe Fachinger/Eva M. Welskopp-Deffa (Hg.): *Hybride Erwerbsformen. Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen*, Wiesbaden 2018.

61 Andreas Bücker, *Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt, Industrielle Beziehungen*, 23 (2), S. 187 – 225.

62 Bührmann/Fachinger/Welskopp-Deffa, *Hybride Erwerbsformen* (s. Anm. 60), S. 14.

63 HAG, Ausfertigungsdatum: 14.3.1951, zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 18.12.2018 BGBl I 2651.

64 Olaf Deinert: *Die Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes*, in: *Rechts der Arbeit* 2018, S. 359 – 367.

65 Dazu u. a. Claudia Schubert: *Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?*, in: *Recht der Arbeit* 2018, S. 200 – 206.

### 4.3

Für das Dreiecksverhältnis ist zur analogen Leiharbeit sozialversicherungsrechtlich die gegenseitige Inanspruchnahme der Beteiligten geklärt. Nachdem das Bundesverfassungsgericht 1967 die Anwendung des Arbeitsvermittlungsmonopols auf die Arbeitnehmerüberlassung als mit dem Grundrecht der freien Berufswahl für nicht vereinbar beurteilt hatte,<sup>66</sup> entschied 1970 das Bundessozialgericht, wenn zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht und in diesem der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen des Leiharbeitnehmers liegen, verstoße die Arbeitnehmerüberlassung nicht gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol. Auch gegen den erklärten Willen der Beteiligten führe die tatsächliche Eingliederung in Betrieb des Entleihers zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Entscheidend sei die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb des Entleihers, so das Bundessozialgericht mit Urteil vom 29.7.1970.<sup>67</sup>

Das Bundesarbeitsgericht griff 1972 die Weichenstellung für das Dreiecksverhältnis der Leiharbeit auf. Bezugnehmend auf das Urteil des Bundessozialgerichts stellte das Bundesarbeitsgericht fest, arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten würden auch zwischen „Verleiher“ und „Leiharbeitnehmer“ entstehen, auch wenn der Rahmenvertrag in Arbeitnehmerüberlassung nichtig ist.<sup>68</sup>

In welchen Konstellationen kann ein entsprechender Schutzbedarf zu einer über die Plattform ermöglichten digitalen Arbeit mit der Folge eines über den Auftraggeber vermittelten Sozialversicherungsschutzes und arbeitsrechtlichen Pflichten auch des Plattformbetreibers beispielsweise hinsichtlich der Arbeitszeit entstehen?

Ausgangspunkt für die gesetzliche Sozialversicherung ist nicht die arbeitsrechtliche Definition des Arbeitsvertrages in § 611a BGB. Der Startpunkt für die Melde- und Beitragspflichten des Arbeitgebers ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Entscheidend für die Beschäftigung ist nicht die Selbständigkeit.

#### „§ 7 Beschäftigung

(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind

---

66 BVerfGE 21, 261.

67 BSGE 31. 235 – 247.

68 BAGE 24, 148.

eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers....“

§ 9 SGB IV definiert den Beschäftigungsort als den Ort, an dem die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt wird. Die Definitionen des Sozialversicherungsrechts sind so offen formuliert, dass auch mobile und ortsungebundene Tätigkeiten als sozialversicherungspflichtig bewertet werden können.

Die Träger der Deutschen Rentenversicherung veröffentlichen Informationen über ihre Praxis zu § 7 Abs. 1 SGB IV im Rechtsportal der Deutschen Rentenversicherung.<sup>69</sup> Dazu gehören auch die Gemeinsamen Rechtlichen Anweisungen (GRA) der Deutschen Rentenversicherung. Zu § 7 SGB IV ist eine Liste beurteilter Berufsgruppen eingestellt<sup>70</sup> und die GRA „§ 7a SGB IV: Anfrageverfahren“ zu dem mit Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999, das zum 1.1.1999 in Kraft trat, geschaffenen Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV.<sup>71</sup>

Bei Streitigkeit über eine Mitgliedschaft in Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung hat die Sozialgerichtsbarkeit gegebenenfalls zu entscheiden, ob die Merkmale einer Beschäftigung vorliegen. Im Vorfeld sind die gesetzlichen Krankenkassen und die gesetzliche Rentenversicherung an der Statusklärung beteiligt und die Spitzenverbände der Sozialversicherung mit gemeinsamen Rundschreiben.<sup>72</sup>

#### 4.4

Zur Umsetzung von Grundsatz 12 „Sozialschutz“ der Europäischen Säule sozialer Rechte hörte 2017 die Kommission die Sozialpartner der Union

---

69 rvRecht , [https://rvrecht.deutsche-rentenversicherung.de/DE/Home/home\\_node.html](https://rvrecht.deutsche-rentenversicherung.de/DE/Home/home_node.html) (Zugriff: 12.10.2019).

