

Soziales Recht



soziales-recht.eu

14. JAHRGANG
ISSN 2193-5157

SR | WISSENSCHAFTLICHE ZEITSCHRIFT
FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Ausgabe 4
August | 2024

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

WOLFGANG DÄUBLER

*Die KI-Verordnung der Europäischen Union:
Überblick und Konsequenzen im Arbeitsrecht*

Seite 110

CHRISTINA HIESSL

*Statusfragen in der Plattformarbeit: Europäische
Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkonzepte auf dem Prüfstand*

Seite 128

RÜDIGER KRAUSE

Laudatio:

Kyra Klocke, Tarifautonomie und Außenseiter

Seite 144

Soziales Recht
4/2024
ISSN 2193-5157
August 2024, 14. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.
Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/Main

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551/39 – 279 48
Fax: 0551/39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH
Geschäftsführer
Jürgen Scholl, Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Irmgard Schmalix (Leitung)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Heike Sandrock
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de
Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Gestaltung

fsvk.design

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder
bund-verlag@schaefermiedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt
die Meinung der Herausgeber, der Redaktion
oder des Verlages wieder.
Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Über »Soziales Recht«

»Soziales Recht« umfasst als klassifikatorischer Begriff in Anlehnung an *Hugo Sinzheimer* die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das soziale Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht. Formal relativiert das Konzept des Sozialen Rechts die vor allem in Deutschland traditionell betonte Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht. Inhaltlich greift es die Wechselbeziehungen des

Arbeitsverhältnisses mit den gesellschaftlichen Verhältnissen auf und steht für eine an der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen orientierten rechtlichen Regulierung, die angesichts einer sich verändernden Arbeitswirklichkeit einer ständigen Weiterentwicklung bedarf, um diese Leitgedanken jeweils zu aktualisieren. *Hugo Sinzheimer* (1875-1945) selbst war Rechtswissenschaft-

ler, Rechtspraktiker, Rechtspolitiker sowie Rechtssoziologe und gilt als Vater des deutschen kollektiven Arbeitsrechts.

- Zum Begriff »Soziales Recht«: *Seifert*, SR 2011, 62–73 sowie *Eichenhofer*, SR 2012, 76–83 und SR 2022, 170–192.
- Zur früheren »Zeitschrift für soziales Recht«: *Kocher*, SR 2013, 53–63.

Editorial

Festzustellen, dass die Arbeitswelt in Bewegung ist (und es immer schon war), ist nicht mehr als ein Allgemeinplatz. Allerdings lohnt es sich sehr wohl, die Bereiche, die sich bewegen, einem genaueren Blick zu unterziehen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellt sich dabei vor allem die Frage, ob die bestehenden Instrumente ausreichen, um mit diesen Bewegungen Schritt zu halten, oder ob sie nachgeschärft werden müssen.

Spätestens mit der Crowdworker-Entscheidung des BAG¹ ist in diesem Zusammenhang die Plattform-Beschäftigung vom Nischenthema in den Fokus des arbeitsrechtlichen Diskurses (auch) in Deutschland gerückt. Dabei handelt es sich keineswegs um ein homogenes Konstrukt der Arbeitsorganisation, sondern um ein ausgesprochen vielfältiges und volatiles Phänomen. Gemeinsames Element ist, dass eine zentrale (in aller Regel internetbasierte) Plattform einzelne Aufträge anbietet bzw. an (untechnisch gesprochen) Beschäftigte vergibt. Ob diese Beschäftigten Selbstständige oder Arbeitnehmer der Plattformen Uber, Lieferando, Helpling, Amazon Mechanical Turk & Co bzw. gegebenenfalls sogar einer dritten Person sind, ist dabei nicht immer klar und wohl von Plattform zu Plattform unterschiedlich. Klar ist jedenfalls, dass es sich um eine weltweite Entwicklung handelt.

Umso spannender ist der umfassende Blick, den *Christina Hiessl* in diesem Heft unternimmt, wenn sie die Rechtsprechung und Rechtsetzung in Europa (keineswegs beschränkt auf die EU) aber auch jenseits des Atlantiks zum Beschäftigungsstatus von Plattformbeschäftigten untersucht. Dieser Blick zeigt, wie wertvoll Rechtsvergleichung sein kann, um Anstöße für die Diskussion auf innerstaatlicher wie europäischer Ebene zu gewinnen. Insbesondere lädt der Beitrag dazu ein, den seit nunmehr sieben Jahren in § 611a BGB kodifizierten Arbeitnehmerbegriff auf einen kritischen Prüfstand zu stellen – auch wenn er sich unter anderem in der genannten Crowdworker-Entscheidung als durchaus anpassungsfähig erwiesen hat.

Die Bewegung zeigt sich allerdings nicht nur im Bereich der Arbeitsorganisation. Die wahrscheinlich noch viel revolutionärere Entwicklung vollzieht sich auf der technologischen Ebene. Seit mit ChatGPT, DeepL & Co KI-Anwendungen für die breite Öffentlichkeit zugänglich sind, ist klar, dass dieser Technologiesprung die Gesellschaft und damit auch die Arbeitswelt nachhaltig verändern wird. Wie diese Transformation genau aussehen wird, dazu gibt es zwar einige Anzeichen – in weiten Teilen kann derzeit aber nur spekuliert

werden. Der nächste Schritt, der das Potenzial hat, etwa das juristische Arbeiten in Deutschland umzukrempeln, ist die Implementierung der KI-Funktion *beck-chat* in die Datenbank von *beck online*, die seit April im Beta-Test läuft. Dieses Beispiel wirft ein grelles Licht auf die Gefahr, die mit dieser Entwicklung einhergeht: Denn die Marktmacht bestimmter Anbieter steigt – was besonders problematisch ist, wenn auf diesem Weg eine Deutungshoheit über juristische Debatten entsteht. Schon jetzt kann man feststellen, dass sowohl in der Arbeitsrechtswissenschaft als auch in der Praxis mancher Gerichte Quellen aus bestimmten Datenbanken dominieren – was sicherlich mit der einfachen Verfügbarkeit zusammenhängt. Wenn dieser Trend durch Chatbots, die nur auf diese Datenbanken zurückgreifen, noch verstärkt wird, kann das den arbeitsrechtlichen Diskurs in problematischer Weise verengen. Dies soll freilich kein Plädoyer gegen technische Innovation sein, vielmehr gilt es, diesen Prozess aufmerksam zu beobachten und Vielfalt zu erhalten.

Insofern ist es erfreulich und Ausdruck eines handlungsfähigen Europas, dass es dem europäischen Gesetzgeber nach langem politischen Tauziehen gelungen ist, mit der KI-Verordnung das (so das Europäische Parlament) »erste KI-Gesetz« der Welt zu schaffen. Selbstverständlich ist im Detail dennoch ein kritischer Blick angezeigt, den *Wolfgang Däubler* in seinem Beitrag dann auch insbesondere hinsichtlich der in der KI-Verordnung ausgeklammerten Problemfelder der Gewinnung von Trainingsdaten für die KI oder das fehlende Adressieren der Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt anlegt. Obwohl die Verordnung also nicht zentral auf die Regulierung des Arbeitslebens abzielt, werden sich zahlreiche Vorschriften dennoch auf das Arbeitsrecht auswirken. *Däubler* analysiert den Rechtsakt umfassend und gewährt einen tiefen Einblick in den Aufbau und die Funktionsweise des Instruments.

Last but not least ist es gute Tradition, dass die *Laudatio* für die Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises in *Soziales Recht* veröffentlicht wird, die im Jahr 2023 von *Rüdiger Krause* gehalten worden ist. Geehrt wird *Kyra Klocke* für ihre Dissertation mit dem Titel »Tarifautonomie und Außenseiter«. Auch hier lässt sich ein Brückenschlag zur Digitalisierung vornehmen, denn gerade in den neuartigen Branchen ist das Außenseitertum besonders verbreitet. Es lohnt sich umso mehr, über innovative Konzepte der Begründung von Tarifbindung auch – und gerade – in diesen Branchen nachzudenken.

Manfred Walser
Mitherausgeber

¹ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit (mit Anm. *Deinert*).

Die KI-Verordnung der Europäischen Union: Überblick und Konsequenzen im Arbeitsrecht

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER, UNIVERSITÄT BREMEN

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag schildert die sehr komplexen Regelungen, die die KI-Verordnung der EU bringt. Auslassungen wie die Gewinnung von »Trainingsmaterial« und die Auswirkungen auf dem Arbeitsmarkt werden gleichfalls thematisiert. Das Arbeitsrecht steht nicht im Mittelpunkt der Regelungen, wird aber doch in vielen Punkten mit neuen Akzenten versehen.

ABSTRACT The article describes the very complex regulations that the EU AI Regulation brings. Omissions such as the acquisition of »training material« and the effects on the labour market are also addressed. Employment law is not the focus of the regulations, but there shall be some new rules and others shall be modified.

I. Einleitung

1. Die aktuelle Entwicklung

Die Künstliche Intelligenz (KI) erobert immer neue Einsatzfelder. Ob es um medizinische Diagnostik, um autonomes Fahren oder um Steuerung der Prozessabläufe in der Produktion geht – überall lässt sich mit Hilfe von KI eine Beschleunigung, oft auch eine Verbesserung erreichen. Häufig wird in diesem Zusammenhang die Logistik-Branche und die digitale Routenplanung genannt.¹ Auch die Arbeit von Personalabteilungen in Unternehmen und Behörden wird durch KI unterstützt: Bewerberunterlagen werden sortiert und solche ausgeschieden, die schon bestimmte formale Voraussetzungen nicht erfüllen. Aber die Möglichkeiten gehen sehr viel weiter: Auch die Eignung für eine bestimmte Position lässt sich über KI bestimmen, und diese ist auch einsetzbar, wenn es um Auswahlprozesse bei Kündigungen oder anderen Formen des Personalabbaus geht. Arbeitsminister Hubertus Heil gab die Prognose ab, spätestens im Jahre 2035 würde es keinen Arbeitsplatz mehr geben, der nicht von KI-Anwendungen geprägt sei.²

Hinter allen diesen Erscheinungsformen steht eine einheitliche Wirkung. Die Maschine des Maschinenzeitalters hatte einstens dem arbeitenden Menschen einen Teil der schweren körperlichen Arbeit abgenommen. Der heutige Computer hat darüber hinaus ein erhebliches Stück geistiger Arbeit, insbesondere Routinetätigkeiten übernommen, wofür das Rechnen mit vielen Zahlen oder die Korrektur der Rechtschreibung als Beispiel stehen mag. Die KI ist nun im Begriff, einen sehr viel größeren Teil der geistigen Arbeit vom Menschen auf die Ma-

schine zu übertragen. Am deutlichsten wurde dies am Beispiel von ChatGPT³, dessen Veröffentlichung im November 2022 einen »Hype« auslöste: Millionen von Menschen nutzten dieses von der Firma OpenAI ins Internet gestellte System, um auf der Grundlage relativ knapper Vorgaben Texte schreiben zu lassen, die ihrer Formulierung nach auch von Menschen hätten verfasst sein können. Dies brachte nicht nur den nicht schlecht bezahlten Beruf des »Redenschreibers« in Gefahr; auch muss man damit rechnen, dass Prüfungsaufgaben in Examina aller Art in Zukunft unter illegalem Einsatz von ChatGPT gelöst werden. »DeepL« bringt sehr gute Übersetzungen zwischen vielen Sprachen zuwege,⁴ was den Beruf des Übersetzers in Frage stellt.

Erscheinungen dieser Art haben die Diskussion um KI nicht nur in Deutschland befeuert. Wird KI in naher Zukunft die menschliche Intelligenz überflügeln? Bleibt auch von der geistigen Arbeit nur noch ein kleiner Teil für den Menschen übrig? Erfahrungen mit dem (ostasiatischen) Go-Spiel, wo schon Anfang 2016 der Go-Weltmeister Lee Sedol vom Rechner AlphaGo mit 4:1 bezwungen wurde, und ähnliche Erfolge des Schach-Computers AlphaZero⁵ könnten in diese Richtung weisen. Dabei geht es nicht nur um die Substituierung eines großen Stücks menschlicher Arbeit durch KI (und die sich daraus ergebenden Folgen auf dem Arbeitsmarkt). Vielmehr steht auch die menschliche Herrschaft über das Geschehen insgesamt zur Disposition, ist der Weg zu einer »Verselbständigung« der KI dem Anschein nach doch relativ kurz geworden.

³ Die Abkürzung GPT steht für Generative Pre-trained Transformer.

⁴ <https://www.deepl.com/de/translator> (8.5.2024).

⁵ Witt, Künstliche Intelligenz beendet menschliche Dominanz, Welt Online, 13.12.2017, <https://www.welt.de/sport/article171541557/Kuenstliche-Intelligenz-beendet-menschliche-Dominanz.html> (8.5.2024).

¹ U. Meyer, NJW 2023, 1841 f.; Holthausen, RdA 2023, 361 ff.

² Mitgeteilt bei Günther/Gerigk/Berger, NJW 2024, 234.

Dies sind freilich spekulative Überlegungen, die in erster Linie die menschliche Phantasie anregen. Daneben gibt es noch andere, sehr viel konkretere und in absehbarer Zeit fühlbare Risiken und Nachteile. Entscheidungsprozesse sind für die Betroffenen nicht mehr transparent und können oft auch von Experten nicht mehr entschlüsselt werden. Weist das Trainingsmaterial, das der KI zugrunde liegt, Mängel auf, nimmt es beispielsweise nur bestimmte positive Eigenschaften von Menschen auf, so kann dies zu einer sachlich völlig unbegründeten Schlechterstellung einzelner Personen führen, die über diese spezifischen Eigenschaften nicht oder nur in geringerem Maße verfügen. Dies kann sich zB. in einem Bewerbungsverfahren oder bei der Vergabe von Krediten zeigen. Bestehende Ungleichheiten können so vertieft werden. Dazu kommt die Gefahr von Missbräuchen: Während eines Wahlkampfs werden in sozialen Medien zB. einem künstlich produzierten »Menschen«, der aussieht wie einer der Parteiführer, Worte in den Mund gelegt, die ihn als völlig widersprüchliche Person oder als Verleumder erscheinen lassen. Diese sog. Deep Fakes sind bereits Realität. In Deutschland sind sie Gegenstand einer lesenswerten Zusammenstellung durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, die eingehend auch Gegenmaßnahmen darlegt.⁶

2. Reaktionen der Normgeber

a) Wo besteht eine Regelungsnotwendigkeit?

Neue Techniken benötigen nicht notwendig auch ein neues Recht. Viele Vorschriften zB. des Zivilrechts sind so abstrakter Natur, dass sie sich ohne Friktionen auch auf neue Phänomene anwenden lassen. Das BGB unterscheidet grundsätzlich nicht danach, ob ein Stück Vieh, ein Haus oder eine Software verkauft wird, doch gibt es seit einigen Jahren eine Sonderregelung für Verträge über digitale Produkte, die mit Verbrauchern geschlossen werden.⁷ Im Übrigen hat der Eintritt ins Internet-Zeitalter das Vertragsrecht nur insoweit marginal geändert, als bestimmte ausdrückliche Informationspflichten geschaffen wurden; im Kern blieb alles unverändert.

Eine solche Flexibilität besteht nicht in allen Teilen der Rechtsordnung. Friktionen sind in zweierlei Richtungen erkennbar.

Zum einen kann die Anwendung des vor der technischen Neuerung geltenden Rechts der weiteren Entwicklung vermeidbare Schranken ziehen. Bei der KI wird dies besonders deutlich: Das Trainingsmaterial, das sie benötigt, kann personenbezogene Daten enthalten, was auf eine Blockade durch Datenschutzrecht hinauslaufen kann. Viele Texte und Bilder genießen überdies urheberrechtlichen Schutz, was einen Zugriff im Grundsatz ausschließt. Schließlich kann auch bei Sachdaten wie dem Stromverbrauch eines Fahrzeugs ein vergleichbares Problem auftreten, ist es doch nicht selbstver-

ständig, Eigenschaften von Gegenständen zu ermitteln und auszuwerten, die einem anderen gehören.

Zum zweiten kann die neue Technik Risiken mit sich bringen, die bisher nicht bestanden haben. Vorübergehend kümmernte sich die deutsche Öffentlichkeit vorwiegend darum, wer haften würde, wenn autonom fahrende Autos einen Unfall verursachen.⁸ Mittlerweile ist diese Frage eher in den Hintergrund getreten und von anderen erkennbaren Risiken abgelöst worden. Wird der Einzelne nicht zum hilflosen Überwachungsobjekt, wenn ein KI-System beliebig viele Informationen über ihn sammelt und zB. mit Hilfe der Gesichtserkennung feststellt, wann er sich nicht korrekt an die Verkehrsregeln gehalten hat? Dies lässt sich unschwer auch auf den Arbeitsprozess übertragen. Dort kommt das Problem KI-generierter Personalentscheidungen hinzu: Was soll die abgewiesene Bewerberin tun, wenn das »Trainingsmaterial« der KI vorwiegend solche Eigenschaften wie zB. die Körpergröße berücksichtigt hat, welche die Chancen von Frauen deutlich verschlechtern? Weiter kann das sehr viel weniger wahrgenommene Problem auftauchen, dass die Rahmenbedingungen Großunternehmen wie Google und Microsoft bevorzugen und den Kleinunternehmen, insbesondere den Start-ups, keine ernsthafte Chance lassen. Steht dies nicht der Förderung von Innovationen entgegen?

b) Die tastende Herangehensweise: Programme und Empfehlungen

Die Entstehung von KI hat nicht zu einer spontanen Reaktion des Gesetzgebers geführt. Vielmehr wurden seitens der EU-Kommission und der nationalen Regierungen zunächst »Programme« veröffentlicht, denen keine rechtliche Verbindlichkeit zukam. Zu erwähnen ist dabei etwa die »Mitteilung« der Europäischen Kommission vom 25. April 2018 über »Künstliche Intelligenz für Europa«⁹ sowie die (deutsche) »Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung« vom November 2018, die im Jahre 2020 fortgeschrieben und 2023 durch einen »Aktionsplan Künstliche Intelligenz« konkretisiert wurde.¹⁰ Dabei steht im Wesentlichen die Förderung der KI im Vordergrund, weil zB. Deutschland eine »Spitzenposition« erreichen will.¹¹

Auch in den USA bevorzugt man bis heute diese Herangehensweise. Im Oktober 2022 veröffentlichte das Weiße Haus ein Dokument »Blueprint for an AI Bill of Rights«¹², das auch in Deutschland Beachtung fand.¹³ Die »Blaupause« bekennt sich zu fünf Prinzipien:

- Sichere und effektive Systeme
- Schutz vor Diskriminierung durch Algorithmen
- Datenschutz
- Transparenz der Systeme
- Option für Entscheidung durch Menschen statt durch KI

8 Spindler, JZ 2022, 793 ff.

9 COM(2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237> (8.5.2024).

10 Die Dokumente finden sich unter www.ki-strategie-deutschland.de (8.5.2024).

11 So die Strategie vom November 2018, S. 8.

12 <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf> (8.5.2024).

13 Blanke-Roeser, JZ 2023, 509 ff.

6 https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Kuenstliche-Intelligenz/Deepfakes/deepfakes_node.html (8.5.2024).

7 §§ 327 bis 327u BGB.

Dies war als Entwurf für eine Gesetzgebung gedacht, doch bestehen für sie keine Realisierungschancen. Dasselbe gilt für die Executive Order von Präsident Biden vom 30. Oktober 2023,¹⁴ die erneut die Risiken beschreibt, zugleich aber recht hohe Ansprüche für eine bessere KI aufstellt. So wird über die »AI Bill of Rights« hinaus betont, eine verantwortungsvolle Entwicklung und Nutzung von KI würde die Verpflichtung mit sich bringen, die Stellung von amerikanischen Arbeitern zu verbessern. Da KI neue Arbeitsplätze und Industriezweige schaffe, müssten alle Arbeitenden mit am Tisch sitzen, was Kollektivverhandlungen einschlieÙe – ein für US-Verhältnisse bemerkenswerter Wunsch, der wohl primär im Hinblick auf die Präsidentschaftswahlen im November 2024 zu verstehen ist. Verbindliche Regelungen über KI sind bisher nur in einigen Bundesstaaten zustande gekommen.¹⁵

Auch zahlreiche internationale Organisationen haben sich mit dem Phänomen KI befasst und »Empfehlungen« für den verantwortungsvollen Umgang mit dieser Technik ausgearbeitet.¹⁶ Ihre praktische Bedeutung bleibt hinter entsprechenden Dokumenten in den großen Wirtschaftsräumen zurück; sie entfalten erst recht keine bindende Wirkung.

Die zahlreichen unverbindlichen Erklärungen haben den Vorteil, Probleme aufzuzeigen, die von einigen Entscheidungsträgern möglicherweise zuvor nicht zur Kenntnis genommen wurden. Auch können unterschiedliche Interessen in die Deklaration eingehen, die zudem offener angesprochen werden können, weil es sich ja nur um »Wünsche«, nicht um Recht handelt, das für alle verbindlich wäre. Ein Nachteil liegt darin, dass die befürworteten Lösungen nicht widerspruchsfrei sein müssen. So kann man den Großunternehmen genauso wie den Start-ups Unterstützung versprechen, auch wenn in der Realität die Mittel für beides nicht ausreichen würden. Auch kann man sich zu einer bedingungslosen Förderung der KI bekennen, gleichzeitig aber eine intensive Qualitätskontrolle des Trainingsmaterials verlangen, was die Entwicklung der KI erschweren und verlangsamten würde.¹⁷

c) Die Vorbereitung der EU-Verordnung über Künstliche Intelligenz

Am 21. April 2021 trat die EU-Kommission mit einem viel beachteten Vorschlag an die Öffentlichkeit. Sie präsentierte

den Entwurf einer »Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union.«¹⁸ Weshalb erstmals eine verbindliche Regelung angestoßen wurde, blieb ohne nähere Begründung. Im Einleitungstext ist lediglich die Rede von den Vorteilen wie den Risiken der KI, die in ein »ausgewogenes« Verhältnis zu bringen seien. Es liege im Interesse der Union, »die technische Führungsrolle der EU auszubauen und dafür zu sorgen, dass die Europäerinnen und Europäer von den im Einklang mit den Werten, Grundrechten und Prinzipien der Union entwickelten und funktionierenden neuen Technologien profitieren können.«

Der Entwurf durchlief in den folgenden knapp drei Jahren das Gesetzgebungsverfahren. Die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments¹⁹ und des Ministerrats²⁰ wichen erheblich vom Vorschlag der Kommission ab. Wie in solchen Fällen üblich, schloss sich der sog. Trilog an, der im zweiten Halbjahr 2023 stattfand: Bauftragte von Kommission, Parlament und Rat bemühen sich in nichtöffentlichen Verhandlungen um einen Kompromiss. Dieser kam im Dezember 2023 zustande, doch blieb sein Wortlaut aus unbekanntenen Gründen zunächst noch unter Verschluss. Im Januar 2024 wurde eine englische Fassung inoffiziell an die Öffentlichkeit gebracht (»geleakt«).²¹ Inzwischen liegen offizielle Versionen vor.²²

Der im Trilog erreichte Kompromiss wurde anschließend formell vom Parlament und vom Ministerrat gebilligt, wo sich erwartungsgemäß keine Schwierigkeiten mehr ergaben. Ein so gestaltetes Gesetzgebungsverfahren erschwert allerdings die Interpretation der erlassenen Normen, da die Argumente, die im Rahmen des Trilogs zu einer neuen Formulierung geführt haben, der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind. Der Rückgriff auf die »Entstehungsgeschichte« ist insoweit verbaut. Dazu kommt, dass EU-Normen in 22 verschiedenen sprachlichen Versionen existieren, die alle gleichwertig sind. Weichen sie voneinander ab, lässt auch der Wortlaut keine sicheren Schlüsse mehr zu. Was bleibt, ist ein Rückgriff auf die systematische Einordnung einer Norm und das Abstellen auf den Zweck der erlassenen Regelungen, was dem Interpretieren, insbesondere dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), außerordentlich viel Spielraum lässt.

14 <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/> (8.5.2024).

