

Positionspapier zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit COM(2021) 762 final

I. Vorbemerkung

Für die unterzeichnenden Verbände sind in Deutschland Vertriebspartnerinnen oder Vertriebspartner (z. B. als Handelsvertreter oder Vertragshändler) für eines oder mehrere Unternehmen tätig. Sie vermitteln Dienstleistungen und Produkte aus den unterschiedlichsten Branchen. Diese sind nach § 84 Abs. 1 HGB selbständig, wenn sie im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können.

Die Europäische Kommission hat am 09. Dezember 2021 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit veröffentlicht. Darin enthalten sind Regelungen für sog. Plattformbeschäftigte und sog. digitale Arbeitsplattformen. Bei Erfüllung zweier von fünf festgelegten Kriterien (Art. 4 Abs. 2 a) bis e)) soll eine widerlegliche Vermutung dafür bestehen, dass ein Arbeitsverhältnis zur sog. digitalen Arbeitsplattform vorliegt, wobei letztere als digitaler Service verstanden wird, der über eine mobile Anwendung auf Anfrage eines Benutzers bereitgestellt wird und im Wesentlichen die Arbeit des Leistungserbringers beim Benutzer organisiert.

II. Forderung

Die unterzeichnenden Verbände fordern:

- 1. Unter die Definition des Begriffs „digitale Arbeitsplattformen“ fallender Personenkreis ist einzuschränken.**
- 2. Von der Einführung einer gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformarbeit leistenden Personen ist abzusehen.**
- 3. Hilfsweise: Gesetzlich anerkannte Formen der Selbständigkeit (z. B. Handelsvertreter) sind ausdrücklich von der gesetzlichen Vermutung auszunehmen**

Hierzu im Einzelnen:

1. Unter die Definition des Begriffs „digitale Arbeitsplattformen“ fallender Personenkreis ist einzuschränken.

Die vorgeschlagene Definition einer „digitalen Plattform“ ist bereits außerordentlich weit gefasst und erstreckt sich auf jede natürliche oder juristische Person, die eine kommerzielle Dienstleistung erbringt, die zumindest teilweise auf elektronischem Wege aus der Ferne erbracht wird, auf Anfrage eines Dienstleistungsempfängers bereitgestellt wird, und beinhaltet als notwendigen und wesentlichen Bestandteil die Organisation der Arbeit von Einzelpersonen, unabhängig davon, wo diese Arbeit verrichtet wird. Hiervon gibt es nur begrenzte Ausnahmen. Unter diese Definition fallen somit nicht nur Unternehmen, die normalerweise als Gig-Economy-Player gelten, sondern wohl jedes Unternehmen, dessen Kerngeschäft „von Einzelpersonen geleistete Arbeit“ umfasst.

Entsprechend Erwägungsgrund 19 des Entwurfs der Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen vom 09. Dezember 2021 sollte daher klargestellt werden, dass nach Art. 2 Abs. 2 RL-E neben Anbietern von Dienstleistungen, deren Hauptzweck in der Nutzung oder dem Teilen von Vermögenswerten¹ besteht („providers of a service whose primary purpose is to exploit or share assets“), auch Anbieter von Dienstleistungen, deren Hauptzweck im Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen besteht, nicht von der Definition des Begriffs „digitale Arbeitsplattformen“ erfasst werden.

2. Keine Einführung einer gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses

Die unterzeichnenden Verbände lehnen das Konzept der gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformarbeit leistenden Personen entschieden ab. Für die Einführung der gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses ist zum einen keine Rechtsgrundlage ersichtlich. Der Richtlinienvorschlag nennt Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV i. V. m. Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV als Rechtsgrundlage. Diese Rechtsgrundlage ermöglicht es der EU, Mindestnormen für die Arbeitsbedingungen von Personen festzulegen, die über Plattformen arbeiten, sofern