70 GRA § 7 SGB IV Anlage 1: Beurteilte Berufsgruppen – Beschäftigung, <https://rvrecht.deutsche-rentenversicherung.de> (Zugriff: 12.10.2019).

71 Karl-Jürgen Bieback: Der Versuch, neue Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit sozialstaatlich zu regulieren, in: Kritische Justiz 2001, S. 29 – 45.

72 Gemeinsames Rundschreiben GKV-Spitzenverband, Deutsche Rentenversicherung Bund und Bundesagentur für Arbeit vom 21. März 2019: Statusfeststellung von Erwerbstätigen, <https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Arbeitgeber-und-Steuerberater/summa-summarum/Rundschreiben/rundschreiben.html> (Zugriff: 12.10.2019).

nach Artikel 154 Absatz 2 AEUV<sup>73</sup> an. Den Arbeitgeberverband<sup>74</sup> überzeugte u. a. die Differenzierung der Kommission zwischen atypischer Beschäftigung und selbständiger Erwerbsarbeit nicht. Zur Anhörung nach Artikel 154 Absatz 3 AEUV<sup>75</sup> nahmen der EGB<sup>76</sup> und Arbeitgeberverband<sup>77</sup> Stellung.

2018 legte die Kommission ihren Vorschlag<sup>78</sup> für die Empfehlung des Rates zum „Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbstständige“ vor. 2019 stimmten der Bundesrat und der Bundestag der bevorstehenden Annahme der Ratsempfehlung durch den deutschen Vertreter im Rat zu.<sup>79</sup>

## 5. (Europäische) Sozialpartner und „Non-Standard Work“<sup>80</sup>

### 5.1

Für Deutschland gibt es zum Begriff der Sozialpartner eine Legaldefinition, wobei dafür nicht dieser Begriff der Sozialpartner verwendet wird. Vielmehr ist hier der Begriff der Tarifvertragsparteien eingebürgert. Die Legaldefinition ist in § 2 Abs. 2 Tarifvertragsgesetz zu finden. Tarifvertragsparteien sind also Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber oder Vereinigungen von Arbeitgebern. Die Autonomie der Tarifvertragsparteien schützt Art. 9 Abs. 3 GG.

Zur Ausgangssituation ist für Deutschland auf das vor mehr als 100 Jahren vereinbarte Stinnes-Legien-Abkommen zurückzublicken. Es wurde am

---

73 C (2017) 2610 final of 36.4.2017.

74 [https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position\\_papers/social/2017-06-23\\_access\\_to\\_social\\_protection\\_-\\_reply\\_to\\_consultation.pdf](https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2017-06-23_access_to_social_protection_-_reply_to_consultation.pdf) (Zugriff: 12.10.2019).

75 C (2017) 7773 final of 20.11.2017; SWD (2017) 381 final.

76 <https://www.etuc.org/en/document/etuc-action-access-social-protection-resolution> (Zugriff: 12.10.2019).

77 [https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position\\_papers/social/2018-01-04\\_response\\_social\\_partner\\_consultation\\_access\\_social\\_protection.pdf](https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2018-01-04_response_social_partner_consultation_access_social_protection.pdf) (Zugriff: 12.10.2019).

78 COM (2018) 132 final; {SWD (2018) 70 final} – {SWD (2018) 71 final} – {SWD (2018) 79 final}.

79 BGBl. 2019 Teil II Nr. 8, S. 444 – 450.

80 Robin-Olivier. Part 4, S. 868 fff. U.s, In: Ales, Edoardo/Bell, Mark/Deinert, Olaf/Robin-Olivier, Sophie (2018), International and European Labour Law. Article-by-article Commentary, Baden-Baden 2018.