15 Hutson, Wie Staaten weltweit KI in Schach halten wollen, Spektrum der Wissenschaft, 24.8.2023, <https://www.spektrum.de/news/wie-nationen-vorhaben-kuenstliche-intelligenz-in-schach-zu-halten/2171376> (8.5.2024).

16 Überblick bei Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, Frankfurt aM. 2023, S. 40 bis 59, https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008472 (8.5.2024).

17 S. als Beispiel etwa UNESCO, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, Adopted on 23 November 2021, p. 5: »Noting that addressing risks and ethical concerns should not hamper innovation and development but rather provide new opportunities and stimulate ethically-conducted research and innovation that anchor AI technologies in human rights and fundamental freedoms, values and principles, and moral and ethical reflection.«, <https://www.unesco.org/en/articles/recommendation-ethics-artificial-intelligence> (8.5.2024).

18 COM(2021) 206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> – veröffentlicht in allen Sprachen der Union.

19 2021/0106 (COD), im Netz abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_DE.html (8.5.2024).

20 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (8.5.2024).

21 https://www.patrick-breyer.de/wp-content/uploads/2024/01/AIAct_final_four-column21012024.pdf (8.5.2024).

22 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Das ist der Entwurf der Kommission, nicht die konsentrierte Fassung. Diese findet sich in: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_DE.pdf (8.5.2024).

II. Der Inhalt der KI-Verordnung

1. Der Anwendungsbereich

Nach Art. 288 Abs. 2 AEUV sind Verordnungen in allen ihren Teilen verbindlich und gelten in den Mitgliedstaaten für und gegen jeden Bürger. Sie werden deshalb bisweilen auch als »Unionsgesetze« bezeichnet, obwohl dies nicht der unionsrechtlichen Terminologie entspricht. Art. 2 KI-VO bestimmt den Anwendungsbereich in verschiedenen Dimensionen.

a) Die Adressaten

Zum einen geht es um bestimmte Personengruppen, denen unterschiedliche Pflichten auferlegt werden. Die VO wendet sich an Anbieter von KI-Systemen (lit. a), an Betreiber (oder »Nutzer«) von KI-Systemen (lit. b), an Einführer und Händler von KI-Systemen (lit. d), an Hersteller, die KI-Systeme zusammen mit einem anderen Produkt in Verkehr bringen oder in Betrieb nehmen (lit. e), an Bevollmächtigte von Anbietern, die nicht in der EU niedergelassen sind (lit. f) und schließlich an betroffene Personen, die sich in der EU befinden (lit. g).

Ersichtlich nicht erfasst sind alle Tätigkeiten, die die Marktfähigkeit von KI-Systemen erst herbeiführen sollen. Dies verdeutlicht Art. 2 Abs. 8 KI-VO, wonach die Verordnung nicht für Forschungs-, Test- und Entwicklungstätigkeiten zu KI-Systemen oder KI-Modellen gilt, bevor diese in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden. Eine Ausnahme gilt nur für Tests unter realen Bedingungen. Damit sollen Neuentwicklungen nicht durch die Anforderungen der VO unmittelbar beeinflusst und damit behindert werden, obwohl die von einem Anbieter zu erfüllenden Anforderungen natürlich auf den Herstellungsprozess zurückwirken. Formal ist aber lediglich das sonstige Unionsrecht zu beachten.

b) Räumlicher Anwendungsbereich

Anbieter, die KI-Systeme in der EU in Verkehr bringen wollen, sind »geborene« Adressaten, wenn sie ihren Sitz in der EU haben. Befinden sich diese in einem Drittstaat, wollen sie aber ihre KI-Systeme in der EU absetzen, sind sie gleichfalls erfasst, müssen aber nach näherer Maßgabe des Art. 22 KI-VO einen in der Union niedergelassenen Beauftragten bestellen. Die VO ist für solche Anbieter und Betreiber sogar dann anwendbar, wenn sie das vom System hervorgebrachte »Ergebnis« in der Union verwerten wollen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass alle in der EU in Erscheinung tretenden Marktteilnehmer dieselben Bedingungen beachten müssen. Dies entspricht der Regelung in Art. 3 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).²³

c) Sachlicher Geltungsbereich

Sachlich gilt die Verordnung für »KI-Systeme«. Diese werden in Art. 3 Nr. 1 KI-VO ebenso wie 67 andere im Verordnungstext gebrauchte Begriffe in einer Weise definiert, die sich nur schwer erschließt. Etwas klarer als dort gesagt, muss es sich um ein »maschinengestütztes System« handeln, das für einen

in wechselndem Maße autonomen Betrieb ausgelegt ist. »Autonomie« bedeutet in diesem Zusammenhang, dass anders als bei einem Taschenrechner die Ergebnisse nicht oder nicht voll voraussehbar sind.²⁴ Man spricht insoweit von einem nicht-deterministischen System.²⁵ Dieses muss aus den erhaltenen Eingaben »Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen« ableiten, die die physische oder virtuelle Umgebung beeinflussen können. Die Abgrenzung wird im Einzelnen Sache der Rechtsprechung des EuGH sein.

d) Ausgeklammerte Bereiche

Nach Art. 2 Abs. 6 KI-VO findet die Verordnung keine Anwendung auf KI-Systeme und KI-Modelle, die für den alleinigen Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Entwicklung erarbeitet und in Betrieb genommen werden. Hier wird der gesamte Wissenschaftsbereich ausgenommen, und damit auch der Fall, dass gar keine »Marktreife« erstrebt wird. Die wissenschaftliche Forschung soll auch insoweit unbeeinflusst bleiben.

Wer sich ohne wissenschaftlichen Anspruch mit KI befasst, aber auch keine Vermarktung beabsichtigt, handelt ausschließlich zu persönlichen und nicht-beruflichen Zwecken und wird deshalb nach Art. 2 Abs. 10 von der VO ausgenommen.

Ausgeklammert sind weiter KI-Systeme, die ausschließlich für militärische Zwecke verwendet werden oder die der nationalen Sicherheit dienen (Art. 2 Abs. 3 KI-VO). Dass die nationale Sicherheit in die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt, ergibt sich bereits aus Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV.

e) Verhältnis zu anderen Vorschriften

Art. 2 Abs. 7 KI-VO lässt datenschutzrechtliche Vorschriften unberührt. Dies bedeutet, dass die KI-VO – von zwei ausdrücklich genannten Ausnahmen abgesehen – keine eigene Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung enthält. Werden personenbezogene Daten als Trainingsmaterial herangezogen, muss hierfür eine Rechtsgrundlage nach der DSGVO oder einer anderen datenschutzrechtlichen Vorschrift vorhanden sein. Keine Einschränkung erfahren nach Art. 2 Abs. 9 KI-VO außerdem unionsrechtliche Vorschriften zu Verbraucherschutz und zur Produktsicherheit. Dies ist insbesondere für Haftungsfragen von Bedeutung.²⁶

Soweit es um den Einsatz von KI gegenüber Arbeitnehmern geht, kommt Art. 2 Abs. 11 KI-VO ins Spiel. Er lässt ausdrücklich Vorschriften der Union wie der Mitgliedstaaten zu, die für Arbeitnehmer günstiger sind, und zählt dazu auch Kollektivverträge. Ohne Bedeutung ist, ob diese Bestimmungen bereits bei Inkrafttreten der KI-VO bestehen oder ob sie erst in Zukunft geschaffen werden. Diese Öffnungsklausel geht weit über die des Art. 88 DSGVO hinaus.

²⁴ S. auch Erwägungsgrund (EG) 12: Nicht erfasst sollen Systeme sein, »die auf ausschließlich von natürlichen Personen definierten Regeln für das automatische Ausführen von Operationen beruhen.«

²⁵ S. *Zweig*, Die KI war's! Von absurd bis tödlich: Die Tücken der künstlichen Intelligenz, 3. Aufl., München 2023, S. 29 ff.

²⁶ Dazu *Wagner*, JZ 2023, 123 ff.

²³ Näher dazu *Däubler*, RfW 2018, 405 ff.

2. Die Einteilung in Risikokategorien

a) Der Grundsatz

Die KI-VO unterscheidet im Grundsatz drei Formen von KI-Systemen.

Art. 5 KI-VO zählt KI-Systeme mit »unannehmbarem« Risiko auf; ihr Einsatz ist verboten.

Art. 6 und 7 KI-VO betreffen sog. Hochrisiko-Systeme, die dort und in Anhang III der VO konkret benannt sind. Sie müssen bestimmten Anforderungen genügen, die in Art. 8 bis 15 KI-VO näher umschrieben sind. In Art. 16 bis 22 KI-VO sind Pflichten der Anbieter von solchen KI-Systemen, in Art. 23 Pflichten der Importeure und in Art. 24 Pflichten der Händler niedergelegt. Die Anbieterpflichten erstreckt Art. 25 KI-VO unter bestimmten Voraussetzungen auf alle Unternehmen in der Wertschöpfungskette. Art. 26 KI-VO enthält die Pflichten des Betreibers, die sehr viel weniger weit gehen. Vor der Inbetriebnahme eines Hochrisikosystems muss nach Maßgabe von Art. 27 KI-VO eine Grundrechte-Folgenabschätzung stattfinden. Die Art. 28 bis 39 KI-VO betreffen Bildung und Aufgaben der sog. notifizierenden Behörden, Art. 40 bis 49 KI-VO die Konformitätsprüfung.

Für KI-Systeme mit geringem oder minimalem Risiko gelten nur wenige Pflichten. Am wichtigsten ist die Transparenzpflicht des Art. 50 KI-VO.

b) Welche KI-Systeme sind mit einem unannehmbaren Risiko verbunden?

Art. 5 KI-VO nennt eine Reihe von »verbotenen Praktiken im KI-Bereich«, womit KI-Systeme gemeint sind, die nicht zu billigen Auswirkungen haben. Ihre praktische Bedeutung ist unterschiedlich, im Moment aber noch nicht klar absehbar.

(1) Unterschwellige Beeinflussung

Verboten ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. a KI-VO die Verwendung eines KI-Systems²⁷, das »Techniken der unterschwelligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person« oder »absichtlich manipulative oder täuschende Techniken« zum Inhalt hat. Diese Techniken müssen das Ziel haben, die Fähigkeiten der fraglichen Person, eine fundierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen. Das muss insoweit erfolgreich sein, als die Person eine Entscheidung trifft, die sie andernfalls nicht getroffen hätte; diese muss ihr »erheblichen Schaden« zufügen oder zufügen können. Im Verhältnis zur traditionellen arglistigen Täuschung nach § 123 BGB besteht lediglich der Unterschied, dass auch unterschwellige Beeinflussungen einbezogen sind, die bisher zB. in der deutschen Rechtsprechung keine Rolle gespielt haben,²⁸ und dass ein erheblicher Schaden eingetreten sein muss, was bei § 123 BGB nicht vorausgesetzt ist. Anders als dort kann es bei Verstößen allerdings hoheitliche Sanktionen nach Art. 99 Abs. 3 KI-VO geben, die bis zu

35 Mio. Euro oder 7 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes gehen können.²⁹ Praktische Bedeutung kann die Vorschrift am ehesten im Bereich der Werbung gewinnen.

(2) Ausnutzung der Schwäche einer Person

Dem manipulativen Vorgehen verwandt ist der in Art. 5 Abs. 1 lit. b KI-VO genannte Fall, dass ein KI-System die Schwäche oder die Schutzbedürftigkeit einer Person aufgrund ihres Alters, einer Behinderung oder einer bestimmten sozialen oder wirtschaftlichen Situation ausnutzt und sie zu einem Verhalten veranlasst, das ihr einen erheblichen Schaden zufügt. Dies sind Fälle, die im deutschen Recht in der Regel mit Hilfe des § 138 BGB bewältigt werden, wobei dort kein »erheblicher Schaden« vorausgesetzt wird.

(3) Bewertung von Menschen aufgrund ihres sozialen Verhaltens oder persönlicher Eigenschaften

KI-Systeme dürfen nicht dazu verwendet werden, um natürliche Personen oder Gruppen von ihnen über einen bestimmten Zeitraum hinweg auf der Grundlage ihres sozialen Verhaltens zu bewerten (»Social Scoring«). Gleichgestellt ist der Fall, dass dies auf der Basis persönlicher Eigenschaften oder von Persönlichkeitsmerkmalen geschieht, die bekannt, abgeleitet oder prognostiziert sind, die zB. aus einem Profiling entstanden sein können. Die Bewertung als solche ist aber nicht illegal. Sie ist es nur dann, wenn auf ihrer Grundlage eine Schlechterstellung in einem Bereich erfolgt, der mit den Umständen nichts zu tun hat, unter denen die Daten erhoben wurden – ein im Privatleben begangenes und bekannt gewordenes Verkehrsdelikt würde beispielsweise zur Versagung des Weihnachtsgelds im Arbeitsverhältnis führen. Weiter ist die Beurteilung auch dann illegal, wenn eine Schlechterstellung eintritt, die im Hinblick auf das soziale Verhalten und dessen Tragweite »ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig« ist. Führt die Aufzeichnung des Verhaltens zu einer Besserstellung – die betreffende Person erhält wegen ihrer besonders ausgeprägten Hilfsbereitschaft eine öffentliche Auszeichnung – so liegt kein illegales Verhalten vor.

(4) Ermittlung der Wahrscheinlichkeit, dass jemand Straftaten begeht

Verboten ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO die Verwendung eines KI-Systems, um ausschließlich auf der Grundlage eines Profilings oder der Bewertung der persönlichen Merkmale und Eigenschaften einer Person die Wahrscheinlichkeit vorauszusagen, dass diese Person eine Straftat begeht. Eine Ausnahme gilt dann, wenn es um die Ergänzung von Ermittlungen geht, sofern bereits objektive und überprüfbare Tatsachen vorliegen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer kriminellen Aktivität stehen.

(5) Erstellung von Datenbanken zur Gesichtserkennung

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO ist die Verwendung von KI-Systemen verboten, wenn diese durch das ungezielte Auslesen von

²⁷ Gleichgestellt sind das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme. Diese Ausdehnung gilt auch für die im Folgenden dargestellten Fälle.

²⁸ S. die Nachweise in *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 83. Aufl., München 2024, § 123 Rn. 3 bis 9.

²⁹ Näher unten 7.a).

Gesichtsbildern aus dem Internet oder von Überwachungsaufnahmen eine Datenbank zur Gesichtserkennung erstellen oder erweitern sollen. Damit sind insbesondere auch private Aktivitäten dieser Art beschränkt.

(6) Ermittlung von Emotionen

Unzulässig ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. f KI-VO die Verwendung von KI-Systemen, um am Arbeitsplatz oder in Bildungseinrichtungen die Emotionen einer Person zu erfassen. Die aus medizinischen Gründen vorgesehene Ausnahme ist unproblematisch, nicht aber die aus »Sicherheitsgründen« bestehende: Dies kann dazu führen, dass Polizisten oder Sicherheitsbeauftragte sehr wohl auch auf ihre Emotionen hin überprüft werden dürfen, wenn nicht das nach Art. 2 Abs. 11 KI-VO vorgehende nationale Recht ein derartiges Eindringen in die Persönlichkeitssphäre verbietet.

(7) Biometrische Kategorisierung

Nicht spontan erschließt sich das Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. g KI-VO. Danach dürfen Menschen nicht auf der Grundlage ihrer biometrischen Daten kategorisiert werden, um ihre Rasse, ihre politischen Einstellungen, ihre Gewerkschaftszugehörigkeit, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihr Sexualeben oder ihre sexuelle Ausrichtung zu erschließen. Dies mag bei »Rassen« noch einigermaßen nachvollziehbar sein, ist es aber bei den anderen Merkmalen nicht. Wie sollen Körpergröße und Augenfarbe Rückschlüsse auf die politische Einstellung zulassen? Gemeint dürfte eine Situation sein, dass die biometrischen Informationen zusammen mit sog. Zusatzinformationen einen Rückschluss auf die genannten Merkmale zulassen: Der X nimmt an einer Versammlung einer Gewerkschaft oder einer religiösen Vereinigung teil, über die Videoaufnahmen existieren. Welche konkreten Personen daran beteiligt waren, ob auch X dazu zählte, ermittelt dann das KI-System mit Hilfe einer Gesichtserkennung. Damit wäre der Verbotbestand erfüllt.

(8) Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme

Eine sehr eingehende Regelung haben die durch KI gestützten biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen erfahren, soweit das KI-System zu Zwecken der Strafverfolgung eingesetzt wird. Sie sind nach Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO grundsätzlich illegal, doch gibt es hiervon gewichtige Ausnahmen, die ihrerseits in Art. 5 Abs. 2 und 3 KI-VO wieder eingeschränkt werden. Auch sind nach Art. 5 Abs. 4 bis 6 die Marktüberwachungsbehörden und die nationalen Datenschutzbehörden einzuschalten.

c) Hochrisiko-Systeme

(1) Die Qualifizierung im Normalfall

Die Einstufung als Hochrisiko-System erfolgt in Art. 6 Abs. 1 KI-VO durch Verweisung auf Richtlinien und Verordnungen,

die der Produktsicherheit dienen und zB. Maschinen, Spielzeuge, Sportboote, Aufzüge und Seilbahnen umfassen. Wird bei ihnen ein KI-System als Sicherheitskomponente eingebaut oder benutzt, so liegt automatisch ein Hochrisiko-System vor.

Dazu kommen die in Anhang III zur KI-VO aufgeführten Systeme, auf die Art. 6 Abs. 2 KI-VO verweist. Erfasst sind dabei die biometrischen Systeme, die nicht unter das Verbot des Art. 5 KI-VO fallen.³⁰ Was weitere Systeme angeht, so wird nach Lebensbereichen differenziert.

Kritische Infrastruktur: Das KI-System wird als Sicherheitskomponente im Rahmen der Verwaltung und des Betriebs des Straßenverkehrs, der Wasser-, Gas-, Wärme- und Stromversorgung sowie – ganz allgemein – der kritischen digitalen Infrastruktur verwendet. Dieser Bereich ist sehr viel weiter als der von der KritisVO³¹ erfasste.

Bildungssektor: Das KI-System lässt eine Person zu einem Bildungsgang zu oder weist sie einer bestimmten Einrichtung zu; das KI-System bewertet die Lernergebnisse; Bewertung des Bildungsniveaus, das eine Einrichtung vermitteln soll; KI-Systeme, die verbotenes Verhalten bei Prüfungen vermitteln sollen.

Beschäftigungssektor: Das KI-System findet im Bewerbungsverfahren Verwendung, es soll insbesondere gezielte Stellenanzeigen schalten, Bewerbungen filtern und Bewerber bewerten. Ein KI-System soll die Entscheidungen beeinflussen, die die Arbeitsbedingungen, Beförderungen und Kündigungen von Arbeitnehmern zum Gegenstand haben, es soll Aufgaben aufgrund des individuellen Verhaltens oder persönlicher Merkmale und Eigenschaften zuweisen, und es soll schließlich die Leistung und das Verhalten von Arbeitnehmern beobachten und bewerten. Im Arbeitsleben können sich hier beträchtliche Veränderungen ergeben, weshalb uns diese Regelungen noch eingehend beschäftigen wird.³²

Inanspruchnahme grundlegender Leistungen: Eine Behörde benutzt ein KI-System, um beurteilen zu können, ob eine Person Anspruch auf grundlegende öffentliche Leistungen einschließlich der Gesundheitsversorgung hat und ob solche Leistungen zu gewähren, einzuschränken, zu widerrufen oder zurückzufordern sind. Zu diesen grundlegenden Leistungen wird auch die Gewährung von Krediten gezählt, weshalb auch KI-Systeme, die die Kreditwürdigkeit prüfen, zu den Hochrisiko-Systemen zählen. Allerdings wird für solche Systeme, die zur Aufdeckung von Finanzbetrug verwendet werden, eine Ausnahme gemacht. Auch Kranken- und Lebensversicherungen werden einbezogen, so dass ein KI-System, das damit verbundene Risiken bewertet, ebenfalls als Hochrisiko-System qualifiziert wird. Schließlich wird auch der Einsatz bei der Qualifizierung von Notrufen sowie bei der Priorisierung von Not- und Rettungsdiensten einschließlich Polizei und Feuerwehr erfasst.

³⁰ S. oben b)(8).

³¹ Näher dazu Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018, § 19 Rn. 4 ff.

³² Unten III.2. und 3.

Strafverfolgung: Erfasst ist nur der Einsatz im Zusammenhang mit Maßnahmen, die nach Unionsrecht und nach nationalem Recht legal sind, so dass der ausdrücklich erwähnte Lügendetektor in Deutschland ausscheiden muss.³³

Migration, Asyl und Grenzkontrolle: KI-Systeme werden eingesetzt, um ein Sicherheitsrisiko, ein Risiko irregulärer Einwanderung oder ein Gesundheitsrisiko einzuschätzen, das von einwandernden Personen ausgeht; das KI-System unterstützt die zuständigen Behörden bei der Prüfung von Visum- und Asylanträgen, wobei auch die Verlässlichkeit von Beweismitteln einbezogen wird.

Rechtspflege: Das KI-System unterstützt die Justizbehörde bei der Ermittlung und Auslegung von Sachverhalten und Rechtsvorschriften und bei der Rechtsanwendung. Einbezogen ist auch die Beeinflussung des Wahlverhaltens im Rahmen des bestehenden Rechts.

Geht der Anbieter davon aus, dass kein Hochrisiko-System vorliegt, ist die Marktüberwachungsbehörde aber anderer Ansicht, so wird nach Art. 80 KI-VO verfahren. Lassen sich die Meinungsverschiedenheiten nicht ausräumen, so kann die Behörde hoheitliche Maßnahmen ergreifen und im Einzelfall den Anbieter sogar verpflichten, das KI-System vom Markt zu nehmen.

(2) Ausnahmefälle

Art. 6 Abs. 3 KI-VO enthält Ausnahmen von dem Katalog des Anhangs III, während in den Fällen des Art. 6 Abs. 1 KI-VO immer ein Hochrisiko-System vorliegt. Die in Abs. 3 S. 2 KI-VO genannten vier Fälle bringen nach Einschätzung des Verordnungsgebers weniger Risiken mit sich. Folgende Situationen sind erfasst:

- Das KI-System soll eine »eng gefasste Verfahrensaufgabe« durchführen. Ein Beispiel wäre die Überprüfung der Vollständigkeit von Bewerbungsunterlagen.
- Das KI-System ist dazu bestimmt, das Ergebnis einer zuvor abgeschlossenen menschlichen Tätigkeit zu verbessern. Der Arzt hat beispielsweise aufgrund der vorhandenen Symptome mögliche Diagnosen geprüft. Das KI-System sagt ihm, ob noch weitere in Betracht kommen.
- Das KI-System soll Abweichungen von früheren Entscheidungsmustern erkennen, aber nicht ohne eine angemessene menschliche Überprüfung die frühere Bewertung ersetzen oder verändern.
- Das KI-System erledigt lediglich eine »vorbereitende Aufgabe« für die Bewertung, die in den Fällen des Anhangs III vorgesehen ist.

Diese Ausnahmen sollen allerdings nach Art. 6 Abs. 3 S. 3 KI-VO dann nicht gelten, wenn es um ein Profiling einzelner Personen geht.

Der Anbieter hat nach Art. 6 Abs. 4 KI-VO seine Bewertung zu dokumentieren, wonach das System unter eine der Va-

rianten des Abs. 3 fällt. Auf Verlangen der zuständigen nationalen Behörde muss er diese Dokumentation vorlegen.

Die Existenz der Ausnahmefälle ist auf der einen Seite verständlich, führt auf der anderen Seite aber zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Wann ist eine Verfahrensaufgabe »eng gefasst«? Wann hat eine Tätigkeit lediglich »vorbereitenden Charakter«? Gerichte werden einiges zu entscheiden haben. Die Verordnung versucht dem dadurch Rechnung zu tragen, dass die EU-Kommission nach Art. 6 Abs. 5 KI-VO spätestens 18 Monate nach Inkrafttreten der Verordnung Leitlinien zur praktischen Umsetzung des Art. 6 erlässt und dabei eine umfassende Liste praktischer Beispiele aufstellt, wann hochriskante und wann nicht-hochriskante Systeme vorliegen. Dies stellt eine nützliche Ergänzung dar, kann jedoch gerichtliche Auseinandersetzungen nicht definitiv verhindern.