¹ Die deutsche Übersetzung spricht hier unzutreffend von Anbietern von Dienstleistungen, deren Hauptzweck in der Nutzung oder „im Angebot“ von Gütern besteht, vgl. Art. 2 Abs. 2 RL-E bzw. EG 18 S. 4. Rz. 19 des Entwurfs der Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen spricht hier davon, Waren oder Vermögenswerte zu teilen oder zu verwerten („sharing or exploitation of goods or assets“).

sie in einem Arbeitsverhältnis stehen und somit als „Arbeitnehmer“ eingestuft sind. Keine Gesetzgebungskompetenz hat die EU für die Definition des Arbeitnehmerbegriffes selbst. Zwar soll nach Art. 3 Abs. 1 RL-E bei der korrekten Bestimmung des Beschäftigungsstatus von Personen, die Plattformarbeit leisten, auf die Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträge oder die Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten abgestellt werden. Daneben soll allerdings gem. Art. 4 Abs. 1 RL-E ein Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die bestimmte Aspekte der Arbeitsleistung kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese Plattform leistet, aufgrund einer gesetzlichen Vermutung als Arbeitsverhältnis angesehen werden. Bei dieser Vermutungsregelung handelt es sich um ein hybrides Instrument. Sie zeigt zum einen Merkmale einer prozessualen Maßnahme, die Plattformarbeiterinnen oder -arbeitern den Zugang zu den Rechten und Ansprüchen erleichtern sollen, die sich aus EU- und nationalem Arbeitsrecht ableiten. Zum anderen ist sie eng mit Begriffen des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses und dem Begriff des Arbeitnehmers verbunden, da einer Plattformarbeiterin oder einem Plattformarbeiter standardmäßig der Status einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers zugeordnet würde. Insofern fehlt dem EU-Gesetzgeber aber die Gesetzgebungskompetenz. Die Zuständigkeit der EU auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ist in Artikel 153 Abs. 1 AEUV abschließend geregelt. Die Gebiete der Zuständigkeit der EU werden in Artikel 153 AEUV genau benannt: Schutz der Gesundheit, Sicherheit der Arbeitnehmer, Arbeitsbedingungen, Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Demgegenüber findet sich keine Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Arbeitnehmerbegriffs. Der Grund findet sich in den unterschiedlichen Regulierungssätzen der Mitgliedstaaten. Aufgrund der unterschiedlichen Arbeitsrechtsgesetzgebung in den 27 EU-Mitgliedstaaten ist es nicht sinnvoll, den Arbeitnehmerbegriff EU-weit zu harmonisieren. Manche Mitgliedstaaten verfolgen einen sog. Flexicurityansatz mit niedrigem Kündigungsschutz und umfangreichen staatlich finanzierten Weiterbildungsangeboten. Andere Mitgliedstaaten setzen demgegenüber auf einen hohen Kündigungsschutz und dafür einem weniger engmaschigeren sozialen Netz. Würde man den Arbeitnehmerbegriff europaweit vereinheitlichen, so käme dieses sensible Gefüge in ein Ungleichgewicht. Es besteht auch keine Notwendigkeit, da die Mitgliedstaaten Missstände im Bereich der Plattformökonomie entweder durch nationale Gesetzgebung, wie in Spanien, oder noch besser durch effektiveren Gesetzesvollzug

beseitigen können. Der Bedarf einer EU-weiten Harmonisierung ist nicht hinreichend dargelegt.

Zum anderen ist eine gesetzliche Vermutung nach unserem Dafürhalten auch kein Allheilmittel, das alle Klassifizierungsprobleme in Bezug auf die Plattformarbeit löst. Die Rechtsunsicherheit bliebe auch weiterhin bestehen. Die Richtlinie sieht eine Liste von fünf Kriterien vor: Erfüllt die Plattform mindestens zwei dieser Kriterien wird ein Arbeitsverhältnis vermutet. Die Richtlinie gibt aber nicht vor, wie diese Kriterien auszulegen sind. Es bedürfte immer noch einer Einzelfallprüfung. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass die vorgeschlagene gesetzliche Vermutung ebenso viele Kontroversen darüber hervorruft, ob die Kriterien erfüllt sind, wie bestehende rechtliche Regelungen.