14. November 1918 geschlossen. Dies ist als Gründungsdatum einer auf Parität und Autonomie beruhenden Arbeitsverfassung in Deutschland zu bewerten. Die Tarifautonomie wurde in der Weimarer Republik Element der Wirtschaftsverfassung. Die Weimarer Reichsverfassung bestätigte sie nachträglich. Das November-Abkommen von 1919 wurde die Grundlage des Betriebsrätegesetzes 1920 der Weimarer Republik.<sup>81</sup>

## 5.2

Völlig anders ist die Situation bei den europäischen Sozialpartnern. In Vorbereitung des Vertrages von Maastricht hatten drei Organisationen europäischer Sozialpartner in einer Ad-hoc-Gruppe „Sozialer Dialog“ zusammengearbeitet. Ihr Regelungsentwurf, den die Generalsekretäre des Europäischen Gewerkschaftsbundes, der UNICEE und des CEEP an den Präsidenten des EG-Ministerrates am 31. Oktober 1991 übersandten, wurde in das Abkommen über die Sozialpolitik übernommen.

Die Europäische Kommission ist nach Art. 154 Abs. 1 AEUV gehalten, den Dialog zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene zu fördern. Hierzu hört die Kommission nach Art. 154 Abs. 2 AEUV die Sozialpartner an, bevor sie Vorschläge im Bereich der Sozialpolitik unterbreitet. Die Kommission beschränkt die Anhörung nach Artikel 154 AEUV auf die repräsentativen Organisationen der Sozialpartner und beteiligt nicht alle der im „Verzeichnis der europäischen Organisationen der Sozialpartner auf Unionsebene“ Aufgeführten, das derzeit von Eurofound aktuell gehalten wird.

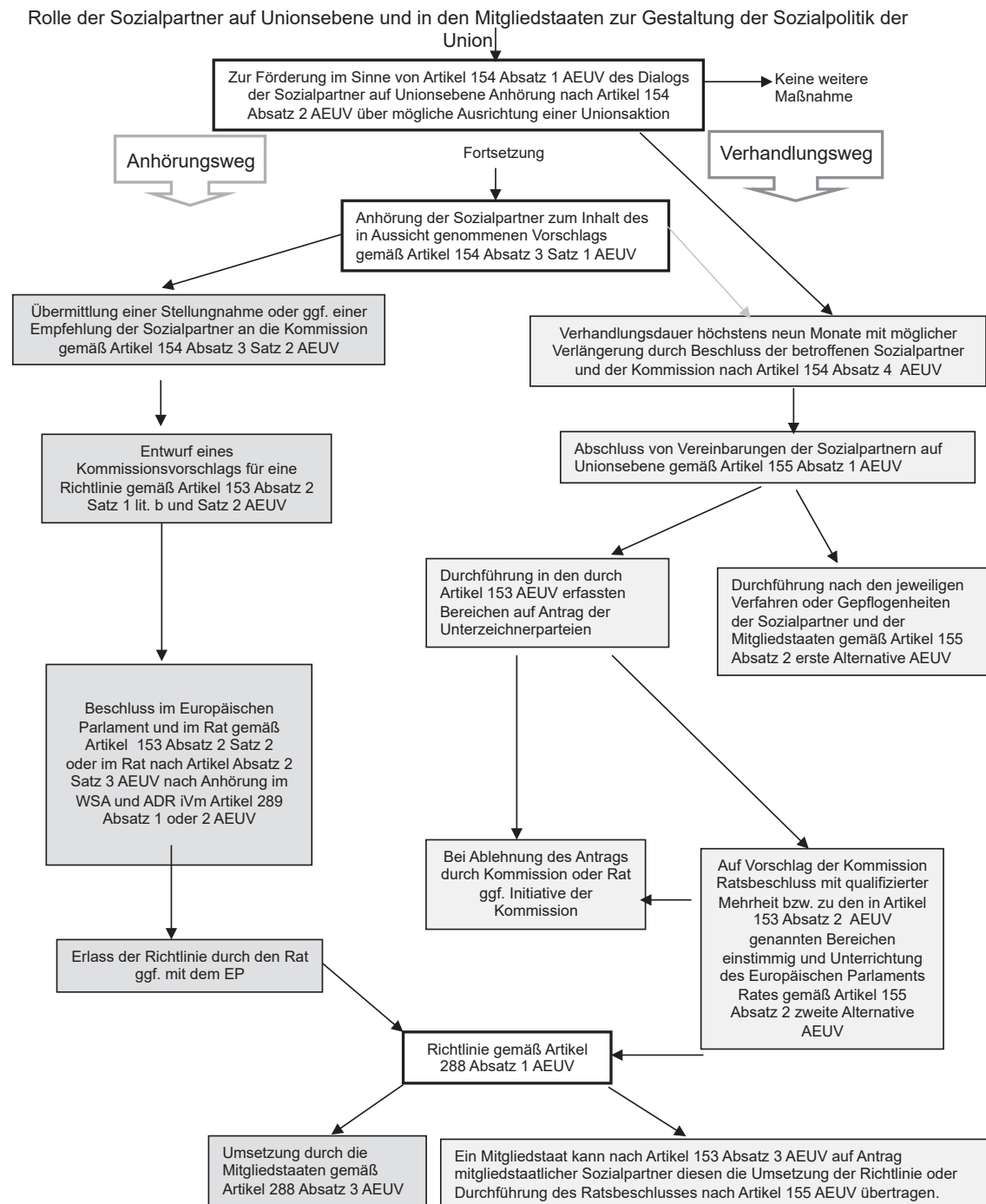
Die Sozialpartner auf Unionsebene können beschließen, zum Thema der Anhörung unter sich eine Vereinbarung auszuhandeln, wie in Art. 154 Abs. 4 und Art. 155 AEUV verankert ist.