(3) Nachträgliche Änderungen

Ob ein System »hochriskant« ist oder nicht, hängt ua. von der Entwicklung der Technik ab. Bis der Gesetzgeber nachzieht, kann viel Zeit vergehen. Die Verordnung sieht daher in Art. 7 vereinfachte Änderungsmöglichkeiten für den Katalog des Anhangs III und in Art. 6 Abs. 6 für die Ausnahmetatbestände vor. Dies geschieht durch eine Ermächtigung an die EU-Kommission, die fraglichen Bestimmungen durch delegierten Rechtsakt nach Art. 290 AEUV nach bestimmten Kriterien zu ändern oder neue Anwendungsfälle hinzuzufügen. Ähnlich wie bei einer Verordnung des nationalen Rechts müssen dabei keine anderen Organe der Union eingeschaltet werden.

d) Sonstige KI-Systeme

KI-Systeme, die die Voraussetzungen eines Hochrisiko-Systems nicht erfüllen, werden üblicherweise als KI-Systeme mit geringem oder minimalem Risiko bezeichnet. Auf sie finden nur wenige Vorschriften der KI-VO Anwendung. Auf sie ist gesondert einzugehen.³⁴

Sonderregeln bestehen nach den Art. 51 ff. KI-VO für KI-Modelle »mit allgemeinem Verwendungszweck«. Auf sie ist an späterer Stelle zurückzukommen.³⁵

3. Anforderungen an Hochrisiko-Systeme

Hochrisiko-Systeme müssen bestimmten Anforderungen entsprechen, die in den Art. 9 ff. KI-VO niedergelegt sind. Zu ihnen treten Pflichten der Anbieter nach Art. 26 ff. KI-VO sowie Pflichten anderer Personen hinzu.

a) Risikomanagementsystem

Art. 9 Abs. 1 KI-VO sieht ohne Nennung eines Adressaten vor, dass für Hochrisiko-Systeme ein Risikomanagementsystem »ingerichtet, angewandt, dokumentiert und aufrechterhalten« wird. Es handelt sich um eine Art lebenslangen Begleiter des KI-Systems.

33 BGH, 30.11.2020 – 1 StR 509/10 – BeckRS 2011, 546 Rn. 6 (Strafverfahren); BVerwG, 31.7.2014 – 2 B 20/14 – NVwZ-RR 2014, 887 Rn. 9 ff. (Disziplinarverfahren); LAG Düsseldorf, 19.1.2022 – 12 Sa 705/21 – NZA-RR 2022, 460 (arbeitsgerichtliches Verfahren).

34 Unten 4.

35 Unten 5.

Das Risikomanagement versteht sich nach Art. 9 Abs. 2 KI-VO als ein kontinuierlicher Prozess. Er bezieht sich auf die Ermittlung, Analyse und Bewertung der vernünftigerweise zu erwartenden Risiken für die Gesundheit, die Sicherheit und die Grundrechte anderer Personen. Dabei sind »vernünftigerweise vorhersehbare Fehlanwendungen« einzubeziehen. Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um die ermittelten Risiken zu bewältigen. »Bewältigen« bedeutet, dass nur noch ein Restrisiko bleibt, das als vertretbar angesehen wird.

Hochrisiko-Systeme müssen erstmals getestet werden, bevor sie in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden. Später erfolgt der Test zu jedem geeigneten Zeitpunkt, dh. insbesondere dann, wenn ein Anlass besteht. Er kann auch unter realen Bedingungen erfolgen. Ziel des Testes ist es, die am besten geeigneten Maßnahmen zur Risikominimierung zu ermitteln und das bestimmungsgemäße Funktionieren des KI-Systems zu sichern (Art. 9 Abs. 6 bis 8 KI-VO).

b) Daten-Governance

KI-Systeme müssen in der Regel mit (personenbezogenen oder nicht-personenbezogenen) Daten trainiert werden. Von ihrer Qualität hängt es ab, ob die KI gut oder fehlerhaft funktioniert. Art. 10 KI-VO hat sich dieses Problems angenommen und Anforderungen formuliert, denen die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze entsprechen müssen. Erwähnt sei Art. 10 Abs. 2 lit. f KI-VO, wonach eine Untersuchung im Hinblick auf mögliche »Verzerrungen« (engl.: bias) erfolgen muss, die ua. zu einer nach Unionsrecht verbotenen Diskriminierung führen könnten. Es müssen geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um die Gefahr solcher Verzerrungen zu erkennen und sie zu verhindern oder abzuschwächen. Art. 10 Abs. 3 KI-VO verlangt, dass die Datensätze im Hinblick auf die Zweckbestimmung des KI-Systems hinreichend repräsentativ und so weit wie möglich fehlerfrei und vollständig sind. Schwierig zu vollziehen sind die Anforderungen des Art. 10 Abs. 4 KI-VO, wonach die Datensätze den Merkmalen oder Elementen entsprechen müssen, »die für die besonderen geografischen, kontextuellen, verhaltensbezogenen oder funktionalen Rahmenbedingungen« typisch sind, unter denen das Hochrisiko-System bestimmungsgemäß verwendet werden soll.³⁶ Angesichts der Weite dieser Vorgaben (»hinreichend repräsentativ«, »so weit wie möglich fehlerfrei«) und ihrer schwierigen Handhabbarkeit wird man im Streitfall keine Vermutung aufstellen können, dass das KI-System verordnungskonform, insbesondere diskriminierungsfrei funktioniert. Insoweit bleibt es im Antidiskriminierungsrecht bei den bisherigen Grundsätzen.³⁷

c) Transparenz

Art. 11 KI-VO schreibt eine technische Dokumentation vor, deren genauer Inhalt in Anhang IV zur VO festgelegt ist. Aus ihr muss der Nachweis hervorgehen, dass den Anforderungen

des Abschnitts 2, dh. den Art. 8 bis 15 Rechnung getragen ist. Da es sich hier um eine sehr anspruchsvolle Aufgabe handelt, wird die Kommission ein vereinfachtes Formular entwickeln, das auf die Bedürfnisse von kleinen Unternehmen und Start-ups zugeschnitten ist.

Während die technische Dokumentation gewissermaßen den Konstruktionsplan enthält, verlangt Art. 12 KI-VO die automatische Protokollierung von Ereignissen während des gesamten Lebenszyklus des Systems. Was zu diesen Ereignissen im Einzelnen gehört, ist in Art. 12 Abs. 2 und 3 KI-VO festgelegt. Damit ist auch eine nachträgliche Kontrolle sichergestellt.

Schließlich verlangt Art. 13 als allgemeines Prinzip, dass die Hochrisiko-Systeme ihrer Konstruktion nach in dem Sinne transparent sind, dass der Betreiber die Ergebnisse des Systems angemessen interpretieren und verwenden kann. Insbesondere müssen Anbieter und Betreiber in der Lage sein, ihre Pflichten nach Art. 16 ff. KI-VO zu erfüllen. Dies wurde vom Verordnungsgeber in der Weise operationalisiert, dass nach Art. 13 Abs. 2 KI-VO eine »Gebrauchsanweisung« erstellt werden muss, »die präzise, vollständige, korrekte und eindeutige Informationen in einer für den Betreiber relevanten, barrierefrei zugänglichen und verständlichen Form« enthält. Neben dem Kontakt zum Anbieter umschreibt sie Merkmale, Fähigkeiten und Leistungsgrenzen des Hochrisiko-Systems; sie sind im Einzelnen in Art. 13 Abs. 3 lit. b KI-VO aufgeführt.

d) Menschliche Aufsicht

KI soll sich nicht verselbständigen. Art. 14 Abs. 1 KI-VO bestimmt deshalb, dass Hochrisiko-Systeme so konzipiert sein müssen, dass sie von natürlichen Personen wirksam beaufsichtigt werden können. Damit sollen Risiken für Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte ausgeschlossen oder jedenfalls minimiert werden.

Vorkehrungen gibt es vor der Inbetriebnahme des Systems; sie sollen entweder im Rahmen des technisch Machbaren in das System eingebaut oder so beschaffen sein, dass sie der Betreiber umsetzen kann.

Die Personen, denen die menschliche Aufsicht übertragen wurde, müssen nach Art. 14 Abs. 4 KI-VO die Fähigkeiten und Grenzen des Systems angemessen verstehen und auch Anomalien, Fehlfunktionen und unerwartete Leistungen erkennen und ihre Ursachen beseitigen können. Interessant ist die Festlegung, einem übermäßigen Vertrauen in Ergebnisse des Systems entgegenzuwirken. Die Aufsichtspersonen müssen weiter in der Lage sein, diese außer Acht zu lassen oder das System vorübergehend abzuschalten. Auch enthält Art. 14 Abs. 5 KI-VO eine Sonderregelung für biometrische Fernidentifizierungssysteme, die nur dann einer Maßnahme oder Entscheidung zugrunde gelegt werden dürfen, wenn das Ergebnis durch zwei natürliche Personen bestätigt wurde, die die notwendige Kompetenz, Ausbildung und Befugnis besitzen.

³⁶ Die Erwägungsgründe sind unergiebig, da sie in Nr. 69 lediglich – wie auch in vielen anderen Fällen – den Wortlaut der Vorschrift wiederholen.

³⁷ Dazu Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 8. Aufl., Frankfurt aM. 2022, § 9 Rn. 19c mit weiteren Nachweisen.

e) Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit

Art. 15 Abs. 1 KI-VO verlangt von Hochrisiko-Systemen ein »angemessenes Maß« an Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit. Was »angemessen« ist, kann Zweifel wecken, weshalb Art. 15 Abs. 2 KI-VO die EU-Kommission zur Zusammenarbeit mit einschlägigen Interessenträgern verpflichtet, um Benchmarks und Messmethoden zu entwickeln – der Verordnungsgeber war sich offensichtlich der Tatsache bewusst, dass mehr Klarheit und Konturenschärfe wünschenswert wären.

Das Maß an Genauigkeit ist nach Art. 15 Abs. 3 KI-VO in der »Gebrauchsanweisung« anzugeben. Die Robustheit kann durch technische Redundanz erreicht werden, daneben durch weitere technische und organisatorische Maßnahmen. Die Abwehr von Angriffen (»Cybersicherheit«) muss sich insbesondere auf Eingriffe in den Trainingsdatensatz oder vortrainierte Komponenten konzentrieren.

f) Pflichten der Anbieter

Pflichten werden insbesondere, aber nicht nur dem Anbieter von KI-Systemen auferlegt, die in Art. 16 KI-VO in einer Liste von 12 Punkten zusammengestellt sind. An der Spitze steht die Verpflichtung, den in den Art. 9 bis 15 niedergelegten Anforderungen Rechnung zu tragen, die soeben unter a) bis e) dargelegt wurden. Dazu kommt die Verpflichtung, auf dem Hochrisiko-System selbst, notfalls auf seiner Verpackung oder der beigelegten Dokumentation den Namen, die eingetragene Handelsmarke und die Kontaktanschrift des Anbieters anzugeben. Es folgt die Pflicht zur Einführung eines Qualitätsmanagementsystems sowie ein Hinweis auf weitere Pflichten, die sich aus der Verordnung ergeben, wie zB. die Verpflichtung, das System einem Konformitätsbewertungsverfahren zu unterziehen, oder die Verpflichtung, den in Art. 49 Abs. 1 KI-VO vorgesehenen Registrierungsspflichten nachzukommen. Auf eine begründete Anfrage einer nationalen Aufsichtsbehörde hin ist der Nachweis zu führen, dass die Anforderungen nach Art. 9 bis 15 der VO erfüllt sind. Auch muss das System die Barrierefreiheitsanforderungen des Unionsrechts für Behinderte erfüllen.

Hervorhebung verdient die Pflicht zur Einrichtung eines Qualitätsmanagementsystems nach Art. 17 KI-VO, das die Einhaltung aller Anforderungen der VO gewährleisten soll. Dieses System wird »systematisch und ordnungsgemäß« in Form schriftlicher Regeln, Verfahren und Anweisungen dokumentiert; das Vertrauen auf den gesunden Menschenverstand scheint relativ gering zu sein. Im Folgenden wird ein Mindestkatalog von 13 Punkten aufgelistet, zu denen auch so umfassende Pflichten wie die Schaffung von »Techniken, Verfahren und systematischen Maßnahmen für die Entwicklung, Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung« des Systems oder von »Untersuchungs-, Test- und Validierungsverfahren, die vor, während und nach der Entwicklung des Hochrisiko-Systems durchzuführen sind«. An späterer Stelle der Liste ist von »Systemen und Verfahren für die Aufzeichnung sämtlicher einschlägigen Dokumentationen und Informationen« die Rede; nichts darf undokumentiert bleiben. Dass dies insbesondere kleinere Un-

ternehmen von Aktivitäten abschrecken kann, wird mittelbar in Art. 17 Abs. 2 KI-VO deutlich, wonach die Umsetzung der aufgelisteten Pflichten »in einem angemessenen Verhältnis zur Größe der Organisation des Anbieters« stehen muss. Sogleich wird aber hinzugefügt, die Anbieter müssten in jedem Fall »den Grad der Strenge und das Schutzniveau einhalten, die erforderlich sind, um die Übereinstimmung ihrer Hochrisiko-KI-Systeme mit dieser Verordnung sicherzustellen« – die Entlastung dürfte also wenig spürbar sein. Allerdings sieht Art. 63 KI-VO Erleichterungen für Kleinunternehmen vor.

Art. 18 KI-VO verpflichtet für einen Zeitraum von zehn Jahren zur Aufbewahrung bestimmter Dokumentationen. Dazu gehören neben der technischen Dokumentation nach Art. 11 KI-VO auch die zum Qualitätsmanagementsystem nach Art. 17 KI-VO. Bei automatisch erzeugten Protokollen sieht Art. 19 KI-VO sehr viel kürzere Fristen vor. Art. 21 KI-VO wiederholt die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden.

g) Pflichten der Importeure, Händler und anderer Beteiligter der Wertschöpfungskette

Bevor ein in einem Drittland hergestelltes Hochrisiko-System in der EU in Verkehr gebracht werden darf, muss der Importeur gemäß Art. 23 KI-VO überprüfen, ob dieses den Anforderungen der KI-VO entspricht. Er muss klären, ob ein sog. Konformitätsbewertungsverfahren nach Art. 43 KI-VO durchgeführt wurde, ob eine technische Dokumentation gemäß Art. 11 KI-VO erstellt wurde, ob dem System die vom Anbieter erstellte Konformitätserklärung und Gebrauchsanweisung beigelegt ist und ob der Anbieter einen Bevollmächtigten in der EU nach Art. 22 KI-VO bestellt hat, so dass Behörden und Geschäftspartner einen verantwortlichen Ansprechpartner besitzen. Außerdem muss ein etwa bestehender Verdacht, das System sei gefälscht oder ihm sei eine gefälschte Dokumentation beigelegt, erst ausgeräumt sein. Auch hier ist eine Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden vorgesehen.

Nach Art. 24 KI-VO hat auch ein Händler bestimmte Pflichten. Er muss einmal überprüfen, ob der Anbieter bzw. der Importeur seine Pflichten erfüllt hat. Zum ändern darf er das System nicht auf dem Markt anbieten, wenn er aufgrund der ihm vorliegenden Informationen Grund zu der Annahme hat, dass den Anforderungen der Art. 9 bis 15 KI-VO nicht Rechnung getragen ist. Stellt sich ein solcher Verdacht später heraus, muss er eine Korrektur vornehmen oder das KI-System zurückrufen (Art. 24 Abs. 4 KI-VO).

Die Verwendung des Wortes »Wertschöpfungskette« in Art. 25 KI-VO ist etwas missverständlich. Sein Abs. 1 betrifft drei Fälle, in denen »Verarbeiter« an die Stelle des »Anbieters« treten und dessen Pflichten erfüllen müssen. Dies gilt einmal für denjenigen, der das »Produkt«, dh. das Hochrisiko-System mit seinem Namen oder seiner Handelsmarke versieht. Erfasst ist weiter derjenige, der »wesentliche Änderungen« an einem schon in Verkehr gebrachten Hochrisiko-System vornimmt, ohne dessen Charakter zu ändern. Schließlich wird auch ein-

bezogen, wer ein Nicht-Hochrisiko-System, das sich ebenfalls bereits im Verkehr befindet, so umgestaltet, dass es zu einem Hochrisiko-System wird. Der ursprüngliche Anbieter verliert seine Anbieterpflichten und muss den neuen Berechtigten nach Art 25 Abs. 2 KI-VO im Rahmen des dort vorgesehenen unterstützen.

Handelt es sich bei dem KI-System um eine Sicherheitskomponente für bestimmte Produkte, so gilt nach näherer Maßgabe des Art. 25 Abs. 3 KI-VO der Produkthersteller als Anbieter. Art. 25 Abs. 4 KI-VO bezieht diejenigen ein, die im Rahmen des Herstellungsprozesses eines KI-Systems, »Instrumente, Dienste, Komponenten oder Verfahren« bereitstellen. Sie werden zwar nicht zu Anbietern, sind jedoch verpflichtet, nach dem allgemein anerkannten Stand der Technik in einer schriftlichen Vereinbarung die Fähigkeiten, den technischen Zugang und die sonstige Unterstützung festzulegen, damit der Anbieter seine Pflichten vollständig erfüllen kann.

h) Pflichten des Betreibers

Der Betreiber hat nach Art. 26 KI-VO einen sehr viel bescheideneren Pflichtenkatalog zu erfüllen, obwohl er die tatsächliche »Sachherrschaft« über das Hochrisiko-System besitzt. Dies gilt allerdings nur für das Unionsrecht; soweit nationales Recht beispielsweise eine verschuldensunabhängige Haftung für Schäden zu seinen Lasten vorsieht, bleibt dies nach Art. 26 Abs. 3 KI-VO unberührt.

Die wichtigste Pflicht des Betreibers besteht darin, entsprechend der vom Anbieter verfassten Gebrauchsanweisung zu verfahren (Art. 26 Abs. 1 KI-VO). Weiter muss er eine kompetente Person mit der Beaufsichtigung des Systems nach Art. 14 KI-VO beauftragen. Daneben steht die allgemeine Pflicht nach Art. 4 KI-VO, alle Personen, die mit der Nutzung des KI-Systems befasst sind, mit den nötigen Kenntnissen und Erfahrungen auszustatten.³⁸ Außerdem sind vor der Inbetriebnahme eines Hochrisiko-Systems nach Art. 26 Abs. 7 KI-VO die betroffenen Arbeitnehmer und die Arbeitnehmervertreter darüber zu informieren, dass sie »Gegenstand« des Einsatzes des Hochrisiko-Systems sein werden. Dabei ist sowohl der Fall denkbar, dass sie mit dem KI-System arbeiten, wie auch der, dass sie durch dieses System beobachtet werden. Nach Art. 26 Abs. 11 KI-VO müssen außerdem betroffene Personen davon in Kenntnis gesetzt werden, dass die ihnen gegenüber ergehenden Entscheidungen durch eine KI oder mit deren Unterstützung getroffen werden. Im Übrigen ist der Betreiber verpflichtet, den Anbieter und andere Stellen von neu auftauchenden Risiken und von »schwerwiegenden Vorfällen« zu informieren (Art. 26 Abs. 5 KI-VO).

Bevor der Betreiber ein Hochrisiko-System in Betrieb nimmt, muss er nach näherer Maßgabe des Art. 27 KI-VO eine Grundrechte-Folgenabschätzung durchführen. Diese ähnelt der Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO, doch werden die dabei zu untersuchenden Fragen konkreter

beschrieben. Zu den Grundrechten zählen auch Diskriminierungsverbote. Von dem Ergebnis ist die Marktüberwachungsbehörde zu informieren, die bei Bedarf geeignete Maßnahmen ergreifen kann.

i) Administrative Vorschriften

Die Art. 28 bis 49 KI-VO enthalten Vorschriften, wie die Einhaltung der für Hochrisiko-Systeme geltenden Normen administrativ sichergestellt werden soll.

Nach Art. 28 Abs. 1 KI-VO ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, mindestens eine sog. notifizierende Behörde zu errichten bzw. einer bestehenden Behörde entsprechende Befugnisse zu verleihen. Ihre Aufgabe besteht darin, für die Schaffung und Überwachung von sog. Konformitätsbewertungsstellen zu sorgen (Art. 3 Nr. 19 KI-VO). Diese müssen bestimmte, in Art. 31 KI-VO niedergelegte Anforderungen erfüllen, insbesondere über ein besonderes Maß an Unabhängigkeit verfügen. Sie dürfen ihre Tätigkeit erst dann ausüben, wenn ihr Antrag auf Notifizierung an die EU-Kommission weitergeleitet und diese (sowie andere Mitgliedstaaten) innerhalb einer bestimmten Frist keinen Widerspruch erhoben haben.³⁹ Inhaltlich geht es bei ihrer Tätigkeit darum, die Konformität von Hochrisiko-Systemen mit der Verordnung zu überprüfen. Welches Verfahren dabei zu beachten ist, wird im Einzelnen geregelt, wobei Sonderregeln für diejenigen Unternehmen bestehen, bei denen die KI mit einem Produkt verbunden ist, das seinerseits einem entsprechenden Verfahren unterliegt. Bemerkenswert ist, dass sowohl für die Behörde als auch für die Konformitätsbewertungsstellen ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass sie über die nötigen personellen und sonstigen Ressourcen verfügen müssen, um ihre Aufgaben in vollem Umfang erfüllen zu können.

4. Anforderungen an sonstige KI-Systeme

KI-Systeme, die nicht unter Art. 6 KI-VO fallen, die also nicht mit hohen Risiken verbunden sind, haben in der Verordnung keine zusammenhängende Regelung erfahren. Für sie gelten einige wenige Vorschriften, die bei allen KI-Systemen zu beachten sind.

Dazu gehört einmal die in Art. 4 KI-VO vorgeschriebene KI-Kompetenz der beim Anbieter oder beim Betreiber beschäftigten Arbeitnehmer. Ihnen gleichgestellt sind andere Personen, die im Auftrag des Anbieters bzw. des Betreibers mit dem Betrieb und der Nutzung von KI-Systemen befasst sind. Sie müssen über ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz verfügen. Dabei bleibt letztlich unklar, wie das »ausreichende Maß« zu bestimmen ist. Die Verordnung verlangt lediglich, dass ihre technischen Kenntnisse, ihre Erfahrung, ihre Ausbildung und Schulung sowie der Kontext des Einsatzes und die betroffenen Personen, denen gegenüber die KI-Systeme eingesetzt werden, berücksichtigt werden. Würde durch die Unkenntnis eines mit

³⁸ S. unten 4.

³⁹ Das Wort »Notifizierung« ist im deutschen Sprachraum eher ungewöhnlich und bedeutet eine förmliche Weiterleitung oder Übermittlung insbesondere an andere Staaten oder eine übernationale Stelle.

dem KI-System befassten Beschäftigten einem Dritten ein Schaden entstehen, wäre der Anbieter bzw. Betreiber dafür haftbar.

Zum zweiten sind die Transparenzpflichten nach Art. 50 Abs. 1 KI-VO zu nennen. KI-Systeme, die für die direkte Interaktion mit Menschen bestimmt sind, müssen so konzipiert sein, dass die betreffenden Personen in Kenntnis gesetzt werden, dass sie es mit einem KI-System und nicht mit einem Menschen zu tun haben. Meldet sich auf einen Telefonanruf hin ein Chatbot, muss der Anrufer auf diese Tatsache hingewiesen werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Einsatz von KI »aus Sicht einer angemessen informierten, aufmerksamen und verständigen Person« offensichtlich ist. KI-Systeme, die synthetische Audio-, Bild-, Video- oder Textinhalte erzeugen, müssen diese als »künstlich erzeugt« oder »manipuliert« erkennbar machen; dies gilt insbesondere für DeepFakes (Art. 50 Abs. 2 und 4 KI-VO); eine ausdrückliche Kennzeichnungspflicht wäre hilfreicher gewesen. Bei künstlich erzeugten Texten kann außerdem der Hinweis entfallen, wenn sie einer menschlichen Überprüfung unterzogen wurden und wenn eine natürliche oder eine juristische Person die redaktionelle Verantwortung für die Veröffentlichung der Inhalte trägt. Journalisten können sich also die Arbeit durch Rückgriff auf ChatGPT erleichtern, sofern sie die Texte anschließend durchsehen und etwaige Fehler korrigieren. Ist ausnahmsweise ein Emotionserkennungssystem oder ein System zur biometrischen Kategorisierung zulässig, so sind die betroffenen Personen von dem Einsatz der KI in Kenntnis zu setzen (Art. 50 Abs. 3 KI-VO).

5. KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck

Erst durch die Verhandlungen im Trilog sind die Bestimmungen der Art. 51 bis 56 KI-VO Teil der Verordnung geworden. Sie betreffen KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck, also Erscheinungsformen von KI-Technik, die für außerordentlich vielfältige Aufgaben eingesetzt werden können. Als Beispiel wird häufig ChatGPT genannt, das ua. zu einer unübersehbaren Vielzahl von Lebensbereichen vernünftig klingende Texte formulieren kann.

Die Verordnung unterscheidet zwei Formen von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck (auf Englisch »General Purpose« genannt). Von der Grundform als solcher werden Modelle »mit systemischem Risiko« unterschieden, die sich besonderer Aufmerksamkeit des Ordnungsgebers erfreuen. Art. 51 Abs. 1 lit. a KI-VO beschreibt ein solches Modell mit den Worten, es verfüge über Fähigkeiten mit hohem Wirkungsgrad, »die mithilfe geeigneter technischer Instrumente und Methoden, einschließlich Indikatoren und Benchmarks, bewertet werden.« Art. 51 Abs. 2 KI-VO spricht die Vermutung aus, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, »wenn die kumulierte Menge der für sein Training verwendeten Berechnungen, gemessen in FLOPs,⁴⁰ 10^{25} beträgt.« Dies ist eine sehr hohe Rechnerleistung, die vermutlich von GPT-4 der kalifornischen Firma OpenAI oder von Inflection-2 von Inflection AI, nicht

aber von Aleph Alpha aus Deutschland erreicht bzw. übertroffen wird.⁴¹ Weitere Kriterien finden sich in Anhang XIII der KI-VO. Kleinere Wettbewerber haben daher geringeren Anforderungen zu genügen, doch fragt sich gleichwohl, inwieweit sie mit den Großen mithalten können.

Der Anbieter eines Modells, das nach Art. 51 Abs. 1 lit. a KI-VO mit einem systemischen Risiko verbunden ist, hat die Kommission davon in Kenntnis zu setzen. Art. 52 Abs. 2 KI-VO eröffnet ihm die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, dass das Modell aufgrund besonderer Merkmale ausnahmsweise keine systemischen Risiken mit sich bringt. Anschließend entscheidet dann die Kommission, ob dem zu folgen ist oder nicht.

Art. 53 KI-VO regelt die Pflichten von »einfachen« KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck. Dabei geht es um eine technische Dokumentation des Modells sowie um das Angebot an andere KI-Unternehmen, das KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck in ihre KI-Systeme zu integrieren. Weiter muss eine Strategie dokumentiert werden, wie die urheberrechtlichen Vorschriften der Union eingehalten werden. Schließlich muss auf der Grundlage einer vom (künftigen) Amt für künstliche Intelligenz erstellten Vorlage zusammenfassend, aber hinreichend detailliert dargestellt werden, welche Inhalte für das Training des KI-Modells verwendet wurden. Art. 54 KI-VO enthält Sonderregelungen für KI-Anbieter aus Drittstaaten, nachdem sie entsprechend Art. 22 KI-VO einen Beauftragten in der EU ernannt haben.

Zusätzliche Pflichten für KI-Modelle mit systemischen Risiken enthält Art. 55 KI-VO. Die Verordnung verlangt eine »Modellbewertung«, die dem Stand der Technik entspricht und die auch Angriffe auf das System einbeziehen muss. Die sich ergebenden systemischen Risiken müssen bewertet und ggf. gemindert werden. Informationen über »schwerwiegende Vorfälle« und mögliche Abhilfemaßnahmen müssen dokumentiert werden; in Zukunft sind das Amt für künstliche Intelligenz und die zuständigen nationalen Behörden umgehend zu informieren. Schließlich muss für ein angemessenes Maß an Cybersicherheit gesorgt werden. Soweit noch keine harmonisierten Normen zu allen diesen Punkten existieren, können sich die Anbieter von solchen KI-Modellen an Verhaltenskodizes orientieren, die nach näherer Maßgabe des Art. 56 KI-VO geschaffen wurden.

6. Maßnahmen zur Innovationsförderung, insbesondere durch KI-Reallabore

a) Reallabore

Reallabore sind Einrichtungen, in denen innovative Technologien entwickelt werden sollen und in denen gleichzeitig auch der staatlichen Aufsicht und Regulierung eine Weiterentwicklung ermöglicht wird.⁴² Die KI-VO hat dieses Konzept aufgegriffen und legt in Art. 57 Abs. 1 fest, dass grundsätzlich je-

⁴¹ Steinschaden, Der AI Act hat nun einen sprichwörtlichen FLOP, Trending Topics, 9.12.2023, <https://www.trendingtopics.eu/der-ai-act-hat-nun-einen-sprichwoertlichen-flop/> (8.5.2024).

⁴² Dazu eingehend Spindler/Büning, JZ 2023, 799 ff.

⁴⁰ FLOPs steht für Floating Point Operations Per Second und misst die Leistungsfähigkeit des Rechners.

der Mitgliedstaat mindestens ein Reallabor einrichtet. Abs. 5 umschreibt die in Aussicht genommene Funktion: KI-Reallabore bieten eine kontrollierte Umgebung, »um Innovation zu fördern und die Entwicklung, das Training, das Testen und die Validierung innovativer KI-Systeme« zu erleichtern. Dies soll für einen begrenzten Zeitraum vor ihrer Inbetriebnahme und auf der Grundlage eines Reallaborplanes erfolgen. Worin die Innovation bestehen soll, ist in Art. 57 Abs. 9 KI-VO angesprochen. Dass die Verbesserung der Rechtssicherheit an erster Stelle steht, verwundert ein wenig, doch ist im Folgenden ausdrücklich von der »Förderung von Innovationen«, vom erleichterten Zugang von Klein- und Mittelunternehmen zum Unionsmarkt sowie von einem »Beitrag zum faktengestützten regulatorischen Lernen« die Rede. Da bei innovativem Vorgehen erhöhte Haftungsrisiken bestehen, enthält Art. 57 Abs. 12 eine Freistellung von Bußgeldern nach der KI-VO, wenn die Beteiligung am Reallabor dem Plan und den sonstigen Vereinbarungen gemäß erfolgte.

Art. 58 KI-VO sieht eine Ermächtigung an die Kommission vor, durch detaillierte Regelungen für die Einrichtung und das gute Funktionieren von Reallaboren zu sorgen. Dazu soll auch der kostenfreie Zugang für Klein- und Mittelunternehmen einschließlich Start-ups gehören, wobei jedoch bei außergewöhnlichen Kosten von den Unternehmen ein »fairer und verhältnismäßiger« Anteil verlangt werden kann. Art. 62 KI-VO sieht für diese Unternehmen weitere Erleichterungen vor.

Art. 59 KI-VO enthält ausnahmsweise eine datenschutzrechtliche Bestimmung. Personenbezogene Daten, die für andere Zwecke erhoben wurden, dürfen unter bestimmten, genau definierten Bedingungen im Reallabor für Zwecke der Entwicklung, des Trainings und des Testens bestimmter KI-Systeme verwendet werden.

b) Sonstige Maßnahmen der Innovationsförderung

Art. 60 KI-VO enthält ins Einzelne gehende Bestimmungen über die Durchführung von Tests »unter realen Bedingungen«, die Hochrisiko-Systeme zum Gegenstand haben und die außerhalb von Reallabors durchgeführt werden. Sie setzen eine informierte Einwilligung der betroffenen Personen nach Art. 61 KI-VO voraus.

7. Weitere Bestimmungen und Inkrafttreten

a) Weitere Bestimmungen

Unter der Überschrift »Governance« sehen die Art. 65 bis 70 KI-VO die Schaffung von Behörden und Gremien auf EU-Ebene (Amt für künstliche Intelligenz, Europäischer Ausschuss für künstliche Intelligenz, Beratungsforum und Gremium unabhängiger wissenschaftlicher Sachverständiger) und auf nationaler Ebene (Notifizierende Behörde, Marktüberwachungsbehörde) vor.

Für Hochrisiko-Systeme wird eine EU-Datenbank eingerichtet. Außerdem unterliegt ihr Gebrauch der Beobachtung nach Art. 72 KI-VO. Bei »schwerwiegenden Vorfällen« im Sinne des Art. 3 Nr. 49 KI-VO besteht eine Meldepflicht sowie eine Pflicht zum Austausch von Informationen.

Die Art. 74 bis 77 KI-VO regeln die behördliche Kontrolle von KI-Systemen auf dem Unionsmarkt.

Art. 78 KI-VO regelt die Vertraulichkeit von Informationen. Soweit Behörden oder Einzelpersonen im Rahmen der Anwendung der KI-VO in den Besitz von Informationen kommen, ist deren Vertraulichkeit zu beachten. Dies betrifft insbesondere Rechte aus geistigem Eigentum sowie Geschäftsgeheimnisse. Darüber hinaus sind auch öffentliche und private Sicherheitsinteressen zu wahren.

Denkbar ist der Fall, dass ein KI-System der Verordnung entspricht, die Marktüberwachungsbehörde aber gleichwohl ein Risiko für Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte von Personen sieht. In diesem Fall kann sie nach Art. 82 Abs. 1 KI-VO verlangen, dass dieses Risiko innerhalb einer von ihr bestimmten Frist beseitigt wird.

Jedermann hat nach Art. 85 KI-VO das Recht, bei der Marktaufsichtsbehörde Beschwerde einzulegen, wenn er Grund zu der Annahme hat, es liege ein Verstoß gegen die Verordnung vor. Eine persönliche Betroffenheit ist nicht erforderlich. Wer von einer Entscheidung betroffen ist, die auf der Grundlage von Daten eines Hochrisiko-Systems getroffen wurde, hat das Recht, vom Betreiber des KI-Systems eine »klare und aussagekräftige Erläuterung zur Rolle des KI-Systems im Entscheidungsprozess« zu erhalten. Auch müssen die wichtigsten Elemente der getroffenen Entscheidung erläutert werden (Art. 86 Abs. 1 KI-VO).

Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck unterliegen den speziellen Aufsichtsnormen nach Art. 88 bis 94 KI-VO.

Nach Art. 96 KI-VO erarbeitet die EU-Kommission Leitlinien für die praktische Umsetzung der Verordnung. Sie besitzt damit eine Konkretisierungskompetenz, die angesichts der häufig sehr interpretationsbedürftigen Vorschriften große praktische Bedeutung gewinnen kann.

Besondere Hervorhebung verdienen die in Art. 99 KI-VO vorgesehenen Sanktionen. Sie haben ein recht hohes Niveau und differenzieren nach verletzten Vorschriften:

- Wird das Verbot nach Art. 5 KI-VO (KI-Systeme mit unannehmbaren Risiken) verletzt, so kann eine Geldbuße von bis zu 35 Mio. Euro oder bis zu 7 % des weltweiten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres verhängt werden. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird dieser Rahmen nur in den allerschwersten Fällen und auch dies nicht kurz nach Wirksamwerden der Verordnung ausgeschöpft werden.
- Wird gegen die in Art. 99 Abs. 4 KI-VO genannten Vorschriften verstoßen, die insbesondere Hochrisiko-Systeme betreffen, so kann die Geldbuße bis zu 15 Mio. Euro oder 3 % des weltweiten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres betragen. Dasselbe gilt nach Art. 101 KI-VO für Verstöße von Anbietern gegen Vorschriften über KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck.
- Wird gegen bestimmte Auskunftspflichten verstoßen, so beträgt die Geldbuße bis zu 7,5 Mio. Euro oder 1 % des weltweiten Jahresumsatzes aus dem vergangenen Geschäftsjahr.

Bei normalen Unternehmen ist der jeweils höhere Betrag maßgebend; bei Klein- und Mittelunternehmen einschließlich Start-ups ist der jeweils niedrigere Betrag die Obergrenze, was insbesondere bei einem noch relativ geringen Umsatz von erheblicher Bedeutung ist.

Art. 100 KI-VO sieht entgegen dem Üblichen auch Sanktionen gegen Organe und Einrichtungen der EU vor, deren Höhe allerdings weit unter den gegenüber Unternehmen vorgesehenen liegt.

b) Inkrafttreten

Die Verordnung tritt am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft (Art. 113 KI-VO). Verbindlichkeit entfaltet sie erst zwei Jahre nach diesem Zeitpunkt, um auf diese Weise den betroffenen Unternehmen eine Anpassung an den neuen rechtlichen Rahmen zu erleichtern. Kapitel I und II (insbesondere das in Art. 5 KI-VO enthaltene Verbot bestimmter KI-Systeme) werden jedoch bereits sechs Monate nach dem Inkrafttreten verbindlich. Außerdem erlässt die EU-Kommission spätestens 18 Monate nach Inkrafttreten Leitlinien zur praktischen Umsetzung des Art. 6 KI-VO (Art. 6 Abs. 5)

8. Einschätzung

a) Produktsicherheitsrecht zu Lasten der kleineren Unternehmen?

Die KI-VO gehört ihrem inhaltlichen Schwerpunkt nach zum Produktsicherheitsrecht; sie will dafür sorgen, dass Nachteile und Risiken für Dritte, die sich aus dem Einsatz der KI ergeben, möglichst gering bleiben. Damit soll zugleich die Akzeptanz dieser neuen Technik in der Bevölkerung erhöht werden. Ob dieses Ziel wirklich erreicht wird, kann hier nicht näher untersucht oder gar prognostiziert werden. Die aufwendigen und kostspieligen Vorkehrungen, die für Hochrisiko-Systeme verlangt werden, könnten den ungewollten Effekt haben, die Entwicklung der KI zu verlangsamen. Auch ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass international tätige Großunternehmen wie Google und Microsoft besser als andere in der Lage sind, den Anforderungen der Verordnung gerecht zu werden. Damit würde sich ihr Vorsprung gegenüber kleineren Unternehmen weiter vergrößern. Innovative Start-ups dürften erst recht große Probleme haben, zumal sie auch durch eine Arbeit in den Reallaboren wirtschaftlich überfordert sein könnten.⁴³

b) Implementationsprobleme

Dazu kommt ein Weiteres. Ob in einem Unternehmen mit KI gearbeitet wird, ist oft schwierig zu erkennen, zumal die Abgrenzung zu »normaler« Software wenig konturenscharf ist. Von daher ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, dass beträchtliche Vollzugsdefizite entstehen könnten.⁴⁴

Ob die außerordentlich hohen Sanktionen⁴⁵ als Gegenmittel ausreichen, wird man bezweifeln können, zumal viele Bestimmungen recht unspezifisch formuliert sind, so dass bewusste Verstöße nur selten belegt werden können.

c) Das ausgeklammerte Problem: Gewinnung des Trainingsmaterials

Wie das Trainingsmaterial für die KI im Einzelnen beschafft werden kann, wird in der KI-VO nicht angesprochen. Sie verlangt in Art. 10 lediglich die Verwendung von Daten, die bestimmten Qualitätsstandards entsprechen.⁴⁶ Außerhalb der KI-VO bestehen einige restriktive rechtliche Bedingungen, welche die Weiterentwicklung von KI behindern können.

(1) Datenschutzrechtliche Voraussetzungen

Der Arbeitsvertrag hat ebenso wie andere Verträge nicht den Zweck, als Material für die Schaffung und Verbesserung von KI zu dienen. Insoweit kann sich der Arbeitgeber nicht auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO berufen. Auch die Einwilligung scheidet in der Regel aus: Sie setzt nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO Freiwilligkeit voraus, die beim Arbeitnehmer häufig nicht vorhanden ist, weil er bei einer Verweigerung Nachteile befürchtet.⁴⁷ Außerdem kann die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, so dass die KI einen Teil ihrer datenschutzrechtlichen Legitimation verliert. Es bleiben zwei Auswege.

- Der eine besteht in einem Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO. Der Entwickler der KI beruft sich darauf, er habe mit Rücksicht auf die Entwicklung der KI ein berechtigtes Interesse an dem Zugriff auf die Daten, die Interessen der betroffenen Person an der Nichtverarbeitung ihrer Daten müssten zurückstehen.⁴⁸
- Der andere besteht darin, auf den Personenbezug zu verzichten und anonymisierte oder aggregierte Daten zu verwenden.⁴⁹

Beide können auch kombiniert werden, doch schließt dies nicht aus, dass sie zu einer suboptimalen Lösung führen.

(2) Urheberrechtliche Voraussetzungen

Soweit es beim Trainingsmaterial um Texte, Bilder oder andere urheberrechtlich geschützte Werke geht, bedarf ihre Nutzung einer besonderen Rechtsgrundlage. Die sog. Digital Single Market Richtlinie 2019/790⁵⁰ spricht das Problem in Art. 4 an. Für Zwecke des »Text und Data Minings« sind »Vervielfältigungen und Entnahmen« von rechtmäßig zugänglichen Werken (die zB. im Internet stehen) zulässig, doch gibt es zwei wichtige

⁴³ Näher oben 7.a).

⁴⁴ Dazu oben 3.b).

⁴⁷ Zu den Einzelfragen der Einwilligung s. Däubler, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer (Hrsg.), EU-DSGVO und BDSG. Kompaktcommentar, 3. Aufl., Frankfurt aM. 2024 (im Folgenden: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer), Art. 7 DSGVO Rn. 33 ff.

⁴⁸ Dazu eingehend Ashkar, ZD 2023, 523, 525 ff.

⁴⁹ Dazu Klebe, SR 2019, 128 ff.

⁵⁰ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. 2019, L 130/92.

⁴³ Dazu Kögel, ZdiW 2023, 210; Bedenken auch bei Spindler/Büning, JZ 2023, 799, 808.

⁴⁴ Troge, ZdiW 2023, 207, 209.

Einschränkungen. Die Kopien dürfen nur so lange »aufbewahrt« werden, wie es für die Zwecke des »Text und Data Minings« erforderlich ist. Wichtiger ist der zweite Punkt: Der Urheber und andere Berechtigte können einen sog. Nutzungsvorbehalt machen, der maschinenlesbar sein muss und der einer Verwertung als Trainingsmaterial entgegensteht. Insoweit muss sich der KI-Produzent um eine Lizenz bemühen. Diese Grenzen gelten nicht für die wissenschaftliche Forschung (Art. 3 der Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie in §§ 44b und 60d UrhG umgesetzt. Nicht erfasst von den Nutzungsmöglichkeiten sind rechtswidrig gespeicherte Inhalte, auch wenn sie frei zugänglich sind.⁵¹ Diese urheberrechtliche Situation behindert zB. im Ergebnis eine Verbesserung des Systems ChatGPT, das auch als Arbeitsmittel Verwendung findet.

(3) Nutzung maschinenbezogener Daten

Keine personenbezogenen Daten liegen vor, wenn es um die Eigenschaften von Gegenständen geht, die zu kennen ggf. von wesentlicher Bedeutung für das Training einer KI ist. Ob sich das Eigentum an dem fraglichen Gegenstand wie einer Maschine oder einer Komponente eines Automotors an den darauf bezogenen Sachdaten fortsetzt, ist Gegenstand einer literarischen Kontroverse, die bislang zu keinem Ergebnis geführt hat.⁵² Mit Recht wird empfohlen, Unsicherheiten dadurch zu beseitigen, dass eine Art Datenlizenzvertrag mit den betroffenen Eigentümern geschlossen wird. Auch dies stellt eine nicht zu übersehende Schranke für die Entwicklung von KI dar.

d) Ein weiteres ausgeklammertes Problem:

Die Auswirkungen auf dem Arbeitsmarkt

In den Erwägungsgründen findet man so gut wie keine Überlegungen dazu, was geschehen soll, wenn ganze Berufe wie der des Journalisten oder des Übersetzers faktisch wegfallen, dh. auf wenige Personen zusammenschrumpfen: Die verbleibenden Beschäftigten haben nur noch die Aufgabe, die Produkte von ChatGPT oder eines vergleichbaren KI-Systems auf gelegentlich vorkommende (und immer seltener werdende) Fehler hin zu überprüfen. Obwohl auch viele andere Berufe wie zB. Taxifahrer in gleicher Weise betroffen sein werden, wird dies in der Verordnung nicht als Problem gesehen, ja nicht einmal erwähnt. Ob dies in den Trilog-Verhandlungen anders war, ist nicht bekannt, da sie unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfand und keine Protokolle verfügbar sind. Anhaltspunkte, dass darüber gesprochen wurde, sind nicht erkennbar.

Die Erwägungsgründe betonen stattdessen den »vielfältigen Nutzen für Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft«, den die KI bringen werde, und stellen fest, sie diene »im Einklang mit den Werten der Union« dem Menschen (Erwägungsgründe 4 und 6). Besondere Aufmerksamkeit erhält der Schutz der Grundrechte »einschließlich der Demokratie, der Rechtsstaat-

lichkeit und des Umweltschutzes« (Erwägungsgrund 8). Die Verordnung wolle – so heißt es weiter in Erwägungsgrund 9 – die sozialpolitischen Vorschriften der Union und das nationale Arbeitsrecht in keiner Weise verändern; dies gelte auch für Tarifautonomie und Streikrecht.

Nun kennt das heutige Arbeitsrecht der EU wie der Mitgliedstaaten keine wirksamen Mittel, um einen Beschäftigungseinbruch bei einem breiten Einsatz von KI aufzufangen. Das (überall anerkannte) Grundrecht auf freie Berufswahl beschränkt sich auf die vorhandenen Arbeitsplätze. Tarifautonomie und Streikrecht können Probleme auf dem Arbeitsmarkt nur ein wenig abmildern, aber nicht wirklich bewältigen. Angesichts dieser Umstände hätte sich ein verantwortungsvoller Gesetzgeber den Arbeitsmarktproblemen stellen müssen. Besteht nicht wirklich die Gefahr der Massenarbeitslosigkeit, weil die KI viele Tätigkeiten übernimmt, die bisher von Menschen ausgeübt werden? Will man etwa darauf vertrauen, dass die Schwierigkeiten, die im vorangegangenen Abschnitt im Zusammenhang mit urheberrechtlich geschützten Texten beschrieben wurden, die Entwicklung so stark verlangsamen, dass nur ein ganz langsamer Beschäftigungsabbau eintritt? Dies wäre schwerlich ein rationales Verhalten.

Den Gefahren für den Arbeitsmarkt wird häufig das Argument entgegengehalten, dass die KI auch neue Tätigkeiten zur Entstehung bringe. Auch befinden sich etliche Mitgliedsländer der EU (einschließlich Deutschland) in der Situation, dass die demographische Entwicklung Fachkräfte immer seltener macht, so dass die Ersetzung eines Teils der heute aktiven Personen durch KI eher zu einem Gleichgewicht auf dem Arbeitsmarkt beitragen könnte. Beides ist nicht von der Hand zu weisen, doch fehlt eine ausreichende quantitative Einschätzung. Wie ist die Größenordnung der Arbeitsplätze beschaffen, die durch KI neu entstehen? Wie groß ist der verbleibende Bedarf an Fachkräften, wenn die Möglichkeiten der KI voll ausgeschöpft werden? Gibt es Vorstellungen, die dann noch vorhandene Arbeitsmenge gleichmäßig auf die vorhandenen Arbeitskräfte zu verteilen? Statt sich diesen Fragen zu stellen, beschwören die Erwägungsgründe »hohe Werte« wie Grundrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich dabei um eine Art von Beruhigungsspiel handelt, die den Beschäftigten den Eindruck vermitteln soll, alle Dinge seien in bester Ordnung.

Die Frage drängt sich auf, weshalb die Interessen der Arbeitnehmer bei der Vorbereitung der KI-Verordnung eine so geringe Rolle gespielt haben. Hierfür gibt es verschiedene Erklärungen.

Zum einen hat die Union keine umfassende Kompetenz zur Regelung der Arbeitsmärkte in den Mitgliedstaaten. Dies sollte die Unionsorgane jedoch nicht daran hindern, sich über die Folgen ihres Tuns in diesem Bereich Gedanken zu machen. Wenn sie darauf verzichtet haben, so mag dies politischer Opportunismus geschuldet sein: Eine allzu klare Benennung der Probleme hätte möglicherweise die Verabschiedung der Verordnung durch den Ministerrat verzögert, vielleicht sogar

⁵¹ Weitere Einzelheiten bei Köhler/Vogel, ZdiW 2023, 238 ff.