Gegen einen Kriterienkatalog sprechen des Weiteren die Erfahrungen mit der sozialrechtlichen Definition eines Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen des sog. Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aus dem Jahre 1998: Der darin enthaltende Vermutungskatalog wurde kurz nach Verabschiedung des Gesetzes wieder aus dem Sozialgesetzbuch gestrichen. Auch die Diskussion um das Grünbuch Arbeitsrecht im Jahr 2006 führte letzten Endes dazu, dass sich die Europäische Kommission von einer entsprechenden gesetzlichen Definition distanziert hat. Der deutsche Gesetzgeber verzichtet in §§ 7 Abs. 1 SGB IV, 611a BGB, 84 Abs. 1 HGB bewusst auf einen Kriterienkatalog. Das Bundesarbeitsgericht stellt in seinen Entscheidungen immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, welches aus der Vielzahl möglicher Elemente unverzichtbar vorliegen muss. Zu berücksichtigen ist, dass jedes Merkmal nach Vertrag, konkreter Tätigkeit, beteiligten Personen und Umständen ein stärkeres oder schwächeres Indiz in die eine oder andere Richtung sein kann. Wollte man aus diesen Einzelentscheidungen dagegen vermeintlich allgemeingültige Kriterien zur Abgrenzung über alle Branchen hinweg entnehmen, würde dies unweigerlich zu unzulässigen Pauschalisierungen führen. Ein Abstellen auf einige Kriterien führt dementsprechend in die Irre und kann den Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit nicht gerecht werden.

Dies soll im Folgenden durch einige Beispiele aus dem Bereich des Handelsvertreterrechtes verdeutlicht werden: Gesetzliche Regelungen bezüglich der Handelsvertreterprovision finden sich in den Art. 6 ff. Handelsvertreter-Richtlinie 86/653/EWG (HV-Richtlinie), §§ 87 ff. HGB. Die Höhe der Provision richtet sich

regelmäßig nach dem provisionspflichtigen Umsatz. Es handelt sich folglich um eine Erfolgsvergütung, nicht um eine Leistungsvergütung. Bei Handelsvertreter- oder sonstigen Vermittlungssystemen bestimmt der Auftraggeber in Formularverträgen regelmäßig auch die Höhe der Provision oder des Händlerrabatts. Mithin würde die in Art. 4 Abs. 2 lit. a RL-E vorgesehene Vermutung in solchen Absatzmittlungssystemen Fehleinschätzungen Vorschub leisten. Außerdem gibt es eine ausdifferenzierte Rechtsprechung der deutschen Obergerichte und des Bundesgerichtshofs zur AGB-Kontrolle von Formularverträgen (auch BAG, Urteil vom 15.12.1999, 5 AZR 770/98; BAG, Urteil vom 20.09.2000 - 5 AZR 271/99; BAG, Urteil vom 09.06.2010 - 5 AZR 332/09; BAG, Urteil vom 09.06.2010 - 5 AZR 332/09; OLG München, Beschluss vom 09.12.2019 - 7 W 1470/19), die selbständige Absatzmittler schützt.

Auch kommt bei einem Handelsvertretervertrag beispielsweise dem Verbot, allgemein für andere Unternehmen bzw. für andere Unternehmen derselben Branche tätig zu sein, kein oder nur ein sehr geringes Gewicht bei der Abwägung zu, ob eine Handelsvertreterin oder ein Handelsvertreter dem beauftragenden Unternehmen gegenüber die Rechtsstellung einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers oder einer bzw. eines selbständigen Gewerbetreibenden einnimmt (Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Anlage 2 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 21.03.2019, S. 7). In Art. 3 Abs. 2 HV-Richtlinie, § 86 Abs. 1 HGB ist ausdrücklich die Verpflichtung des Handelsvertreters, bei der Ausübung seiner Tätigkeit die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen, geregelt. Damit ist ein Wettbewerbsverbot handelsvertretertypisch (vgl. auch BAG, Urteil vom 15.12.1999, 5 AZR 770/98), sodass die in Art. 4 Abs. 2 lit. e RL-E vorgesehene Vermutung bei Einschränkung der Möglichkeit, Arbeiten für Dritte auszuführen, ebenfalls zu Fehleinschätzungen führt.