Die Skizze (Abb. 2) zeigt die unterschiedlichen Beteiligungsformen. Die europäischen Sozialpartner haben eine vorrangige Rolle für die Sozialpolitik der Union erhalten.

---

81 Preis, Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt (s. Anm. 52), S. 80.

Abb. 2: Rolle der Sozialpartner auf Unionsebene und in den Mitgliedstaaten zur Gestaltung der Sozialpolitik der Union



© Prof. Dr. Ursula Rust, Universität Bremen

5.3

Der EWSA erklärte 2018 in seiner Stellungnahme in Vorbereitung der 2019 erlassenen Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online- Vermittlungsdiensten, er halte es für grundlegend, Aspekte der sozialen Dimension der Digitalisierung anzugehen und zwar für Personen, die bei digitalen Plattformen angestellt sind oder mit diesen verbundene Dienstleistungen erbringen. Der EWSA empfahl im September 2018, „den Prozess des europäischen sozialen Dialogs zügig in Gang zu setzen“.

Die Digitalisierung gefährdet nach Erkenntnissen von Eurofound den Standard des europäischen Arbeitsschutzes. Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Dienstleistungsbranche die Beschäftigung im Rahmen des industriellen Wandels nahm am 16. September 2015 mit 139 Stimmen bei einer Gegenstimme und 8 Enthaltungen der Europäische Wirtschaft- und Sozialausschuss seine Stellungnahme an, um die der EWSA im Namen des anstehenden luxemburgischen Ratsvorsitzes vom luxemburgischen Fachminister gebeten worden war. Bisher nutzen die Sozialpartner der Union nicht ihre Möglichkeiten, branchenübergreifend oder beispielsweise für den Handel Arbeitsschutzstandards für Non-Standard Work zu vereinbaren.

2016 empfahl der EWSA, die „Fluktuation der Nachfrage nach Arbeitskräften in einer digitalisierten Dienstleistungswirtschaft, gemessen in geleisteten Arbeitsstunden“ müsse überwacht werden.<sup>82</sup>

Die Sozialpartner der Union hätten die Möglichkeit, wie früher zur Teilzeit und zur Befristung<sup>83</sup> Mindeststandards für bei digitalen Plattformen angestellte Arbeitnehmer zu vereinbaren oder für diejenigen, die mit den digitalen Plattformen verbundene Dienstleistungen erbringen.

In Deutschland öffneten die IG-Metall und Verdi die Tarifpolitik für Selbständige. Steht hier eine Weiterentwicklung bei den Arbeitgeberverbänden der Union noch aus?

---

82 ABl. 2016 C 13/161–188.

83 U. a. Ursula Rust: Dialog zwischen den Sozialpartnern, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 155 AEUV, Rn. 102 – 118.