⁵² Näher v. Baum/Appt/Schenk, DB 2017, 1824, 1826 f., auch zum Folgenden.

unmöglich gemacht. Dies wollte man vermeiden, weil die Wahlen zum Europäischen Parlament anstanden und man deshalb ein Projekt vollenden wollte, das die Union an der Spitze der weltweiten Entwicklung zeigt.

Von grundsätzlicherer Bedeutung ist die eher bescheidene Stellung der abhängig Arbeitenden und ihrer Interessenvertreter im politischen System der Europäischen Union. Zwar sind Gewerkschaften im Wirtschafts- und Sozialausschuss vertreten und werden in vielen Zusammenhängen von den Unionsorganen angehört. Sie sind jedoch nur ausnahmsweise in der Lage, dort effektiven Einfluss auszuüben, weil insbesondere entgegenstehende Unternehmerinteressen sehr viel stärker repräsentiert sind. Außerdem sind die Gewerkschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten durch eine Interessenvertretung im nationalen Rahmen geprägt und sehen deshalb die Brüsseler »Arena« (zu Unrecht) als eher sekundär an. Die gewerkschaftlichen Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene sind mit vergleichsweise geringen Ressourcen ausgestattet. Sie können daher die von ihnen evtl. entwickelten Konzepte nur mit sehr viel weniger Nachdruck den Entscheidungsträgern nahebringen als dies die Arbeitgeber- und Unternehmensvertreter vermögen. Die europäische Sozialpolitik beruht daher sehr viel stärker auf der eigenständigen Erkenntnis der Entscheidungsträger, dass das »Projekt Europa« nur dann Erfolg hat, wenn für breite Teile der Bevölkerung der Nutzen der europäischen Einheit gerade auch durch sozialpolitische Maßnahmen sichtbar wird. Formelhaft lässt sich von europäischer Sozialpolitik als einem Mittel der Akzeptanzbeschaffung sprechen. Dies bedeutet zugleich, dass für die Entscheidungsträger keine Notwendigkeit besteht, bei jeder Gelegenheit und ohne Ausnahme der sozialpolitischen Seite Beachtung zu schenken. Unter diesen Umständen bleibt insbesondere den nationalen Regierungen und Gewerkschaften die Aufgabe, sich um erwartbare Probleme auf dem Arbeitsmarkt zu kümmern.

III. Auswirkungen der KI-VO im Arbeitsrecht

Trotz ihres andersartigen Schwerpunkts wirkt sich die KI-VO auch im Bereich der abhängigen Arbeit aus, was – bezogen auf den Kommissionentwurf – bereits einzelne Autoren beschäftigt hat.⁵⁵ Dabei sind insbesondere die folgenden Punkte von Bedeutung.

1. KI-Systeme mit unannehmbarem Risiko

Art. 5 KI-VO verbietet bestimmte Praktiken generell, ohne danach zu differenzieren, ob Anbieter, Betreiber oder Dritte als handelnde Personen in Erscheinung treten. Von daher besteht kein Zweifel, dass auch ein KI-Systeme anwendender Arbeitgeber erfasst ist.

a) Unterschwellige Beeinflussung und Ausnutzung der Schutzbedürftigkeit

Das Verbot der unterschwelligen Beeinflussung⁵⁴ könnte am ehesten bei Anreizsystemen verletzt sein, die den Arbeitnehmer »ungewollt« zu einer höheren Arbeitsleistung veranlassen.⁵⁵ Da die KI-VO aber ausdrücklich verlangt, dass dies »außerhalb des Bewusstseins einer Person« erfolgt und dass außerdem ein »erheblicher Schaden« eingetreten ist, werden Anwendungsfälle im Arbeitsverhältnis aller Voraussicht nach selten sein.⁵⁶ Allenfalls bei der Werbung für Produkte, die ein anderes Konzernunternehmen herstellt, könnten derartige Fälle vorkommen. Auch der weitere Tatbestand, dass die KI die Schwäche oder Schutzbedürftigkeit einer Person aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer bestimmten sozialen und wirtschaftlichen Situation ausnutzt, wird im Arbeitsleben nur ausnahmsweise gegeben sein.

b) Social Scoring

Im Gegensatz dazu kann der Tatbestand des »Social Scoring«⁵⁷ durchaus Bedeutung gewinnen. So wird in der Literatur von der Praxis einer US-Bank berichtet, die Daten unterschiedlichster Art über das Verhalten ihrer Angestellten sammelte. Dazu gehörten ua. Telefongespräche, Mails, Teilnahme und Nicht-Teilnahme an Compliance-Kursen sowie persönliche Bemerkungen über die Bank. Mit Hilfe der KI wurde dann die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Fehlverhaltens ermittelt. Wer zu den auf diese Weise bestimmten »Risikopersonen« gehörte, musste damit rechnen, auf einen schlechteren Arbeitsplatz versetzt zu werden oder dem nächsten Personalabbau zum Opfer zu fallen.⁵⁸ In gleicher Weise lassen sich (größere oder kleinere) Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten systematisch erfassen und von einer KI auswerten, die bestimmt, wann eine Abmahnung und wann eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommen. In beiden Fällen liegt die Bewertung eines sozialen Verhaltens vor, das allerdings nur dann rechtswidrig ist, wenn die verhängte Sanktion sich als »ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig« erweist. Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Die Grenze des Zulässigen wäre überschritten, wenn ein mit KI betriebenes Zeiterfassungssystem eine Verspätung von einer Viertelstunde ausweisen und dies zu einer Gehaltskürzung um 10 % führen würde.

Unproblematisch ist die Erfassung des sozialen Verhaltens zu dem Zweck, ein besonders beifallswertes Verhalten mit einer betrieblichen Prämie zu belohnen. Allerdings muss dafür gesorgt werden, dass dieselben Daten nicht für andere Zwecke verwendet werden dürfen. Dies kann nicht allein durch den Grundsatz der Zweckbindung erreicht werden; vielmehr müs-

⁵⁴ Oben II.2.b)(1).

⁵⁵ S. den Fall BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552.

⁵⁶ So auch *Frank/Heine*, NZA 2023, 1281, 1282.

⁵⁷ Oben II.2.b)(3).

⁵⁸ Im Einzelnen beschrieben bei *L. Schröder*, Die digitale Treppe. Wie die Digitalisierung unsere Arbeit verändert und wie wir damit umgehen, Frankfurt aM. 2016, S. 132.

⁵⁵ *Frank/Heine*, NZA 2023, 1281 bis 1284; *Günther/Gerigk/Berger*, NZA 2024, 234 bis 240.

sen weitergehende Maßnahmen wie eine Separierung von den sonstigen Datenbeständen ergriffen werden.⁵⁹

c) Ermittlung des Risikos, dass ein Arbeitnehmer straffällig wird

Nicht nur Polizei und Staatsanwaltschaft, sondern auch den Arbeitgeber könnte es interessieren, ob ein Arbeitnehmer mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit straffällig wird. Das Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO gilt deshalb auch hier. Allerdings wird man die dort gemachte Ausnahme gleichfalls ins Arbeitsrecht übertragen können, wonach eine entsprechende Untersuchung dann zulässig ist, wenn bereits objektive und überprüfbare Tatsachen feststehen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer kriminellen Aktivität stehen.

d) Erstellung von Datenbanken zur Gesichtserkennung

Art. 5 Abs. 1 lit. e KI-VO verbietet auch einem Arbeitgeber, eine Datenbank durch »ungezieltes Auslesen« von Gesichtsbildern aus dem Internet oder durch Auswertung von Überwachungsaufnahmen anzulegen. Am »ungezielten Auslesen« fehlt es jedoch, wenn die Belegschaft beim Betreten und Verlassen des Betriebsgeländes gefilmt⁶⁰ und auf dieser Grundlage eine Gesichtserkennungssoftware angewandt wird. Hier liegt im Gegensatz zu den beiden anderen Fällen kein Zugriff auf eine extrem große Zahl von Informationen vor.

e) Ermittlung von Emotionen

Große praktische Bedeutung hat das in Art. 5 Abs. 1 lit. f KI-VO enthaltene Verbot der Ermittlung von Emotionen. Damit ist eine in Call-Centern häufig vorkommende Technik nicht mehr erlaubt, welche die im Laufe von Gesprächen auftauchenden Emotionen aus der Stimme ableitet, was nicht selten zu der Aufforderung durch den Vorgesetzten führt, die Emotionen zu zügeln und einen freundlicheren Ton anzuschlagen.⁶¹ Ausgeschlossen ist in Zukunft weiter die Analyse von Bewerbungsgesprächen, wenn sie sich auch auf Emotionen bezieht, die an der Sprechweise erkennbar sind.⁶² Die KI-VO kennt eine Ausnahme ua. aus Sicherheitsgründen, so dass bei Polizeianwärttern oder Polizeibediensteten sehr wohl eine Emotionsanalyse möglich wäre. Dem steht allerdings das nach Art. 2 Abs. 11 KI-VO vorgehende deutsche Arbeitsrecht entgegen, das einen so weiten Zugriff in die Persönlichkeitssphäre nicht zulässt.

f) Biometrische Kategorisierung

Auch dieser Tatbestand kann im Arbeitsverhältnis Bedeutung gewinnen. Auf die obigen Ausführungen kann Bezug genommen werden.⁶³

g) Echtzeit-Fernidentifizierungsverfahren

Das Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. h KI-VO bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf öffentliche Räume und ein Vorgehen zu Zwecken der Strafverfolgung. Ob der Staat oder Privatunternehmen derartige Systeme für andere Zwecke als die der Strafverfolgung einsetzen dürfen, ist weder im Verordnungstext noch in den Erwägungsgründen angesprochen. Der Schluss liegt nahe, dass ein Vorgehen, das selbst bei der Strafverfolgung nur eingeschränkt zulässig ist, bei der Verfolgung weniger weitgehender Regelwidrigkeiten oder gar zur bloßen Beobachtung des Arbeitsprozesses nicht erlaubt sein kann. Dies hat praktische Bedeutung auf großen Betriebsflächen, etwa in Seehäfen⁶⁴ oder auf Flughäfen. Eine definitive Aussage zur Auslegung des Unionsrechts ist allerdings erst möglich, wenn eine Klärung durch den EuGH erfolgt ist. Im deutschen Arbeitsrecht würde eine solche Form der Überwachung nur zugelassen, wenn sie aus betrieblichen Zwecken zwingend geboten ist, weil sonst erhebliche Störungen des Arbeitsablaufs eintreten würden, und wenn es kein anderes Mittel gibt, um auch ohne Identifizierung von Beteiligten zu einem reibungslosen Arbeitsablauf zu kommen.

2. Einsatz von KI im Bewerbungsverfahren

Soweit KI im Bewerbungsverfahren eingesetzt wird, stellt sich das Problem, ob dabei ein Hochrisiko-System im Sinne des Anhangs III Nr. 4 vorliegt. Dies ist nach Nr. 4 lit. a des Anhangs III der Fall, wenn das KI-System »für die Einstellung oder Auswahl« von Bewerbern verwendet wird, wobei als Beispiele die Platzierung gezielter Stellenanzeigen, die Sichtung und Filterung von Bewerbungen und die Bewertung der Bewerber genannt werden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist der Arbeitgeber in der Regel »Betreiber« des Hochrisiko-Systems und muss die mit dieser Rolle verbundenen Pflichten erfüllen.⁶⁵ Soweit aber beispielsweise ein Konzern die KI auf der Grundlage eigener Daten entwickelt, ist er als derjenige, der ein KI-System in Betrieb nimmt, wie ein Anbieter zu behandeln, so dass er die Anforderungen und Pflichten nach Art. 8 ff. KI-VO selbst erfüllen muss.

Für die Praxis bedeutsam sind die Ausnahmen des Art. 6 Abs. 3 KI-VO. Danach liegt kein Hochrisiko-System vor, wenn das KI-System lediglich eine »eng gefasste Verfahrensaufgabe« erfüllen soll. Dies wäre etwa der Fall, wenn die in digitaler Form eingereichten Bewerbungen auf Vollständigkeit der erbetenen Unterlagen überprüft würden. Möglich ist auch, ein traditionelles Auswahlverfahren unter ausschließlicher Beteiligung menschlicher Entscheider durchzuführen und das Ergebnis anschließend durch ein KI-System überprüfen zu lassen; auch das wäre kein Hochrisiko-System. Schließlich ist die Bewältigung einer vorbereitenden Aufgabe für eine Bewertung der Bewerber ebenfalls kein Hochrisiko-System, wobei in diesen Fällen entweder nur die Tatsachengrundlagen aufbereitet werden oder zwar Bewertungen einfließen können, diese aber von einem

59 Zur Separierung als Mittel der Datensicherung s. Däubler, Gläserne Belegschaften, 9. Aufl., Frankfurt aM. 2021, Rn. 408 ff.

60 S. etwa den Fall BAG, 29.6.2023 – 2 AZR 296/22 – NZA 2023, 1105.

61 Zur (häufig illegalen) Praxis der Überwachung in deutschen Call-Centern s. Däubler (Fn. 59), Rn. 378h bis 378m.

62 Vgl. Betz, ZD 2019, 148 ff.

63 Oben II.2.b)(7).

64 So der Fall des Lübecker Hafens: LAG Schleswig-Holstein, 29.8.2013 – 5 TaBV 6/13 – NZA-RR 2013, 577.

65 Dazu oben II.3.h).

menschlichen Entscheider voll überprüft werden; andernfalls könnte man nicht mehr von »Vorbereitung« sprechen.

Soweit die Voraussetzungen eines Hochrisiko-Systems nicht erfüllt sind, muss gleichwohl nach Maßgabe des Art. 50 KI-VO auf den Einsatz von KI hingewiesen werden.⁶⁶ Dies ist etwa beim Einsatz eines Chatbots der Fall, der Fragen von Bewerbern oder Neueingestellten beantwortet. Dasselbe gilt für die Sprachanalyse, die gegenüber Bewerbern angewandt wird, ohne dass eine unerlaubte Erfassung von Emotionen stattfindet.⁶⁷

Unberührt, dh. weiter anwendbar bleiben nach Art. 2 Abs. 11 KI-VO die Vorschriften des nationalen Arbeitsrechts, die mehr Schutz für den Bewerber vorsehen.⁶⁸ In Deutschland sind dabei insbesondere die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats von Bedeutung.⁶⁹ Unberührt bleiben weiter nach Art. 2 Abs. 7 KI-VO die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften. Von ihnen bedarf insbesondere Art. 22 DSGVO der Hervorhebung, der das Verbot enthält, dass der Einzelne einer ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen wird.⁷⁰

3. Einsatz von KI gegenüber Beschäftigten

Wird KI in der HR-Abteilung eingesetzt, so stellen sich im Prinzip dieselben Fragen wie im Bewerbungsverfahren. Ein Hochrisiko-System läge insbesondere dann vor, wenn die KI für bestimmte Zwecke eingesetzt würde, die in Anhang III Nr. 3 lit. b zur KI-VO aufgeführt sind. Dazu gehören Entscheidungen, die Arbeitsbedingungen, Beförderungen und Kündigungen »beeinflussen«, was selbstredend auch den Fall erfasst, dass die KI die Entscheidungen selbst trifft. Einbezogen ist auch eine denkbare Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Arbeitnehmern, wie sie § 1 Abs. 3 KSchG vorsieht. Weiter ist die Zuweisung von Aufgaben einbezogen, soweit sie aufgrund des individuellen Verhaltens oder persönlicher Merkmale und Eigenschaften erfolgt. Ausgenommen sind damit mit Hilfe von KI erzeugte Weisungen, die nicht auf die Person, sondern nur auf betriebliche Notwendigkeiten abstellen.⁷¹ Dritter möglicher Zweck ist die Beobachtung und Bewertung von Leistung und Verhalten von Beschäftigten. Auch hier sind die unter 2 genannten Ausnahmen zu beachten.

Genau wie im Verhältnis zu Bewerbern ist Art. 50 KI-VO auf andere als Hochrisiko-Systeme anwendbar, wenn KI eingesetzt wird. Auch hier bleiben für Arbeitnehmer günstigere Vorschriften unberührt, was in Deutschland insbesondere im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Bezug

auf die Kontrolle von Leistung und Verhalten durch technische Einrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG von Bedeutung ist. Weiter ist immer die Frage zu stellen, ob nicht die Grenze des Art. 22 DSGVO überschritten ist.

4. Arbeit mit KI

a) Weiterbildung

Erst im Rahmen des Trilogs ist die Vorschrift des Art. 4 KI-VO eingefügt worden, die oben⁷² dargestellt und erläutert wurde. Die Verpflichtung, für eine angemessene KI-Kompetenz der Beschäftigten zu sorgen, ist genuin arbeitsrechtlicher Natur. Sie ist vom Arbeitgeber zu erfüllen, was zur Folge hat, dass er nach Art. 13 der Transparenzrichtlinie⁷³ auf seine Kosten unentgeltliche Fortbildungsmaßnahmen anbieten muss. Diese werden auf die Arbeitszeit angerechnet und sollen möglichst während der Arbeitszeit stattfinden. Im deutschen Recht wurde diese Vorgabe durch § 111 GewO umgesetzt.

b) Arbeit mit ChatGPT

Die deutsche Diskussion hat sich in jüngster Zeit auf Fragen konzentriert, die mit dem Einsatz von ChatGPT zusammenhängen.⁷⁴ Dessen gut entwickelte Fähigkeit, Texte und technische Anleitungen zu produzieren, hat die Frage aufgeworfen, ob sich ein angestellter Journalist bzw. Programmierer dieser Technik aus eigener Initiative bedienen darf. Nach § 613 S. 1 BGB ist eine versprochene Dienstleistung »im Zweifel in Person« zu erbringen. Davon können die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten abweichen; der Arbeitgeber kann also die Arbeit mit ChatGPT erlauben, wird allerdings auf einer inhaltlichen Überprüfung der auf diese Weise entstandenen Texte bestehen. Fehlt eine solche Einigung, wäre der Rückgriff auf ChatGPT eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten.⁷⁵ Dies ist durchaus beifallswert, weil ein von ChatGPT erzeugtes Produkt keinen Urheberrechtsschutz genießt – Urheber können nach heutiger Rechtslage nur Menschen, nicht aber KI-Systeme sein. Der Arbeitgeber könnte deshalb in Schwierigkeiten geraten, wenn Dritte die Veröffentlichung verfälschen oder sich selbst zum Urheber erklären würden: Ihm würde eine Rechtsgrundlage fehlen, um dagegen vorzugehen. Dieses Ergebnis wird außerdem durch Art. 50 KI-VO bestätigt, wonach der Einsatz von KI transparent gemacht werden muss.

Besonderes Interesse fand die Frage, in welchem Umfang ChatGPT für die Arbeit eines Richters oder Rechtsanwalts herangezogen werden kann. Zwei Professoren haben 200 Fälle aus dem Zivil- und Arbeitsrecht in das ChatGPT-System eingegeben, deren Lösung im Internet nicht verfügbar war. Diese hatten einen Schwierigkeitsgrad, der in etwa den Aufgaben entsprach, die Studenten im dritten Semester ihres Studiums

66 Einzelheiten oben II.4.

67 Zum Einsatz von Sprachanalysen und anderen digitalisierten Erhebungsmethoden s. Däubler/Wedde/Weichert/Sommer-Däubler (Fn. 47), § 26 BDSG Rn. 53a bis 53r.

68 Aktuelle Darstellung bei Däubler/Wedde/Weichert/Sommer-Däubler (Fn. 47), § 26 BDSG Rn. 18 bis 77a.

69 Dazu Klebe, SR 2019, 128 ff.; Wittler/Moll, NZA 2023, 327 ff.; Lang/Rheinbach, NZA 2023, 1273, 1276 ff.

70 Einzelheiten in den Kommentaren zur DSGVO; s. neben Däubler/Wedde/Weichert/Sommer (Fn. 47) etwa Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2022; Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019; Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2021.

71 Zur Wirkung solcher Weisungen s. Däubler (Fn. 37), § 9 Rn. 46 ff.; eingehend Knitter, Digitale Weisungen. Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage algorithmischer Berechnungen, Berlin 2022.

72 Unter II.4.

73 Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. 2019, L 186/105, abgedruckt auch bei Deinert/Treiber, Europäische Arbeits- und Sozialordnung, Frankfurt aM. 2021, unter Nr. 50.

74 Dabei handelt es sich um ein Modell mit allgemeinem Verwendungszweck (oben II.5.).

75 Dazu Heine, ZdiW 2023, 221 ff.; Mohn, NZA 2023, 538 ff.; R. Schaub, NJW 2023, 2145 ff.

bewältigen müssen. Immerhin die Hälfte aller Fälle wurde in praktisch brauchbarer Weise gelöst.⁷⁶ Bei höherer Komplexität war dies allerdings nicht mehr der Fall. Bemerkenswert war auch das Experiment, das System nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz zu fragen. Die Auskunft über deren Inhalt war durchaus korrekt. Die Frage, ob es in der juristischen Literatur zustimmende und ablehnende Stellungnahmen gegeben habe, wurde ebenfalls zutreffend beantwortet. Dabei wurden die Argumente dargestellt und zwei durchaus plausible Literaturstellen angegeben. Diese erwiesen sich allerdings als reine Erfindung: Die zitierten Zeitschriften enthielten keine solche Beiträge, ja auch die Namen ihrer Verfasser waren frei erfunden. Damit konfrontiert, entschuldigte sich das System.⁷⁷ Zumindest vorläufig kann auf die natürliche Intelligenz von Menschen nicht verzichtet werden.

IV. Zusammenfassung

Die KI-VO verfolgt einen risikobasierten Ansatz. Sie verbietet bestimmte KI-Systeme, die mit einem unannehmbaren Risiko verbunden sind, was Auswirkungen auch im Arbeitsrecht hat. Im Mittelpunkt ihrer Regelungen stehen die sog. Hochrisiko-Systeme, zu denen auch viele Einsatzformen der KI bei Einstellungen, Versetzungen und Kündigungen gehören. Wer solche Systeme auf dem Markt anbietet, muss zahlreichen Vorgaben Rechnung tragen, die von einem Risikomanagement über die sog. Data Governance bis hin zu umfassenden Dokumentationspflichten reichen. Der »Betreiber« eines Hochrisiko-KI-Systems ist in erster Linie verpflichtet, die vom Anbieter obligatorisch mitgelieferte Gebrauchsanweisung zu beachten. Sonderregeln bestehen für Systeme mit »weitem Anwendungsbereich« wie ChatGPT. Der Sache nach handelt es sich bei der

KI-VO um Produktsicherheitsrecht. Bei Verstößen sind hohe Sanktionen bis hin zu 7 % des weltweiten Umsatzes vorgesehen.

Bei der Nutzung von Systemen, die kein hohes Risiko mit sich bringen, sind nur wenige Bestimmungen zu beachten, die für alle KI-Systeme gelten: Die Personen, die mit diesen arbeiten, müssen über die nötige KI-Kompetenz verfügen, die ihnen bei Bedarf von ihrem Arbeitgeber vermittelt werden muss. Außerdem ist bei unmittelbarer Kommunikation mit einem Menschen, zB. bei Chatbots, darauf hinzuweisen, dass es der Nutzer mit einer KI (und nicht mit einem Menschen) zu tun hat.

Nicht angesprochen ist in der KI-VO die Frage, welches Trainingsmaterial der Entwickler von KI heranziehen kann, ohne gegen Datenschutz- oder Urheberrecht zu verstoßen. Insoweit sind die DSGVO und die einschlägige Richtlinie zum Urheberrecht zu beachten. Der Umgang mit maschinenbezogenen Daten hat keine Regelung erfahren, ist aber Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung. Diese drei Problemkomplexe können die weitere Entwicklung der KI erheblich behindern.

Absehbare Konsequenzen auf dem Arbeitsmarkt werden in der KI-VO nicht erwähnt. Insoweit müssen Mitgliedstaaten und Gewerkschaften aktiv werden.