Dies gilt auch hinsichtlich der in Art. 4 Abs. 2 lit. e RL-E angesprochenen Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen. Der Handelsvertreter hat keine eigenen Kunden. Für die Aufbauleistungen sieht Art. 17 HV-Richtlinie in Absatz 2 einen Ausgleichsanspruch und in Absatz 3 einen Schadensersatzanspruch vor (vgl. 89b HGB). Betreffend die Verpflichtung, Weisungen hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes (Büro etc.) zu befolgen, Berichte über die Tätigkeit zu erstatten, Untätigkeit zu melden oder Revisionen des beauftragenden Unternehmens zu dulden, kommt es auf den Umfang der Beschränkung durch die einzelne Weisung an. Solche Beschränkungen führen aber jedenfalls nicht zwingend zur Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses.

Vielmehr hängt das Gewicht, mit dem diese Merkmale in die Gesamtabwägung eingehen, von der Ausprägung im Einzelfall ab (Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Anlage 2 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 21.03.2019, S. 5 f.). Da der Auftraggeber für die vom Absatzmittler vermittelten Verträge haftet, kann er die Qualität der Arbeitsergebnisse (= vermittelte Verträge) überprüfen. Dementsprechend hat beispielsweise der Handelsvertreter gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. b HV-Richtlinie, § 86 Abs. 2 HGB zu berichten, was in der Praxis häufig online geschieht, und den vom Unternehmer erteilten angemessenen Weisungen nachzukommen, Art. 3 Abs. 2 lit. c HV-Richtlinie, auch hier können die in Art. 4 Abs. 2 b) und c) vorgesehenen Kriterien bei Absatzmittler wiederum zu Fehleinschätzungen führen.

3. Hilfsweise: Gesetzlich anerkannte Formen der Selbständigkeit (z. B. Handelsvertreter) sind ausdrücklich von der gesetzlichen Vermutung auszunehmen

Art. 4 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs betont, dass echte Selbständige nicht von der Vermutungsregelung erfasst werden sollen. Die EU-Gesetzgebung widmet selbständigen Handelsvertretern eine eigene Richtlinie (Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter - Handelsvertreterrichtlinie).

Aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen (s. o.) sollte für den Fall, dass der unter die Definition des Begriffs „digitale Arbeitsplattformen“ fallende Personenkreis nicht eingeschränkt und die gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformarbeit leistenden Personen eingeführt wird, in der Richtlinie klargestellt werden, dass echte und gesetzlich anerkannte Selbständige (z. B. Handelsvertreter) nicht von der gesetzlichen Vermutung erfasst werden. In dieser Hinsicht ist zu erwähnen, dass die Tätigkeit des Handelsvertreeters ausdrücklich von der Vermutungsregelung des Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit Ende 1998 von Anfang an ausgenommen war.

Auch das Bundesarbeitsgericht hat schon immer, völlig zutreffend, die Maßgaben der handelsvertreterrechtlichen Vorschriften in seiner Rechtsprechung berücksichtigt (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 15.12.1999 - 5 AZR 169/99).

Eine solche Ausnahme für den Direktvertrieb hatte beispielsweise auch ein kalifornisches Gesetz zur Regulierung der Gig-Economy enthalten (Assembly Bill No.5 Chapter 296 vom 18.09.2019 - das Gesetz wurde im August 2021 von einem kalifornischen Gericht aus anderen Gründen als verfassungswidrig und damit für unwirksam erklärt, NYT vom 23. August 2021, <https://www.nytimes.com/2021/08/23/technology/california-gig-worker-law-explained.html>).

Berlin, 25. Januar 2022

Bundesverband Direktvertrieb Deutschland (BDD) e.V.
Jochen Clausnitzer, clausnitzer@direktvertrieb.de

Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) e.V.

Eckhard Döpfer, doepfer@cdh.de