## 6. „Gläserne Belegschaften“ im Internet

Den Begriff und die Perspektive, *Belegschaften* könnten „gläsern“ werden, hat in der Bundesrepublik Wolfgang Däubler bereits 1987 eingeführt.<sup>84</sup> Er entwickelte den Begriff zu Zeiten, als das Internet im betrieblichen Alltag und auch sonst in der Gesellschaft noch keine bekannte Größe war. Diese Variante von Copyright sollen die in der Überschrift verwendeten Anführungszeichen zum Arbeitsrecht herstellen.

Mittlerweile dürfte es Alltagsprache geworden sein, vom gläsernen *Verbraucher* zu sprechen. Dieser Begriff wird beispielsweise als Titel eines von der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Sammelbandes verwendet.<sup>85</sup>

### 6.1

Das Arbeitsrecht und das Verbraucherrecht haben etwas Gemeinsames, das Anlass gibt, beide Rechtsgebiete in diesem Abschnitt zu nennen. Das Gemeinsame ist das mit ihnen verfolgte Ziel, Paritätsdefizite auszugleichen.<sup>86</sup> Und zum Internet haben sich beide Rechtsgebiete auch im Sinne der im Grundgesetz verankerten Frage zu stellen, wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung *unter Beteiligung des Internets* für Arbeitsverträge, Verbraucherverträge oder andere Verträge mit Verbrauchern gegründet, durchgeführt und bei Leistungsstörungen zu gewährleisten ist.

Absehbar ist nicht nur die Kommunikation unter Vertragspartnern digital. Auch beim „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zu Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“,<sup>87</sup> also für Massengeschäfte werden Algorithmen bei der Auswahl verwendet. Wer haftet, wenn an der Auswahl falsch programmierte

---

84 Wolfgang Däubler: *Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte*, Frankfurt a. M. 1987.

85 Christian Bala/Klaus Müller (Hg.): *Der gläserne Verbraucher: Wird Datenschutz zum Verbraucherrecht? Beiträge zur Verbraucherborschung*, Bd. 1, Düsseldorf 2014. Die Veröffentlichung ist online abrufbar unter <https://www.ratgeber-verbraucherzentrale.de/media1153729A.pdf> (Zugriff:4.10.2019).

86 Ulrich Preis: 15 Jahre AGB-Kontrolle in den Händen von zehn Senaten des BAG, in: *Soziales Recht*, 2019, S. 153 – 164, S. 155.

87 So der Wortlaut der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs in Art. 3 Absatz 1 lit. h Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180, S. 22.



Automaten beteiligt sind? Wie sind die mit Richtlinien konkretisierten Standards der Gleichheitsrechte der nach Artikel 21 Abs.1 GRC iVm Art. 19 Abs.1 AEUV geschützten Personengruppen bei Screening zu sichern? Die Zukunft der künstlichen Intelligenz wird die Themenbreite vergrößern. Die systematische Zusammenarbeit von Informatik und u. a. den Rechtswissenschaften steht auch dann an.

Mit dem Übergang von analoger zu digitaler Datensammlung sind für beide Rechtsgebiete Antworten für den Datenschutz zu finden. Den Zusammenhang stellt der von der Verbraucherzentrale NRW 2014 herausgegebene Sammelband mit der Frage im Untertitel her, ob der Datenschutz zum Verbraucherschutz wird. Dieselbe Frage könnte zum Arbeitsrecht gestellt werden.

Das Arbeitsrecht und das Verbraucherrecht unterscheiden sich allerdings grundlegend darin, dass ein Mensch lebenslang Verbraucherin oder Verbraucher ist und damit auch im Zeitraum der Kindheit und der schulischen Ausbildung sowie während Unterbrechungen oder im Rentenalter. Zusätzlich enthält das deutsche Arbeitsrecht einen abgestuften Schutz für verschiedene Beschäftigtengruppen.