Die KI-VO wird voraussichtlich im Sommer 2024 im ABl. der EU veröffentlicht. Sie tritt zehn Tage später in Kraft. Ähnlich wie die DSGVO wird sie allerdings erst zwei Jahre nach diesem Zeitpunkt bindend, so dass sich in der Zwischenzeit alle Beteiligten auf den neuen Rechtsrahmen einstellen können. Lediglich Systeme mit unannehmbarem Risiko dürfen schon nach sechs Monaten nicht mehr weiter betrieben werden.

⁷⁶ Einzelheiten bei *Conrads/Schweitzer*, NJW 2023, 2809 ff., auch zum Folgenden.

⁷⁷ Berichtet nach *Schirmer*, JZ 2023, 144 ff.

Statusfragen in der Plattformarbeit: Europäische Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkonzepte auf dem Prüfstand

PROF. DR. CHRISTINA HIESSL, KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag gibt einen Einblick in einige der zentralen Rechtsfragen, Ergebnisse und Tendenzen der Rechtsprechung zum Status digitaler Arbeitsplattformen und ihrer Beschäftigten in Europa. Basierend auf der Analyse der mehr als 890 bisher ergangenen Entscheidungen erörtert er die Kriterien, anhand derer Gerichte entscheiden, ob Plattformbeschäftigte Arbeitnehmer sind, und wenn ja, wer der Arbeitgeber ist.

ABSTRACT The contribution gives an insight into some of the key legal questions, outcomes and trends observed in the case law on the status of digital labour platforms and their workers in Europe. Based on the analysis of the more than 890 decisions handed down so far, the article discusses the criteria used by courts to decide whether platform workers are employees, and if so, who is the employer.

I. Einleitung

Im März 2024 war es schließlich soweit. Nach mehreren gescheiterten Abstimmungen und erheblichen Anpassungen des Textes auf der Zielgeraden wurde ein Kompromiss zwischen den Legislativorganen der EU zur Verabschiedung einer RL über Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit¹ gefunden. Obwohl in diesem Kompromisstext der ursprüngliche Kommissionsvorschlag² streckenweise kaum noch zu erkennen ist, sind die beiden Hauptanliegen in den Teilen II und III erhalten geblieben. Teil III. betrifft die Schaffung konkreter Rechte iVm. dem Einsatz von Algorithmen – potentiell sehr bedeutsamen Neuerungen, die im vorliegenden Beitrag nicht näher besprochen werden. Teil II befasst sich mit der äußerst komplexen Frage des Status von Plattformbeschäftigten.

Hierfür sah der Kommissionsvorschlag ursprünglich einen Kriterienkatalog vor, auf dessen Basis eine Arbeitnehmereigenschaft rechtlich vermutet werden sollte. Nachdem diese Kriterien in den verschiedenen von Parlament und Rat vorgelegten Versionen vermehrt, vermindert, verändert und verschoben wurden, stellt Art. 5 des Kompromisstextes nun ganz allgemein auf Anzeichen einer Weisungsgebundenheit ab (»[...] shall be legally presumed to be an employment relationship when facts indicating control and direction, according to national law, collective agreements or practice in force in the Member States

and with consideration to the case-law of the Court of Justice, are found«).

Diese Formulierung und ihr uU. zweifelhaftes Potential, die erwünschte »Correct determination of the employment status« (Art. 4) zu erzielen, werden zweifellos noch Gegenstand vertiefter interpretativer Untersuchung sein. Klar ist: Die zentrale Verantwortung liegt im Endeffekt bei den Mitgliedstaaten. Letztere bestimmen nicht nur autonom über die (letztlich ausschlaggebende) eigentliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs, sondern können auch den flexiblen Tatbestand »facts indicating control and direction« konkretisieren und dadurch im Ergebnis über die Anwendbarkeit der Rechtsvermutung eines Arbeitsverhältnisses entscheiden.

In diesem Sinne richtet der vorliegende Aufsatz den Blick auf die bisherige Rechtspraxis der Mitgliedstaaten zu Statusfragen in der Plattformökonomie und zieht Bilanz über die mittlerweile ein Jahrzehnt umspannende Entwicklungen.³ Der Beitrag stützt sich auf die Ergebnisse und Schlussfolgerungen eines Arbeitspapiers, das von der Europäischen Kommission Anfang 2021 im Zuge der vorbereitenden Arbeiten über das Ob und Wie einer Regulierung von Plattformarbeit auf EU-Ebene in Auftrag gegeben und seitdem wiederholt aktualisiert wurde.⁴ Die Anzahl der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zur Einordnung von Plattformen und ihrer Beschäftigten,

1 Directive on improving working conditions in platform work, 2021/0414(COD), Final compromise text. Abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7212-2024-ADD-1/en/pdf> (3.6.2024).

2 Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, 9.12.2021, COM/2021/762 final.

3 Die älteste der Autorin vorliegende administrative Entscheidung zum Arbeitgeberstatus einer digitalen Plattform ist jene der südnorwegischen Arbeitsinspektion zur Reinigungsplattform Vaskerhvit (Arbeidstilsynet Sør-Norge, 25.2.2014 – 2014/58106); das erste Gerichtsurteil erging durch das Pariser Arbeitsgericht und betraf die Fahrdienstplattform LeCab.

4 Abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839603 (3.6.2024). Vgl. Fn. 30 und 43 des Kommissionsvorschlags (Fn. 2).

die schon im RL-Vorschlag der Kommission auf Basis der Erstversion des Arbeitspapiers als sehr hoch bezeichnet wurde, hat sich inzwischen ungefähr verdreifacht. Die Fallsammlung, auf der die Analyse basiert, zählt mittlerweile über 890 Entscheidungen.⁵

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Abschnitt II gibt eine Zusammenfassung der bestehenden Rechtsprechung in den 18 europäischen Ländern, in denen relevante Statusfragen bis dato durch Behörden und Gerichte beurteilt wurden. Abschnitt III bespricht ausgewählte Fragen, die sich aus dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die Kriterien ergeben, anhand derer die Arbeitnehmereigenschaft beurteilt wird. Abschnitte IV und V erörtern die bisherige und potentielle Rolle von Zwischenkategorien und Rechtsvermutungen, wonach Abschnitt VI einige der Fragen anspricht, die sich aus dem zunehmenden Trend zu Mehrparteienbeziehungen ergeben. Abschließend werden in Abschnitt VII einige Schlussüberlegungen angestellt.

II. Rechtsprechung im Überblick

1. Übersicht der Fälle und Ergebnisse

Dieser Unterabschnitt bietet einen quantitativen Überblick der Entscheidungen, die Plattformbeschäftigte als Arbeitneh-

mer, Selbständige oder – falls im jeweiligen nationalen Recht vorgesehen – in eine Zwischenkategorie eingeordnet haben. Aufgrund der zunehmenden Relevanz von Mehrparteienkonstruktionen, (s.u.) werden Entscheidungen, die Beschäftigte als Arbeitnehmer einstufen, aber nicht das Plattformunternehmen als Arbeitgeber identifizieren, getrennt angeführt.

Eine detaillierte tabellarische Übersicht aller betrachteten Fälle und der dazugehörigen rechtlichen Begründungen kann bei der Autorin angefragt werden.⁶

Wie aus Tabelle 1 ersichtlich, sind Entscheidungen zur Klassifizierung von Plattformen und ihrer Beschäftigten im untersuchten Zeitraum (bis einschließlich Februar 2024) in 18 europäischen Ländern ergangen, wobei beinahe vier Fünftel der Entscheidungen aus den beiden rechtsprechungsintensivsten Ländern Frankreich und Spanien stammen.

Ein Teil der Entscheidungen enthält letztlich keine klaren Feststellungen zum Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberstatus – etwa weil ein Antrag aus prozeduralen Gründen zurückgewiesen oder die Sache für weitere Feststellungen an eine niedrigere Instanz zurückverwiesen wurde. Für diejenigen Entscheidungen, die eine eindeutige Zuordnung vornehmen, veranschaulicht Tabelle 2 die Ergebnisse.

Tabelle 1: Entscheidungen mit Fragestellung zum Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Status (letztinstanzliche in Klammern)⁷

In- stanz	AT	BE	CH	DE	DK	ES	FI	FR	HU	IE	IT	LU	NL	NO	PT	SE	TR	UK
<i>Behördliche Entscheidungen</i>																		
1.	4	4	18		4	28	4	2		1	1	1	1	1		5		2
2.			12		1	14	1			1				1				
<i>Gerichtliche Entscheidungen</i>																		
1.	1	1	1	2		124	1	198	1		25	1	5		7		1	10
2.	5	2	4	2		99		177	1		4		6			5	1	7
3.		1	15 (2)	1		28 (17)		24	1	1	1		3			3		3
4.			5							1						1		3
5.										1								
Insg.	10	8	55	5	5	293	6	401	3	5	31	2	15	2	7	7	2	25

Tabelle 2: Entscheidungen mit Feststellung zum Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Status

	Arbeitnehmer der Plattform	Selbstständig	Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers	tertium genus	Insgesamt
Essenslieferung	294	36	13	17	360
Personentransport	107	90	85	7	289
Sonstige Lieferung	11	7	22	11	51
Unternehmen⁸	10	7			17
Haushalt⁹	7	6	2	4	19
Insgesamt	429	146	122	39	736

5 Wobei die tatsächliche Anzahl zweifellos noch höher liegt. Va. erstinstanzliche und administrative Entscheidungen werden in den meisten Ländern nicht oder nur ausnahmsweise publiziert und va. in den rechtsprechungsintensiven Ländern (Frankreich, Spanien) erlangen einzelne Entscheidungen schon lange keine anderweitige Bekanntheit (in den Medien oder in Fachkreisen) mehr.

6 Über christina.hiessl@kuleuven.be. An einer Online-Veröffentlichung in Form einer Datenbank mit Suchfunktion wird aktuell in Zusammenarbeit mit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gearbeitet.

7 Die Fallsammlung umfasst alle Fälle, in denen ein Beschäftigungsverhältnis entweder mit dem Plattformunternehmen oder mit dessen Geschäftspartnern/Kunden von einer der Parteien behauptet und/oder durch das Entscheidungsgremium festgestellt wurde. Vereinzelt wurden auch »Gig work«-Fälle berücksichtigt, bei denen die Unternehmen streng genommen keine Plattformunternehmen sind, aber mit einem sehr ähnlichen Geschäftsmodell arbeiten (basierend auf der Verfügbarkeit eines »Pools« formell selbständiger Auftragnehmer ohne konkrete Arbeitspflicht, an die Aufträge flexibel vergeben werden – va. Essens- und Paketzustellbetriebe in Irland und dem Vereinigten Königreich).

8 Mystery Shopping (14 Entscheidungen), Inspektionsdienste (2 Entscheidungen) und Freelance-Beschäftigung (1 Entscheidung).

9 Reinigungsdienste (7 Entscheidungen), gemischte Hilfsdienste (6 Entscheidungen), Installationen (4 Entscheidungen) und Pflege (2 Entscheidungen).

Die Zahlen verdeutlichen, dass Plattformbeschäftigte bisher in deutlich mehr als der Hälfte der Entscheidungen als Arbeitnehmer eingeordnet wurden. Diese Tendenz ist besonders ausgeprägt in der rechtsprechungintensivsten Branche der Essenslieferdienste. Ein knappes Fünftel wurde als selbständig, ein Sechstel als Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers angesehen. Derartige andere Arbeitgeber sind idR. Subunternehmer der Plattform (etwa Fuhrparkdienstleister oder Taxibetriebe bei den Fahrdiensten oder Speditionsdienste bei den Lieferplattformen), seltener Zeitarbeitsunternehmen, ausnahmsweise auch Kunden (bei haushaltsnahen Dienstleistungen). In einem kleinen Teil der Entscheidungen wurden Beschäftigte in eine Zwischenkategorie eingeordnet (va. im Vereinigten Königreich und in Italien; in der älteren Rechtsprechung auch in Spanien; s.u. zu den konkreten Kategorien). Die Tabelle verdeutlicht auch, dass die Fallzahlen außerhalb der Transport- und Lieferbranche letztlich noch sehr niedrig liegen, wodurch die Aussagekraft der sich abzeichnenden Tendenzen beschränkt ist.

Diese Gesamtzahlen sind auch insofern beschränkt aussagekräftig, als die Fallsammlung letztlich viele »repetitive« Entscheidungen enthält (etwa weil dutzende individuelle Arbeitnehmer und/oder Institutionen Klagen gegen dieselbe Plattform einbringen) und sich die Beurteilung in mehreren Ländern im Laufe der Zeit verändert hat. Um einen besseren Einblick in die Beurteilung der unterschiedlichen Plattfortmtypen in den einzelnen Ländern zu geben, wird daher nachfolgend veranschaulicht, wie diese in den jeweils aktuellsten Entscheidungen pro Land sowie – soweit vorhanden – in letztinstanzlichen Entscheidungen eingeordnet wurden. Wie ersichtlich, haben letztinstanzliche Urteile sogar in drei Viertel der Fälle ein Arbeitsverhältnis mit der Plattform angenommen; umgekehrt erhöht sich beim Fokus auf die aktuellsten Entscheidungen der Anteil jener zugunsten des Selbständigenstatus auf ein Drittel.

Tabelle 3: Jeweils aktuellste Entscheidung mit Feststellung zum Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Status

	Arbeitnehmer der Plattform	Selbständig	Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers	tertium genus	Insgesamt
Essenslieferung	BE, CH, DK, ES, FI, FR, IE, PT, NL	HU, LU, SE, UK		IT	14
Personen-transport	CH, NL	BE, FR, SE, TR	AT, ES	UK	9
Sonstige Lieferung	ES	FR		UK	3
Unternehmen	AT, DE, FR9F ¹⁰ , NL	FR1 ¹¹ , SE			6
Haushalt	ES, NL	DK, SE	NO	UK	6
Insgesamt	18	13	3	4	38

10 Inspektionsdienste.
11 Mystery Shopping.

Tabelle 4: Letztinstanzliche Entscheidungen mit Feststellung zum Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Satus

	Arbeitnehmer der Plattform	Selbständig	Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers	tertium genus	Insgesamt
Essenslieferung	CH, ES, FR, IE, NL	HU, UK		IT	16
Personen-transport	CH, FR			UK	10
Sonstige Lieferung	ES		ES		2
Mystery Shopping	DE	FR			2
Freelance		SE			1
Installation				UK	1
Insgesamt	24	4	1	3	32

2. Kriterien und Begründungen

Wie im Arbeitspapier ausführlich dargestellt,¹² lassen sich allgemeine Schlussfolgerungen zu vorherrschenden Mustern in der nationalen Rechtsprechung nur schwer ziehen – insbesondere im Hinblick auf die Heterogenität der Plattformen, die Knappheit der Rechtsprechung zu einigen Plattfortmtypen und letztlich auch die regelmäßigen Anpassungen der AGBs der bestehenden Plattformen.

Inzwischen scheint sich die Rechtsprechung in einigen Ländern zumindest in dem Sinne gefestigt zu haben, dass ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit hinsichtlich der Klassifizierung einzelner Plattfortmtypen entstanden ist. Etwa bestehen nach knapp 150 Entscheidungen zu Essenslieferdiensten in Spanien, die schon seit Ende 2019¹³ unanim ein Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und Beschäftigten annahmen (und sich von zahlreichen AGB-Veränderungen bei Glovo und Deliveroo unbeeindruckt zeigten), wohl kaum noch Zweifel über deren Status. Ähnlich eindeutig stellt sich die Situation in der Schweiz dar, wo von den knapp 50 Entscheidungen, die seit Mitte 2016 zu Fahr- und Lieferdiensten ergangen sind und eindeutige Feststellungen zum Arbeitnehmerstatus enthalten, jede einzelne die Plattform als Arbeitgeber eingeordnet wurde.¹⁴ In Italien besteht insofern Klarheit, als Beschäftigte bei diversen Essenslieferplattformen zumindest nicht »regulär« selbständig sind – obwohl die Gerichte zwischen Arbeitnehmerstatus und Einordnung als »lavoro eteroorganizzato«¹⁵ schwanken (letzttere herrscht ursprünglich vor, während die jüngsten Entscheidungen wieder zum Arbeitnehmerstatus zu tendieren scheinen). Darüber hinaus haben die Gerichte in einigen Ländern zumindest ein eindeutiges Urteil über bestimmte Plattformen gefällt. So nahm die rechtliche Beurteilung der Essensliefer-

12 S. Abschn. 2.2 des Arbeitspapiers (Fn. 4).

13 Dh. lange vor Inkrafttreten der berühmten Ley Rider (Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, BOE-A-2021-7840), die eine Rechtsvermutung ausschließlich für jene Beschäftigten einführt, die nach ständiger Rechtsprechung ohnehin ausnahmslos als Arbeitnehmer eingestuft werden. Die letzte Entscheidung, die eine Essenslieferplattform nicht als Arbeitgeber einstufte, stammt vom 12.11.2019 (Juzgado de lo Social de Vigo, 12.11.2019 – 642/2019).

14 Wobei eingeräumt werden sollte, dass es in allen Entscheidungen ausschließlich um Uber bzw. UberEats ging.

15 Ein Status, der Beschäftigte iW. mit Arbeitnehmer gleichstellt – s. Abschnitt IV.

plattform Take Eat Easy in Frankreich im Dezember 2017 eine finale Wende von einer einstimmigen Bestätigung des Selbständigenstatus¹⁶ hin zur ausnahmslosen Einordnung als Arbeitnehmer, die in mehr als 100 Entscheidungen bestätigt wurde.¹⁷ Generell kann zumindest in den Ländern, in denen Präzedenzfällen große Bedeutung beigemessen wird (dh. insb. aber nicht nur im angelsächsischen Raum) davon ausgegangen werden, dass zumindest letztinstanzliche Urteile einen Schlusspunkt hinter die Diskussion über die Einordnung der jeweils betroffenen Plattform setzen, solange diese ihr Geschäftsmodell nicht wesentlich verändert.

Da zu den meisten Plattformen in den meisten Ländern jedoch entweder noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist oder deren Relevanz durch (evtl. auch strategisch eingesetzte) AGB-Änderungen der Plattformen in Zweifel gezogen wird, bestehen die Unsicherheiten weitgehend fort. In manchen Ländern scheinen diese mit steigender Anzahl der Fälle sogar zuzunehmen. Das Paradebeispiel hierfür ist Frankreich, das – obwohl es weitaus mehr Gerichtsurteile zum Arbeitnehmerstatus von Plattformarbeitern hervorgebracht hat als jedes andere Land – mit Ausnahme der Take Eat Easy-Fälle immer noch durch eine nahezu völlige Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse gekennzeichnet ist. Besonders frappierend ist die Rechtsprechungspraxis zu den Fahrdiensten, die vom Kassationshof in allen vier Entscheidungen, die eine klare Feststellung zum Arbeitnehmerstatus enthielten (zwei zu Uber, je eines zu Bolt und LeCab¹⁸) als Arbeitgeber eingeordnet wurden – eine Tatsache, die insb. das Pariser Berufungsgericht geflissentlich zu ignorieren scheint und in seinen bisher 56 Urteilen zu diesem Plattfortypus immer vehementer auf dem Selbständigenstatus beharrt.¹⁹ Im Vereinigten Königreich hatten zehn von zehn Entscheidungen Paketzusteller als »workers« eingeordnet;²⁰ in diesen sowie in der einschlägigen Rechtsprechung des Höchstgerichts²¹ hatten sich bereits Tendenzen zur Abschwächung des Höchstpersönlichkeitskriteriums abgezeichnet. Dennoch wurden die Kuriere von Deliveroo im ersten und bisher einzigen Fall zu einer Essenslieferplattform, der in Teilaspekten bis vor das Höchstgericht gebracht wurde, unter iW. ausschließlicher Berufung auf das Höchstpersönlichkeitskriterium, als Selbständige angesehen.²²

Zu den Tendenzen und Entwicklungsmustern, die länderübergreifend (wenn auch jeweils mit entsprechenden Ausnahmen) von erheblicher Relevanz zu sein scheinen, gehören insb.

- die abnehmende Bedeutung, die der vertraglichen Bezeichnung als »Selbständiger«, dem Umfang und der Dauerhaftigkeit der Arbeitsleistung zugemessen werden;²³

- ein vermindertes Bestehen auf der Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung, und insb. deren Grundlage in einer vertraglichen Verpflichtung;²⁴
- eine liberalere Herangehensweise an die Frage der Arbeitspflicht (s.u.);²⁵
- ein weiteres Verständnis der Konzepte Weisungsrecht, Kontrolle und Sanktionen;²⁶ und
- eine Verlagerung des Fokus hin zu Kriterien der organisatorischen Integration (die im Gegensatz zu echter Unabhängigkeit und Unternehmertum steht) und eine tiefere Bewertung der Faktoren, die eine solche Integration bestimmen.²⁷

Im Gegensatz dazu deuten nur vereinzelte Orbiter Dicta einiger weniger Entscheidungen auf eine Berücksichtigung wirtschaftlicher Abhängigkeit i.e.S. als wesentliches Kriterium oder auf eine eventuelle Verlagerung des Schwerpunkts auf eine Untersuchung des Arbeitgeberstatus des Auftraggebers (s.u.) hin.²⁸

Aus Platzgründen beschränken sich die weiteren Ausführungen großteils auf die Besprechung eines Kriteriums, das dem Grundkonzept der Gig Economy geradezu diametral gegenübersteht: der Pflicht zur Arbeitsleistung.

III. Arbeitnehmerstatus ohne Arbeitspflicht?

1. Hinterfragung einer *Conditio sine qua non*

a) Ausgangspunkt

Die Freiheit zu entscheiden, ob, wie viel und wann man arbeitet, ist ein typisches Merkmal der Gig Economy allgemein und der Plattformarbeit im Speziellen, und ihre Bedeutung hat mit der Weiterentwicklung der Plattformen im Laufe der Zeit weiter zugenommen. Die Plattformen, die in den bisherigen Fällen in den verschiedenen europäischen Ländern untersucht wurden, schrieben nur ganz ausnahmsweise ein Mindestmaß an Aktivität vor (etwa verlangte die französische Einkaufslieferplattform Tok Tok Tok zehn Zustellungen pro Monat).²⁹ Während Fahr- und Lieferdienstplattformen zumindest in der Vergangenheit meist auf Reservierungssystemen basierten, bei denen die Beschäftigten einige Tage im Voraus die Verantwortung für eine bestimmte Schicht oder Runde übernehmen, zeichnen sich moderne Versionen mehr und mehr durch völlige An- und Abmeldefreiheit aus. Das wohl bekannteste Beispiel, das auch in einigen gerichtlichen Entscheidungen ausführlich zur Sprache kommt, ist die Umstellung von Deliveroo auf das »Free Login System«.³⁰

Dies macht es schwierig, Plattformbeschäftigte unter den Schutz des Arbeitsrechts zu stellen, da die Arbeitspflicht in praktisch allen Ländern ein traditionelles Kernelement des Arbeitnehmerstatus ist und häufig als *Conditio sine qua non* gilt. Formulierungen analog zu jener in § 611a des deutschen BGB

16 Zuletzt in Cour d'appel de Paris, 12.11.2017 – RG n° 17/03088.

17 Wiederholt auch durch den Kassationshof – einschließlich der allerersten letztinstanzlichen Entscheidung zum Arbeitgeberstatus einer Plattform in Europa (Cour de cassation, 18.11.2018 – Arrêt n°1737 (17-20.079)).

18 Beginnend mit Cour de cassation, 4.3.2020, Arrêt n° 374 (19-13.316) (zu Uber); zuletzt in Cour de cassation, 13.9.2023, Arrêt n° 22-10.950 (zu LeCab).

19 Wobei oft bis zu 10 Klagen verbunden und gemeinsam abgewiesen werden. Vgl. Cour d'appel de Paris, 11.1.2024 – RG n° 23/02809 et al.

20 Zuletzt Employment Appeal Tribunal, 5.12.2019 – UKEAT/0219/18/BA (zu Stuart).

21 Vgl. etwa die Erwägungen des Höchstgerichts im vielzitierten *Pimlico Plumbers*-Urteil: Supreme Court, 13.6.2018 – [2018] UKSC 29.

22 Vgl. High Court of Justice, 5.12.2018 – [2018] EWHC 3342 (Admin). Zum dritt- und viertinstanzlichen Berufungsverfahren (zuletzt Supreme Court, 21.11.2023 – [2023] UKSC 43) wurde ausschließlich noch die Frage zugelassen (und letztlich verneint), ob die Verweigerung des Zugangs zu kollektiven Arbeitsrechten die EMRK verletze.

23 Arbeitspapier (Fn. 4), Abschn. 2.1.1 und 2.1.2.

24 Ebd., Abschn. 2.1.3.

25 Näher ebd., Abschn. 2.1.4.

26 Ebd., Abschn. 2.1.6.

27 Ebd., Abschn. 2.1.7.

28 Ebd., Abschn. 2.1.8 und 2.1.9.

29 Die Bedeutung eines solchen Merkmals als Indikator für den Status eines Arbeitnehmers wurde zuletzt auch vom Kassationshof (Cour de cassation, 27.9.2023 – Arrêt n° 20-22.465 und n° 20-22.466) hervorgehoben.

30 Vgl. zB. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153; Gerichtshof Amsterdam, 16.2.2021 – 200.261.051/01.

(»wird der Arbeitnehmer [...] zur Leistung [...] verpflichtet«) finden sich ebenso in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen oder Judikaturformeln in Belgien, Irland, den Niederlanden, Österreich, Portugal, Ungarn oder dem Vereinigten Königreich. Das Fehlen einer solchen Verpflichtung wird dementsprechend in praktisch allen Urteilen, die den Arbeitnehmerstatus von Plattformbeschäftigten verneinen, als Kernkriterium angeführt – mit Ausnahme derjenigen, die sich ganz konkret und ausschließlich auf andere Kriterien konzentrieren, wie etwa die bereits angeführten Deliveroo-Entscheidungen im Vereinigten Königreich. In manchen Fällen sehen Gerichte auch diverse Anzeichen der Weisungsgebundenheit durch die Tatsache relativiert, dass sich Plattformbeschäftigte Anweisungen, Kontrollen etc. durch die Plattform jederzeit entziehen können, indem sie Aufträge ablehnen oder stornieren oder sich abmelden.⁵¹

Eine Ausnahme stellen die Arbeitnehmerkonzepte der skandinavischen Länder dar, die eine Arbeitspflicht in der Regel nicht als notwendigen Indikator für den Arbeitnehmerstatus betrachten. Wie der finnische Arbeitsrat⁵² ausführlich darlegt, kann die Befugnis des Arbeitgebers, zu bestimmen, wann und wie viel Arbeit zu leisten ist, einen gewichtigen Hinweis auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses darstellen. Dies ist aber keineswegs notwendig, solange die Arbeit in der Praxis geleistet und vom Arbeitgeber hinreichend bestimmt wird und auch der Kontrolle des Letzteren unterliegt. In ähnlicher Weise drehen sich die schwedischen⁵³ und norwegischen⁵⁴ Entscheidungen hauptsächlich um den Einfluss und die Kontrolle des behaupteten Arbeitgebers auf die tatsächlich geleistete Arbeit und legen keinen großen Wert auf die Entscheidungsfreiheit des behaupteten Arbeitnehmers hinsichtlich des Ob und Wann der Arbeitsverrichtung.

Am anderen Ende des Spektrums verlangt in Irland und im Vereinigten Königreich die Doktrin der »mutuality of obligations«, dass auch das Fehlen einer Verpflichtung zur Bereitstellung von Arbeit seitens des behaupteten *Arbeitgebers* (der Plattform) ein Hindernis für die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses darstellt.⁵⁵ Selbst im Fall des *worker*-Status im Vereinigten Königreich (s.u. IV) wird diese »mutuality« jedenfalls in abgeschwächter Form verlangt und es muss der Beweis einer »nicht reduzierbaren Mindestverpflichtung« erbracht werden. Ähnliches gilt für Ungarn, wo das Höchstgericht in seiner Entscheidung zu Foodora⁵⁶ das Fehlen einer Verpflichtung *beider* Parteien zur Bereitstellung bzw. Erbringung von Arbeitsleistungen als scheinbar wichtigsten Grund für die Ablehnung des Arbeitnehmerstatus angeführt hat. Eine derartige Herangehensweise macht die Einordnung von Plattformarbeit als Arbeitsverhältnis nahezu unmöglich, nachdem sich zumindest die Plattform letztlich nie zur Bereitstellung von Arbeit verpflichtet.

Nur wenige Entscheidungen konnten der Frage ausweichen, ob das Fehlen der Arbeitspflicht per se unvereinbar mit

der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses ist. Am explizitesten tut dies das irische Höchstgericht, das am Ende eines beinahe 200 Seiten starken Urteils zum Status von Pizzakurieren⁵⁷ beschließt, diesen Punkt offenzulassen, da er für die ihm vorgelegte (ausschließlich steuerrechtliche) Fragestellung gänzlich irrelevant ist. Die Höhe der Lohnsteuer ist schließlich nicht davon abhängig, ob das Unternehmen mit den Kurieren durch ein einziges, durchgängiges Arbeitsverhältnis oder vielmehr durch eine Vielzahl von sehr kurzen befristeten Arbeitsverhältnissen verbunden war, die jeweils begannen, sobald ein Arbeitnehmer sich verpflichtete, eine bestimmte Lieferung zu übernehmen. Dieselbe Argumentation gilt generell in den sozialrechtlichen Fällen. Hier sehen die einschlägigen österreichischen Entscheidungen⁵⁸ das Verhältnis zwischen Mystery Shopping-Plattformen und ihren Beschäftigten sogar ausdrücklich als Rahmenvereinbarung für den wiederholten kurzfristigen Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen für wenige Stunden an. Dadurch bleibt die Arbeitspflicht als *Conditio sine qua non* unangetastet. Für die Kläger in arbeitsrechtlichen Fällen wäre eine solche Lösung hingegen selten zufriedenstellend, da das Bestehen oder die Höhe individualarbeitsrechtliche Ansprüche in Bezug auf Löhne, Arbeitszeit, Jahresurlaub, Kündigungsschutz, Diskriminierungsschutz etc. regelmäßig vom Bestehen einer dauerhaften Vertragsbeziehung abhängen.

b) Der EuGH und das Yodel-Enigma

Der EuGH hat bisher noch keine direkten Aussagen dazu getroffen, ob typische Situationen der Plattformarbeit unter den europäischen Arbeitnehmerbegriff fallen. In den beiden Entscheidungen zu Uber (Rechtssachen *Élite Taxi*⁵⁹ und *Uber France*⁶⁰) ging es nicht um die arbeitsrechtliche Einordnung der Fahrer. Dennoch haben sich diese Urteile als wertvolle Referenz für nationale Gerichte erwiesen, die den Status von Plattformbeschäftigten bestimmen mussten, da beide eindeutig feststellen, dass Uber als Transportunternehmen angesehen werden muss. Dies wurde beispielsweise in Entscheidungen in Belgien,⁶¹ Italien⁶² und Spanien⁶³ als Ausgangspunkt für die Feststellung herangezogen, dass Plattformen keine bloßen Vermittlungsbetriebe sind, die unabhängige Einzelunternehmer und Kunden miteinander verbinden, sondern selbst mithilfe ihrer Beschäftigten eine Dienstleistung erbringen.

Nach der vielzitierten Formel des EuGH besteht das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person für einen bestimmten Zeitraum Leistungen für eine andere Person nach deren Weisung gegen Entgelt erbringt.⁶⁴ Zumindest nach ihrem Wortlaut verlangt diese Definition nicht unbedingt eine vorab festgelegte Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Lange Zeit hatte der EuGH nicht direkt zu der Frage Stellung genommen, ob eine Arbeitspflicht dennoch re-

37 S. Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5 (zu *Uber*) und an Chúirt Uachtarach, 20.10.2023 – [2023] IESC 24 (zu *Domino's*).

38 Zuletzt österreichisches Bundesverwaltungsgericht, 11.8.2021 – I413 2221763-1 (zu *Mystery Shopping*).

39 EuGH, 20.12.2017 – C-434/15 – ECLI:EU:C:2017:981.

40 EuGH, 10.4.2018 – C-320/16 – ECLI:EU:C:2017:981.

41 Commission Administrative de règlement de la relation de travail, 26.10.2020 – 187 – FR – 20200707 (zu *Uber*).

42 Tribunale di Palermo, 20.11.2020 – RG n. 7283/2020 (zu *Glovo*).

43 Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019 (zu *Glovo*).

44 Vgl. zB. Rechtssachen *Fenoll* (EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – ECLI:EU:C:2015:200) oder *Matzak* (EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – ECLI:EU:C:2018:82).

31 Vgl. jüngst Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23.5T8PTM (zu *Glovo*).

32 Työneuvosto, 5.10.2020 – TN 1481-20 (zu Essenslieferplattformen).

33 Förvaltningsrätten i Malmö, 22.6.2012 – Mål nr 13356-20 und 14.11.2021 – Mål nr 1332-21 (zu *TaskRunner* und *Tiptapp*).

34 Direktoratet for arbeidstilsynet, 16.7.2015 – 2016/2078 (zu *Vaskerhvit*).

35 S. zB. die Erwägungen der jeweiligen Höchstgerichte in Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5 (zu *Uber*) und an Chúirt Uachtarach, 20.10.2023 – [2023] IESC 24 (zu *Domino's*).

36 Kúria, 13.12.2023 – Mfv.VIII.10.091/2023/7.

levant für die Beurteilung ist. Die Urteile in den Rechtssachen *Raulin*⁴⁵ und *Allonby*⁴⁶ schienen darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof dem Fehlen einer Arbeitspflicht keinerlei Bedeutung zumisst;⁴⁷ es wurde jedoch auch darauf hingewiesen, dass sich der EuGH in beiden Fällen nicht dazu geäußert hat, ob er tatsächlich einen einzigen ununterbrochenen Arbeitsvertrag zwischen den Parteien annahm oder vielmehr den wiederholten Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse.⁴⁸

Bezeichnenderweise betrifft der erste und bisher einzige Fall, in dem der EuGH direkt zu der Frage Stellung nahm, einen Paketzustelldienst, dessen Organisation der typischen Arbeitsorganisation einer Lieferplattform stark ähnelt. Aus sich wohl nur den zuständigen Richtern erschließenden Gründen wurde das Vorabentscheidungsersuchen im Fall *Yodel*⁴⁹ mit Beschluss anstatt mit Urteil entschieden. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich, dass der EuGH zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit zu tendieren scheint. Rn. 23 verweist auf vier Formen von Ermessen, die dem Kläger bei Ausführung seiner Arbeit zukamen: Ermessen (1) auf Subunternehmer zurückzugreifen, (2) Arbeitsangebote anzunehmen oder abzulehnen, (3) für Konkurrenten des Auftraggebers zu arbeiten und (4) die Arbeitszeit frei festzulegen. Mit anderen Worten wird dem Fehlen einer Arbeitspflicht in Form des zweiten genannten Elements jedenfalls in Kombination mit drei weiteren Elementen eine nicht unerhebliche Bedeutung beigemessen. Über die relative Bedeutung der vier Faktoren schweigt sich das Urteil freilich aus. Eine wichtige Einschränkung besteht insofern, als die Person dennoch als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, wenn entweder (1) ihre Unabhängigkeit fiktiv zu sein scheint oder (2) es doch möglich ist, das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses zwischen ihr und dem Auftraggeber nachzuweisen. Letztgenannter Aspekt deutet darauf hin, dass letztlich auch alle anderen Hinweise auf eine Weisungsgebundenheit miterwogen werden müssen, was die Bedeutung der vorhergehenden Identifizierung von vier Elementen doch stark relativiert.

Tatsache ist jedoch, dass die Entscheidung in aller Deutlichkeit auf vier Elemente Bezug nimmt, die geradezu typisch für die Arbeitsweise von Plattformen sind. Mehr noch, die AGBs der in den nationalen Fällen untersuchten Plattformen räumten den Beschäftigten häufig sogar noch mehr Ermessen ein als in *Yodel* – zB. aufgrund des Fehlens von Schichtplänen, was das Ermessen in Bezug auf die og. Elemente (2) und (4) noch verstärkt. Im Hinblick darauf erscheint es umso bedauerlicher, dass der knapp gehaltene Beschluss keinerlei Hinweise darauf erhält, unter welchen Umständen bestimmte Ermessenselemente als »fiktiv« angesehen werden können. Wie im nächsten Unterabschnitt anhand des zentralen Kriteriums der Arbeitspflicht veranschaulicht, haben nationale Entscheidungskörper zahlreiche Argumentationslinien identifiziert, durch die diese traditionellen Merkmale der Selbstständigkeit relativiert werden können.

45 EuGH, 16.5.2008 – C-49/08 – ECLI:EU:C:2008:286.

46 EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – ECLI:EU:C:2004:18.

47 *Menegatti*, Italian Labour Law e-Journal 1/72(2019), 73.

48 *Risak/Dullinger*, ETUI Research Paper 140 (2018), 42 ff.

49 EuGH, 22.4.2020 – C-692/19 – ECLI:EU:C:2020:288. Die Vorlagefrage betraf den persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitszeit-RL. Zu dieser hatte der EuGH bereits mehrfach festgestellt, dass der autonome Arbeitnehmerbegriff des EU-Rechts anwendbar ist (vgl. zB. EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – ECLI:EU:C:2018:82 (*Matzak*)).

Ein bemerkenswertes Detail der Entscheidung in *Yodel* (Rn. 30–31) ist die Verweisung auf die Rs. *FNV Kunsten*⁵⁰ und die in letzterer angeführten Kriterien. Diese ist einzigartig in der Rechtsprechung des EuGH zu arbeitsrechtlichen Fragestellungen und insofern bemerkenswert, als der wettbewerbsrechtliche Ansatz, der die Grundlage des Urteils in *FNV Kunsten* bildet, eine negative Definition des Arbeitnehmers als »Nicht-Unternehmen« enthält. In dieser geht es nicht nur darum, »dass eine Person [...] nach Weisung ihres Arbeitgebers handelt, insbesondere was ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht«, sondern auch, dass sie »nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt ist [...] und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert ist und daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit bildet« (Rn. 36). Anders ausgedrückt geht es nicht ausschließlich um Fragen der Weisungsgebundenheit iS., sondern auch um jene der organisatorischen Eingliederung – die letztlich auch bei Plattformbeschäftigten mit weiten Ermessensspielräumen iSd. og. vier Elemente oft sehr ausgeprägt ist. Ob und inwiefern das Zitat aus dem *FNV Kunsten*-Urteil in *Yodel* bedeuten soll, dass derartigen Aspekten organisatorischer Eingliederung bei der Beurteilung der Weisungsgebundenheit berücksichtigt werden können, lässt der EuGH offen.⁵¹

Dass eine Einordnung als Arbeitnehmer nach EU-Recht auch potentiell erhebliche Auswirkungen auf die Beurteilung der jeweiligen Gruppe nach nationalem Recht hat, bedarf wohl keiner näheren Ausführungen. Viele Mitgliedstaaten setzen EU-Arbeitsrecht auch in Gesetzen um, deren Geltungsbereich auf Arbeitnehmer nach der nationalen Definition beschränkt ist – womit der jeweilige Gesetzgeber implizit von einer weitgehenden Übereinstimmung der beiden Konzepte ausgeht. Dies wird von den Gerichten bei der Interpretation häufig mitberücksichtigt. Das *Yodel*-Urteil wurde dementsprechend auch in der nationalen Rechtsprechung zum Status von Plattformbeschäftigten herangezogen – und zwar sowohl zur Untermauerung von Entscheidungen, die Kurieren den Arbeitnehmerstatus nach nationalem Recht verneinen (in Portugal⁵² und dem Vereinigten Königreich⁵³) als auch von jenen, die ihn bejahen (in Italien⁵⁴ und Spanien⁵⁵).

c) Argumentation in den nationalen Plattformentscheidungen

Die unter a) beschriebene Ausgangssituation im nationalen Recht der meisten europäischen Staaten stellt Gerichte und Verwaltungsbehörden, die eine Einordnung von Plattformbeschäftigten als Arbeitnehmer erwägen, vor erhebliche Herausforderungen. Dennoch kam, wie unter II.1. beschrieben, eine

50 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – ECLI:EU:C:2014:2411.

51 Sofern die vom Wettbewerbsrecht ausgenommene Gruppe folglich mit Arbeitnehmer iSd. EU-Rechts angesehen werden, vertritt scheinbar zumindest die Kommission eine Einordnung all jener Plattformbeschäftigten, deren Arbeit durch die Plattform organisiert wird (ohne jeglichen Hinweis auf eine Arbeitspflicht oder Ermessensspielräume bei der Arbeitsgestaltung) als Arbeitnehmer. S. Rn. 2(d) sowie Abschn. 3.3. der Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen 2022/C 374/02, C/2022/6846, ABl. 2022, C 374/2.

52 S. Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23,5T8PTM (zu *Glovo*).

53 S. Supreme Court, 21.11.2023 – [2023] UKSC 43 (zu *Deliveroo*).

54 S. Tribunale di Palermo, 20.11.2020 – RG n. 7283/2020 (zu *Glovo*).

55 S. Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019 (zu *Glovo*).

deutliche Mehrheit der Entscheidungen in den bisherigen Fällen zu dem Schluss, dass der Arbeitnehmerstatus zu bejahen sei. Entsprechend scheint eine vergleichende Betrachtung der Argumentationslinien, die in den verschiedenen Ländern gebraucht wurden, besonders interessant. Die Hauptargumente lassen sich wie folgt kategorisieren:

1. **Sanktionen.** Freiheiten bzw. Ermessen bzgl. des Ob, Wann und Wieviel der Arbeitsleistung sind letztlich wenig wert, wenn ihre freie Nutzung gezielt sanktioniert wird. In allen Ländern, in denen etwa Uber-Fahrer als Arbeitnehmer klassifiziert wurden, weisen die entsprechenden Entscheidungen auf die Einschränkung der theoretischen Freiheit hin, die angebotenen Fahrten anzunehmen oder abzulehnen.⁵⁶ Je nach Plattformversion, um die es geht, mussten die Fahrer jeweils insb. mit einer vorübergehenden Sperrung ihres Fahrerkontos nach drei Fahrtverweigerungen und ggf. einer endgültigen Abmeldung bei Überschreiten einer bestimmten Stornoquote rechnen. Ähnliche Muster finden sich bei den meisten Lieferplattformen.⁵⁷ Zwar deuten die jüngsten Fälle auf eine deutliche Tendenz hin, derartige Sanktionssysteme abzuschwächen oder zumindest formell gänzlich zu streichen. Doch überwachen etwa die meisten Fahr- und Lieferplattformen kontinuierlich die Annahme- und Stornoquoten der Fahrer bzw. Kuriere und informieren diese darüber, wobei in vielen Fällen nicht transparent ist, ob und wie sich dies auf ihre Position auswirkt.⁵⁸
2. **Anreize.** Ein ähnliches Argument stützt sich auf das Vorhandensein von Anreizen – für ein generell hohes Maß an Arbeitsleistung, die Annahme bestimmter Aufträge, eine bestimmte Zeiteinteilung etc. Hier besteht eine sehr unscharfe Trennlinie zwischen der reinen Widerspiegelung von Marktentwicklungen im Zahlungssystem der Plattform⁵⁹ und einer gezielten Steuerung der Aktivität der Beschäftigten. So hantieren die meisten Plattformen mit einer Variante des »upfront pricing«-Modells, bei dem den Kunden bei hoher Nachfrage höhere Preise berechnet werden und dieser Unterschied auch an die Beschäftigten weitergegeben wird. Häufig handelt es sich hier bei genauerem Hinsehen aber nicht um eine 1:1-Weitergabe, sondern die Plattformen kreieren zusätzliche Anreize für die Annahme ungeliebter Aufgaben, Arbeit zu Stoßzeiten, bei Unwetter, an

Feiertagen etc. Diese dienen primär dem Eigeninteresse der Plattform, für Kunden ein verlässliches Angebot ohne extreme Preis- oder Wartezeitschwankungen sicherzustellen. Dieses Argument spielt beispielsweise in der italienischen und niederländischen Rechtsprechung zu Lieferplattformen eine große Rolle.⁶⁰ Schichtreservierungssysteme, wie sie zB von Lieferplattformen gebraucht werden, geben Fahrern mit hoher Aktivität und anderen erwünschten Arbeitsmustern regelmäßig Vorrang bei der Reservierung. Auf solche Elemente wird in zahlreichen Entscheidungen in Belgien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Portugal, Spanien und der Schweiz hingewiesen, die zu dem Schluss kommen, dass dadurch die Freiheit der Arbeitsbeteiligung für Kuriere nicht real oder zumindest stark eingeschränkt war.⁶¹ Die Frage, ob sich daraus eine Quasi-Verpflichtung zur Arbeitsleistung für all jene ergibt, die die Plattform auf wirtschaftlich rentable Weise nutzen möchten, ist umso komplexer, wenn – wie in den jüngsten Entscheidungen häufig der Fall – auch die Eintragung in das Reservierungssystem im Prinzip freiwillig ist.⁶² Das Urteil des deutschen Bundesarbeitsgerichts zur Mystery-Shopping-Plattform Roamler⁶³ schließlich legt ein besonderes Augenmerk auf die Struktur der Plattform, die darauf ausgerichtet war, sehr starke Anreize für die Erledigung einer hohen Anzahl von Aufgaben zu bieten. Insb. Elemente wie das selektive Freischalten des Zugangs zu einer profitableren Auswahl an neuen Aufgaben ließen das BAG zum Schluss kommen, dass eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Plattform nur bei entsprechend hoher Aktivität möglich war.

3. **Erwartungen.** Mehrere Urteile zu Paketzustellplattformen im Vereinigten Königreich⁶⁴ gehen davon aus, dass ein zumindest für den »worker«-Status ausreichendes Mindestmaß an gegenseitigen Verpflichtungen bereits in den beiderseitigen Erwartungen der Parteien an die Leistungserbringung erkennbar ist. Selbst wenn die Existenz eines bestimmten Sanktionssystems nicht bewiesen werden konnte, sahen die Gerichte in der oft jahrelangen Praxis der formell freiwilligen Annahme aller durch das Unternehmen zugewiesenen Lieferaufträge einen Beleg dafür, dass die Beschäftigten einem einer Arbeitspflicht ähnelndem Druck zur Annahme unterlagen. Ähnliche Argumente wurden in einigen Urteilen zum irischen Domino's-Fall vorgebracht.⁶⁵

56 Letztinstanzlich etwa in Frankreich (Cour de cassation, 4.3.2020 – Arrêt n° 374 (19-13-316)) und der Schweiz (Tribunal fédéral, 30.5.2022 – 2C_34/2021) – beide zu Uber.

57 Hervorgehoben etwa in letztinstanzlichen Urteilen in Italien (Corte di Cassazione, 24.1.2020 – RG n. 11629/2019 (zu Foodora)) und Spanien (Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019 (zu Glovo)).

58 Sehr aufschlussreich sind in dieser Hinsicht die Fälle, in denen gezielt Transparenz über die von Plattformen gebrauchten Algorithmen gefordert wird (s. Übersicht bei *Hießl*, Arbeitspapier II, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3982735 (3.6.2024); vgl. Fn. 44 des Kommissionsvorschlages Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, 9.12.2021, COM/2021/762 final). Was in diesen (bisher sehr spärlichen) Fällen zutage kommt, legt die Vermutung nahe, dass viele der Entscheidungen über den Status der Plattformbeschäftigten auf unzureichenden Informationen basieren – da ausschließlich jene Formen algorithmischer Steuerung berücksichtigt werden, die die Plattform transparent einräumt. Besonders deutlich wird dies etwa im jüngsten hier berücksichtigten Urteil eines portugiesischen Arbeitsgerichts (s. Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23-5T8PTM).

59 Vereinzelt Entscheidungen (einschließlich der soeben erwähnten Entscheidung des portugiesischen Arbeitsgerichts vom April 2024, s. Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23-5T8PTM) finden sogar, dass der einseitigen Festlegung der Entlohnungshöhe durch die Plattform (für die meisten Gerichte eines der zentralen Kriterien, das für Weisungsgebundenheit spricht) keine Bedeutung beigemessen werden kann, weil sie letztlich nur die Preisentwicklung auf dem Markt widerspiegelt.