Ob sich daraus unterschiedliche Standards für die Situation ergeben können, wenn Verträge über das Internet abgeschlossen werden oder ob sich der Schutzbedarf für die verschiedenen Vertragsformen und das unterschiedliche Ausmaß an Paritätsdefiziten unterscheiden, ist zumindest als offen zu bezeichnen. In beiden Rechtsgebieten erfolgte der Übergang von handschriftlich zu mechanisch durch Nutzung von Schreibmaschinen erstellten Verträgen. Zudem begann in beiden Rechtsgebieten eine elektronische analoge Sammlung von Daten. Vorhandene Informationen werden analog stufenlos und kontinuierlich elektronisch gespeichert. Die analoge Datensammlung wird in beiden Rechtsgebieten unverändert verwendet.

## 6.2

Für beide Rechtsgebiete ist die digitale Datensammlung die große Herausforderung des Datenschutzes. Mit jeder technischen Weiterentwicklung des Computers steigert sich die Geschwindigkeit der Datensammlung. Für die digitale Datensammlung wird in beiden Rechtsgebieten die Möglichkeit genutzt, ein Programm für Algorithmen aufzustellen, mit denen die Daten für die weitere Nutzung gefiltert werden.

Scoring fand schon vor über 100 Jahren statt. Beim Abschluss von Arbeitsverträgen, Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen wurden früher per Fragebögen erfasste und werden heute IT-gestützt persönliche Merkmale be-

rücksichtigt. Dazu hat sich der rechtliche Rahmen insbesondere unter dem Einfluss des Unionsrechts verändert. Die Vertragsfreiheit rechtfertigt heute nicht mehr, z. B. Arbeitsverträge wegen einer Schwangerschaft nicht abzuschließen oder Beschäftigten mit dem Erreichen eines bestimmten Alters zu kündigen.

Wenn Verträge zwischen Privaten vermittelt über eine Plattform entstehen, hat sich die Situation jedoch grundlegend verändert. Das Rating, das vermittelt über das Internet im Hintergrund für Verbraucherinnen und Verbraucher stattfindet, hat im Unionsrecht seine derzeitige Antwort mit der DS-GVO erfahren.

Zum Beschäftigtendatenschutz ist die Situation anders. Art. 88 DSGVO spricht das Thema der Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext an:

„Art. 88

Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

(1) Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

(2) Diese Vorschriften umfassen geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.

(3) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.“

Der 155. Erwägungsgrund der DS-GVO erklärt das Ziel der Regelung:

„(155) Im Recht der Mitgliedstaaten oder in Kollektivvereinbarungen (einschließlich ‚Betriebsvereinbarungen‘) können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen, über die Verarbeitung dieser Daten für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Den Zusammenhang.“

Die Datenschutzgrundverordnung rahmt das mitgliedschaftliche Recht, wie der Wortlaut zeigt, dreiteilig.

Erstens: Mitgliedstaaten hatten bis zum 25. Mai 2018, also bis zum Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung, die Möglichkeit, bestehendes Recht mitzuteilen. Bei einer späteren Überprüfung der Vereinbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung könnte dies evtl. einen bestimmten Bestandsschutz bedeuten. Für Deutschland gibt es kein eigenständiges gesetzliches Beschäftigtendatenschutzgesetz. Ob die versprengten Regelungen nach Art. 88 Abs. 3 fristgerecht von Deutschland gemeldet wurden, wäre zur Einschätzung des rechtlichen Rahmens für Deutschland aufzuklären.

Zweitens: Art. 88 Abs. 1 stellt es in das Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext spezifisch regeln wollen. Nutzen Mitgliedstaaten diese Option, gibt ihnen Art. 88 Abs. 1 eine Art von Fahrplan, welche Themen vielleicht in einem nationalen Recht über die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext aufgenommen werden könnten.

Drittens: Für den Fall, dass die Option genutzt wird, gibt Art. 88 Abs. 2 DS-GVO den Mitgliedstaaten verbindlich die für ein nationales Recht unverzichtbaren Bestandteile vor. Der EuGH wäre für die Auslegung einer Vereinbarkeit des mitgliedstaatlichen Rechts mit Art. 88 Abs. 2 DS-GVO zuständig.

Für Deutschland ist die Situation, dass für „Besondere Verarbeitungssituationen“, wie die Überschrift des Abschnittes heißt, „Datenverarbeitung

für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ in § 26 Bundesdatenschutzgesetzes n. F.<sup>88</sup> zu finden ist. Deutschland nutze damit die Option des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO.<sup>89</sup> Deutschland stand es frei, sich für eine nationale Regelung zu entscheiden. In gleicher Weise war der Bundesgesetzgeber nicht gehalten, sämtliche der in Art. 88 Abs. 1 DS-GVO genannten Themen aufzugreifen.

§ 26 BDSG n. F. ist aber hinsichtlich der harten Kriterien des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO überprüfbar. Beim Scoring, wenn also dafür erstmals das Programm für Algorithmen geschrieben wird, muss das Ziel erreicht worden sein, geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde getroffen zu haben. Hierbei ist die Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und der Beschäftigten erforderlich, wie ausdrücklich in Art. 88 Abs. 2 DS-GVO nachzulesen ist.

Sind die mit Art. 19 AEUV und in der Grundrechtecharta genannten personenbezogenen Merkmale betroffen, dürfte es nur ausnahmsweise möglich sein, die Eigenschaften der Merkmalsträger unmittelbar oder mittelbar zu berücksichtigen. Hingegen dürfte es im Sinne von positiven Maßnahmen im Unionsrecht möglich sein, die besonderen Merkmale beim Abschluss und der Durchführung von Verträgen als positive Maßnahmen zu berücksichtigen.

§ 26 Bundesdatenschutzgesetz spricht zwar von schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen. Die unionsrechtliche Verankerung zu erschließen ist damit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung überlassen worden.

Und abschließend ist zu überlegen, ob und wie das Arbeitsrecht von der Überlegung profitieren könnte, die für das Verbraucherrecht<sup>90</sup> aus der Überzeugung vorgeschlagen wird, die Politik müsse sich in den weiteren Fortschritt der Technik einschalten. Der Sachverständigenrat beim Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz schlägt vor:

---

88 Über den Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz zugänglich unter [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_2018/](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/) (Zugriff: 4.10.2019).

89 Michael Kort: Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0, in: *Recht der Arbeit* 2018, S. 24 – 33.

90 2018 zur künstlichen Intelligenz: Przemysław Pałka/Agnieszka Jabłonowska/Hans-Wolfgang Micklitz/Giovanni Sartor: *Before Machines Consume the Consumers. High-Level Takeaways from the ARTSY Project*. EUI Department of Law Research Paper No. 2018/12, 2018, [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/57485/WP\\_2018\\_12.pdf](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/57485/WP_2018_12.pdf) (Zugriff: 4.10.2019).

„Algorithmen sollten

- transparent und objektiv überprüfbar sein,
- die kategorisierenden Parameter bei der Nutzung individueller Daten offenlegen,
- robust gegen Manipulation und sicher sein.

„KI“ sollte

- über Open Source transparenter werden (Open AI),
- ethisch verantwortlich sein,
- durch den gesellschaftlichen Diskurs kritisch begleitet werden,
- die Würde des Menschen bewahren und seine Autonomie unterstützen (human-center AI)“.

Der Sachverständigenrat beim Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz sei sich der Schwierigkeiten bewusst.<sup>91</sup>

## *7. Perspektiven*

Dieser Beitrag kann nicht die Frage beantworten, inwieweit die Sozialversicherungsträger und die Datenschutzbeauftragten personell und organisatorisch bereits in der Lage sind, die Informationskanäle zu nutzen, die ihnen nach dem SGB IV mit dem digitalisierten Melde- und Beitragseinzugsverfahren für den Sozialdatenschutz zu Verfügung stehen oder nach der DS-GVO. Die institutionelle Begleitung der mit der digitalen Arbeit verbundenen Herausforderungen an das Arbeits- und Sozialrecht ist aber die richtige Antwort, um bei Konfliktfällen die Rechtsdurchsetzung nicht Einzelnen überlassen zu müssen.

Perspektiven können sich aus einer weiteren Sondierungsstellungnahme des Europäischen Wirtschaft und Sozialausschuss ergeben. Auf Ersuchen des europäischen Parlaments beschloss der EWSA zum Thema „Digitale Kluft zwischen den Geschlechtern“ 2018 mehrere Empfehlungen.<sup>92</sup> 2019 – 2024 können das neue europäische Parlament und die neue Kommission proaktiv zur digitalen Kluft zwischen den Geschlechtern handeln.

---

91 Micklitz, Ungeheuerliche Neuigkeiten (s. Anm. 39), S. 46.

92 ABl. 2018 C 440 S. 37 – 44.