60 S. etwa die (letztinstanzlich bestätigten) Ausführungen des Amsterdamer Berufungsgerichts zum komplexen Bonussystem von Deliveroo zur Steuerung der Aktivität von Kurieren (Gerechthof Amsterdam, 16.2.2021 – 200.261.051/01) oder jene des Zivilgerichts Palermo zu Glovo (Tribunale di Palermo, 20.11.2020 – RG n. 7283/2020).

61 Bemerkenswerterweise bewerten die jüngsten und höchstrangigen Urteile in Belgien und den Niederlanden die Umstellung von Deliveroo auf das kostenlose Login-System als unzureichend, um ihre Einschätzung im Ergebnis zu beeinflussen – was darauf hindeutet, dass dieses Kriterium nicht das entscheidende Kriterium für ihre Entscheidung zugunsten des Arbeitnehmers war. S. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153; Gerechthof Amsterdam, 16.2.2021 – 200.261.051/01 – letztinstanzlich bestätigt durch Hoge Raad, 24.3.2023 – 21/02090.

62 In solchen Fällen müssen oft komplexe Tatsachenfeststellungen zur Rentabilität des Plattformsystems bei Nicht-Nutzung des Reservierungssystems oder bei nicht-prioritärem Zugang zu diesem System getroffen werden. Vgl. zB ein Urteil des Pariser Strafgerichtshofs in Bezug auf Stuart (Tribunal correctionnel de Paris, 12.1.2023) oder das Foodora-Urteil des ungarischen Höchstgerichts (Kúria, 13.12.2023 – Mfv.VIII.10.091/2023/7).

63 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552. Vgl. demgegenüber die zweitinstanzliche Entscheidung (LAG München, 4.12.2019 – 8 Sa 146/19 – NZA 2020, 316).

64 ZB. Employment Appeal Tribunal, 5.12.2019 – UKEAT/0219/18/BA (zu Stuart).

65 Nicht jedoch in der höchstgerichtlichen Entscheidung, die diesen Punkt bewusst offenließ – s. Abschn. III. 1. a und Chûirt Uachtarach, 20.10.2023 – [2023] IESC 24.

4. *Fehlende unternehmerische Tätigkeit.* Einige Gerichte kontextualisieren darüber hinaus das Kriterium der fehlenden Arbeitspflicht als klassisches Zeichen unternehmerischer Tätigkeit. Dementsprechend muss die Rolle dieses Kriteriums neu bewertet werden, wenn die Struktur, in der die Arbeit ausgeführt wird, eine wirklich unabhängige Organisation unmöglich macht. So wird beispielsweise in den Urteilen der Höchstgerichte Frankreichs, der Schweiz und des Vereinigten Königreichs zu Uber⁶⁶ betont, dass etwa das Fehlen vorheriger Informationen über den Zielort eines Passagiers es den Fahrern unmöglich machte, die Auswahl der Fahrten auf unternehmerische Weise für sich selbst zu optimieren. Dieses zielgerichtete Vorenthalten von Informationen, das Plattformbeschäftigte dazu bringt, mangels strategischer Auswahlmöglichkeiten schlicht alle angebotenen Aufträge anzunehmen, wird auch von Gerichten in Belgien (zu Deliveroo⁶⁷), den Niederlanden (zu Uber⁶⁸) und Portugal (zu UberEats⁶⁹) hervorgehoben. Auch einige Entscheidungen zu gänzlich anderen Plattfortmtypen (zB. zur Pflegeplattform Joyners in Spanien⁷⁰) betonen den »take-it-or-leave-it«-Charakter von Arbeitsangeboten, die eine selbstbestimmte Leistungserbringung nicht zulassen und dadurch den »unternehmerischen Gehalt« des schlichten Ablehnungsrechts stark reduzieren.
5. *Teleologische Argumente.* Diese finden sich häufig in Urteilen, die sich explizit für eine Modifizierung traditioneller Interpretationsmuster aussprechen. So enthält etwa das Glovo-Urteil des spanischen Höchstgerichts⁷¹ Überlegungen zur Notwendigkeit, »Konzepte von Abhängigkeit und Entfremdung an die soziale Realität der Zeit anzupassen«, während das Uber-Urteil des britischen Höchstgerichts⁷² eine Rückbesinnung auf den Gesetzeszweck fordert, der beim Arbeitsrecht schließlich darin besteht, vulnerablen Arbeitenden Schutz zu bieten. Das Uber-Urteil des Amsterdamer Zivilgerichts⁷³ sieht es als notwendig an, ein Konzept der »modernen Unterordnung« einzuführen, da größere Autonomie ein allgemeines Merkmal der Arbeitsverhältnisse der Gegenwart und algorithmisches Management eine ihrer Erscheinungsformen sei. Diese Überlegungen haben jeweils Einfluss darauf, wie viel Gewicht die Gerichte der traditionell wichtigen Frage der Arbeitspflicht im Verhältnis zu anderen Faktoren in ihrer Gesamtwürdigung beimessen.

2. Perspektivenwechsel?

Trotz aller Nuancen, wie sie auch in der Rechtsprechung zum Status von Plattformbeschäftigten deutlich ersichtlich sind,⁷⁴ weisen die europäischen Arbeitnehmerkonzepte letztlich einen klaren gemeinsamen Kern auf, den die Plattformarbeits-RL prägnant mit »control and direction« umschreibt. Weisungsgebundenheit erscheint somit als die zentrale *Conditio sine*

qua non;⁷⁵ hinzu kommen in den meisten Ländern die soeben besprochene Arbeitspflicht und das Höchstpersönlichkeitsanfordernis, von denen die Judikatur häufig verlangt, dass sie zumindest in abgeschwächter Form vorliegen.⁷⁶ Während Gerichte in vielen Ländern eine gewisse Neuinterpretation dieser notwendigen Elemente zulassen, zunehmend die betriebliche Eingliederung als Entscheidungsfaktor miterwägen⁷⁷ und weniger zentrale Elemente evtl. auch explizit aus dem Kriterienkatalog streichen,⁷⁸ wird an den Grundfesten des Konzepts im Allgemeinen nicht gerüttelt.

Mit Blick auf Anzeichen einer viel radikaleren Neuausrichtung in Übersee wird in diesem Abschnitt kurz auf das Potential derartiger Paradigmenwechsel in Europa eingegangen.

a) AB5

Der wohl weltweit bekannteste und kontroverseste Ansatz zum Umgang mit der veränderten Arbeitswelt stammt, ebenso wie die ersten Plattformkonzerne, aus dem US-Bundesstaat Kalifornien. Im September 2019 wurde die auch als »Gig Worker Law« bekannte Assembly Bill 5 (AB5) verabschiedet, mit der der heutige § 2750.5 in das Kalifornische Arbeitsgesetz eingefügt wurde. In der ursprünglichen Fassung galt eine Person, die Arbeit oder Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt, als Arbeitnehmer und nicht als unabhängiger Auftragnehmer, es sei denn, der Auftraggeber weist nach, dass die folgenden drei Bedingungen erfüllt sind:

- Die Person ist weder vertraglich noch in der Praxis von der Kontrolle und Weisung des Unternehmens abhängig;
- Sie führt Arbeiten aus, die außerhalb des üblichen Geschäftsbereichs des Unternehmens liegen;
- Die Person führt die ausgeübte Tätigkeit üblicherweise in einem unabhängigen Gewerbe, Beruf oder Unternehmen aus.

Im Vergleich zu den Kriterienkatalogen europäischer Länder ist dieser Test in zweierlei Hinsicht außergewöhnlich: erstens durch den weiten Anwendungsbereich der Beweislastumkehr (s.u. V); zweitens und va. durch Kriterien, für die es in Europa kaum echte Pendant gibt. Kriterium (A) entspricht zwar iW. europäischen Konzepten von Weisungsfreiheit als zentrales Merkmal des Selbständigenstatus. Dessen Vorliegen ist jedoch nicht erforderlich, da zur Widerlegung der Vermutung alle drei Kriterien *kumulativ* nachzuweisen sind. Der Arbeitnehmerstatus wird daher auch bestätigt, wenn eines der Kriterien (B) oder (C) nicht erfüllt ist. Dabei stellt Kriterium (C) den Arbeitnehmer in den Mittelpunkt und stellt sicher, dass diejenigen, die die betreffende Dienstleistung (Fahren, Liefern etc.) ausschließlich für die Plattform erbringen, jedenfalls und unwiderlegbar als Arbeitnehmer gelten. Aus europäischer Sicht vielleicht noch bemerkenswerter ist Kriterium (B), das auf das Unternehmen abstellt und es effektiv daran hindert, Beschäftigten den Arbeitnehmerstatus zu verweigern, deren Arbeitstätigkeit seinem Kerngeschäft entspricht.

In der Praxis wurden AB5 und insb. dessen Anwendbarkeit in der Plattformwirtschaft zu einer der kontroversesten

66 S. Cour de cassation, 4.3.2020, Arrêt n° 374 (19-13.316); Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5; Tribunal fédéral, 30.5.2022 – 2C_34/2021.

67 S. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153.

68 Rechtbank Amsterdam, 13.9.2021 – 8937120 CV EXPL 20-22882.

69 Juízo do Trabalho de Lisboa, 1.2.2024 – ARECT 29354-23-9T8LSB.

70 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 4.5.2023 – 2789/2023.

71 Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019.

72 Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5.

73 Rechtbank Amsterdam, 13.9.2021 – 8937120 CV EXPL 20-22882.

74 S. etwa auch *Countouris*, Defining and regulating work relations for the future of work, ILO-Arbeitspapier 2/2019.

75 S. Arbeitspapier (Fn. 4) Abschn. 2.1.6.

76 Ebd., Abschn. 2.1.3 und 2.1.4.

77 Ebd., Abschn. 2.1.7.

78 Speziell den Willen der Parteien – ebd., Abschn. 2.1.1.

Fragen der rezenten kalifornischen Rechtsentwicklung. Nachdem ihre Anwendbarkeit auf die Fahrdienst-Plattformen Uber und Lyft im August 2020 gerichtlich bestätigt wurde,⁷⁹ initiierte eine von denselben Plattformen finanzierte Kampagne (die teuerste in der Geschichte des Staates) eine Gesetzesänderung (»Prop 22«), die eine Ausnahme für App-basiertes Arbeiten einführt.⁸⁰ Diese Änderung wiederum wurde erstinstanzlich für verfassungswidrig erklärt,⁸¹ im Berufungsverfahren weitgehend wiederhergestellt⁸² und ist gegenwärtig vor dem kalifornischen Höchstgericht anhängig.⁸³ Inzwischen wurde auch die gesetzliche Formulierung des Tests abgeändert, wodurch das ursprüngliche Kriterium (B) durch eine lange Auflistung alternativer Tatbestände ersetzt wurde.

Auf US-Bundesebene wurde die Einführung eines Konzepts analog dem ursprünglichen AB5-Test vom Repräsentantenhaus verabschiedet, vom Senat jedoch bisher abgelehnt.⁸⁴

b) Ähnliche Ansätze in der europäischen Judikatur?

Keines der europäischen Länder mit relevanter Rechtsprechung zu Plattformbeschäftigten verwendet mit den AB5-Elementen (B) oder (C) vergleichbare Kriterien zur Feststellung des Arbeitnehmerstatus.

Die Frage der ausschließlichen Arbeit für einen Auftraggeber ist in den meisten Rechtsordnungen insofern relevant, als Konkurrenzverbote generell als starker Indikator für ein Arbeitsverhältnis gelten. Für ein striktes Verbot, für konkurrierende Anbieter zu arbeiten (was bei Plattformen fast nie vorkommt), gibt es in der französischen Rechtsprechung Indizien, dass dies als beinahe unvereinbar mit einer Einordnung der Beschäftigten angesehen wird.⁸⁵ Einschränkungen der Möglichkeit, sich einen eignen Kundenstock aufzubauen sowie die Notwendigkeit einer hohen Plattformaktivität aufgrund hoher monatlicher Tarife für die Nutzung wurden in verschiedenen französischen,⁸⁶ schweizerischen⁸⁷ und belgischen⁸⁸ Entscheidungen zu Fahrdienstplattformen als Zeichen eines gewissen Ausschließlichkeitsanspruchs der Plattform angesehen. Ein ähnlicher Grundgedanke liegt den Erwägungen der Roamer-Entscheidung des BAG⁸⁹ zugrunde, das *va.* jener Konfiguration der Plattform zentrale Bedeutung beimisst, die die für eine möglichst effiziente Nutzung notwendigen Funktionen ausschließlich hochaktiven Arbeitnehmern vorbehält. Dies stellt sicher, dass diejenigen, die die Plattform für ernsthafte Einkommenserzielung nutzen möchten (und nicht nur für eine

mäßig ertragreiche Freizeitbeschäftigung), tatsächlich gezwungen sind, ihre gesamten oder einen Großteil ihrer Aktivitäten auf die betreffende Plattform zu konzentrieren.

Fehlen derartige Einschränkungen oder wird ihnen keine wesentliche Bedeutung beigemessen,⁹⁰ so ist die reine Tatsache, dass eine Person ausschließlich für ein bestimmtes Unternehmen arbeitet, in den europäischen Rechtsordnungen bestenfalls ein Indikator für die Arbeitnehmereigenschaft.⁹¹ UU wird dieser Umstand auch im Rahmen der Frage nach der betrieblichen Eingliederung miterwogen,⁹² stellt aber generell kein eigenständiges Kriterium als Teil einer nationalen Arbeitnehmerdefinition dar.⁹³ Hingegen enthalten *tertium genus*-Definitionen sowohl in Deutschland als auch in Spanien als notwendiges Kriterium die hauptsächliche Arbeit für einen Auftraggeber (s.u.).

Noch viel weniger präsent sind in den europäischen Arbeitnehmerkonzepten Kriterien analog dem ursprünglichen Element (B) der AB5-Definition, welches prüft, ob die von den Beschäftigten verrichteten Dienste Teil des »normalen Geschäftsbetriebs« des Auftraggebers sind. Dieses Kriterium beinhaltet letztlich einen Perspektivenwechsel – weg von der Frage, ob die Situation eines Beschäftigten genügend Ähnlichkeiten mit der eines »klassischen Arbeitnehmers« aufweist und hin zu einem Fokus auf das Unternehmen – das sich jedenfalls in Bezug auf seine Kernbelegschaft nicht der Verantwortung eines Arbeitgebers entziehen kann. In den europäischen Urteilen werden derartige Überlegungen nur ganz ausnahmsweise geäußert – etwa von den irischen⁹⁴ und niederländischen⁹⁵ Gerichten, jeweils im Rahmen einer vielschichtigen Argumentation, wodurch nicht wirklich klar ist, ob dieser Aspekt entscheidungsrelevant war. Ähnliches gilt für die Urteile des spanischen Höchstgerichts⁹⁶ und des Zivilgerichts von Palermo,⁹⁷ die beide betonen, dass Glovo analog zur Einstufung von Uber als Transportunternehmen durch den EuGH (s.o. III.1.b) als Essenslieferunternehmen angesehen werden muss. Darauf aufbauend wurden die Kuriere jeweils nicht als autonome Nutzer einer digitalen Infrastruktur angesehen, sondern als Arbeitnehmer, die von Glovo zur Erreichung seines Unternehmenszwecks eingesetzt wurden.

Zumindest vereinzelt finden sich in der Rechtsprechung europäischer Länder aber auch Spuren eines anderen Zugangs zu der Idee eines Perspektivenwechsels, der das Augenmerk

79 Superior Court of California, 10.8.2020 – CGC-20-584402.

80 Die Gesetzesänderung wurde ausschließlich auf Basis einer Volksabstimmung ohne Involvierung des Parlaments beschlossen. An der aggressiven Kampagne, die den Eindruck erweckte, die Änderung sei im Interesse und auf Betreiben der Plattformbeschäftigten initiiert, wurde vielfach Kritik geübt. Vgl. *Dubal*, *European labour law journal* 13(1), 51-65.

81 Superior Court of California, 20.8.2021 – RG21088725.

82 California Court of Appeal, 13.3.2023 – A163655.

83 Empfänglich erklärt durch California Supreme Court, 28.6.2023 – S279622.

84 Protecting the Right to Organize oder PRO Act, 18th Congress, 28.2.2023, S. 567.

85 S. Cour de cassation, 27.9.2023 – Arrêt n° 20-22.465 und n° 20-22.466 (zu *Tok Tok Tok*). Vgl. auch Urteile im Vereinigten Königreich (einschließlich des Höchstgerichts: s. Supreme Court, 13.6.2018 – [2018] UKSC 29 (zu *Pimlico Plumbers*), die großen Wert auf ein Wettbewerbsverbot legen.

86 S. Cour de cassation, 4.3.2020 – Arrêt n° 374 (19-13.316); Cour de cassation, 13.9.2023 – Arrêt n° 22-10.950 (beide zu *Uber*).

87 S. Tribunal fédéral, 30.5.2022 – 2C_34/2021 (zu *Uber*).

88 S. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153 (zu *Uber*).

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

90 So betont etwa das Verwaltungsgericht Malmö (dessen Urteil vom Verwaltungsberufungsgericht Göteborg bestätigt wurde: s. Förvaltningsrätten i Malmö, 22.6.2012 – Mål nr 13356-20, und 14.11.2021 – Mål nr 1332-21 und Kamarrätten i Göteborg, 19.11.2021 – Mål nr 4120-21 und 9.12.2022 – Mål nr 6394-21), dass dem Verbot separater Vereinbarungen mit Kunden zur Umgehung der Plattform kein Gewicht beigemessen werden kann, da dies eine Voraussetzung für das Funktionieren des Geschäftsmodells sei.

91 So etwa ausdrücklich nach ständiger Schweizer Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungsrecht. Vgl. Bundesgericht, 16.2.2023 – 9C_70/2022 et al (zu *Uber*).

92 Arbeitspapier (Fn. 4), Abschn. 2.1.7.

93 Vgl. jedoch insb. die jüngsten Entwicklungen im niederländischen Uber-Fall, in dem in zweiter Instanz insb. die Frage zentrale Bedeutung erlangte, welche Relevanz der Tatsache zukommen soll, dass einige betroffene Fahrer hauptberuflich selbständige Taxifahrer sind und die Uber-App nur ergänzend nutzen. Das Berufungsgericht hat hierüber vorläufig selbst keine Entscheidung getroffen, sondern die Frage im Hinblick auf ihre Bedeutung direkt an das Höchstgericht verwiesen. Vgl. *Gerechtshof Amsterdam*, 3.10.2023 – 200.300.335/01.

94 Vgl. High Court, 20.12.2019 – IEHC 894 [2019 No. 31 R] (zu *Domino's*).

95 S. *Gerechtshof Amsterdam*, 16.2.2021 – 200.261.051/01 (zu *Deliveroo*).

96 S. Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019 (zu *Glovo*).

97 S. Tribunale di Palermo, 20.11.2020 – RG n. 7283/2020 (zu *Glovo*).

auf die Situation des Auftraggebers richtet. Einige Entscheidungen – allen voran jene des BAG⁹⁸ – tragen schließlich explizit der Tatsache Rechnung, dass Plattformen über Arbeitskräfte verfügen, von denen sie im Normalfall die zuverlässige Erbringung aller von den Kunden geforderten Leistungen erwarten können. Damit entspricht ihre Situation weitgehend der eines Arbeitgebers, der sich auf die vertragliche Arbeitspflicht und Weisungsgebundenheit seiner Arbeitnehmer verlassen kann. Das BAG betont hierbei die funktionale Äquivalenz von wirtschaftlichen Anreizen und Gamification, die eine quasi-permanente Verfügbarkeit eines Pools von Arbeitskräften gewährleisten, mit vertraglichen Verpflichtungen. Dadurch erreichte die Plattform einen Grad der Vorhersehbarkeit der Arbeitsleistung, die der eines klassischen Arbeitgebers entspricht. In ähnlicher Weise betont etwa das Amsterdamer Zivilgericht,⁹⁹ dass das Geschäftsmodell von Uber darin bestehe, zuverlässige und ständig verfügbare Fahrdienste bereitzustellen und dass das Unternehmen seine Belegschaft aktiv verwaltet, um dies sicherzustellen. Zumindest Spuren einer solchen Argumentation finden sich zB. auch im Glovo-Urteil des spanischen¹⁰⁰ oder im Uber-Urteil des britischen Höchstgerichts.¹⁰¹

Diese Ansätze könnten an Bedeutung gewinnen, wenn – wie unter VII. besprochen – die Feststellung einer Arbeitnehmereigenschaft aufgrund von Elementen der Weisungsgebundenheit und Kontrolle bei den meisten Plattformen stets weniger vertretbar scheint.

IV. Sinn und Unsinn des tertium genus

In einem signifikanten Teil der Länder mit Rechtsprechung zum Status von Plattformbeschäftigten ist das binäre Modell Arbeitnehmer/Selbstständige bereits modifiziert, wodurch Subgruppen von Selbstständigen ein Teil der prinzipiell arbeitnehmerspezifischen Rechte zuerkannt wird – evtl. in abgeschwächter oder angepasster Form. Ob die Gruppen, auf die derartige Regeln zur Anwendung kommen, formell als tertium genus angesehen werden, scheint hauptsächlich von Fragen der nationalen Rechtsdogmatik abzuhängen. Das wohl anschaulichste Beispiel hierfür ist die Rechtsfigur des »lavoro eteroorganizzato« nach italienischem Recht, die vom Kassationshof explizit nicht als eigene Kategorie anerkannt wird,¹⁰² obwohl sie eine arbeitsrechtliche Quasi-Gleichstellung mit Arbeitnehmer zur Folge hat. Im Folgenden wird der Einfachheit halber generell von (Zwischen-)Kategorien gesprochen, wenn das Recht einer Untergruppe von Selbstständigen irgendeine Form von »arbeitnehmerähnlichen« Rechten in einem oder mehreren Rechtsbereichen zuerkennt.

Für die Plattformökonomie scheinen diese Kategorien insofern besonders relevant, als sie im Allgemeinen keine oder nur ein geringeres Maß an Weisungsgebundenheit erfordern (und häufig auch keine Arbeitspflicht) und stattdessen v.a. auf Elemente der betrieblichen Eingliederung bzw. strukturellen Abhängigkeit von einem Unternehmen abstellen. Erstaunli-

cherweise haben bestehende Zwischenkategorien jedoch in den meisten Ländern in der Rechtsprechung zu Plattformbeschäftigten bisher keine Rolle gespielt (etwa in Deutschland,¹⁰³ den Niederlanden, Österreich oder Schweden). Die einzigen bisher relevant gewordenen Kategorien sind (in den letzten fünf Jahren unverändert) die der britischen »limb (b) workers« (oder schlicht »workers«),¹⁰⁴ der spanischen »trabajadores autónomos económicamente dependientes« (TRADE)¹⁰⁵ und des bereits erwähnten italienischen »lavoro eteroorganizzato«.¹⁰⁶ Bemerkenswerterweise kann – trotz einer insgesamt höchst unterschiedlichen Rolle und Entwicklung – für alle drei Kategorien eine tendenziell abnehmende Relevanz festgestellt werden.

Am deutlichsten ist dies in Spanien der Fall, wo die Plattformen selbst denjenigen Teil ihrer Beschäftigten, der die Kriterien erfüllt (iW. die hauptberuflichen Kurierere), generell als TRADE einstufen. Diese Kategorisierung wurde von einer Handvoll Entscheidungen aus 2018–19 bestätigt, die großteils im Berufungsverfahren aufgehoben wurden.¹⁰⁷ Die einzige zweitinstanzliche Entscheidung, die den TRADE-Status aufrechterhielt, wurde in der berühmten höchstgerichtlichen Entscheidung vom September 2020¹⁰⁸ aufgehoben. Seitdem hat die spanische Judikatur Plattformbeschäftigte in knapp 300 Entscheidungen ausnahmslos als Arbeitnehmer eingeordnet. Gänzlich anders stellt sich die Situation im Vereinigten Königreich dar, wo gig workers von keinem einzigen Gericht als Arbeitnehmer angesehen wurden. Vielmehr wurden diese generell von der Plattform als »reguläre« Selbstständige, von den Gerichten jedoch als workers eingestuft – mit Ausnahme der Deliveroo-Kuriere, die wie erwähnt (s.o. II.2.) am Höchst-

¹⁰³ Die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit wurde zwar vom LAG Hessen (14.2.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA-RR 2019, 505) aufgeworfen; dieser Fall ist für die vorliegende Thematik allerdings nur sehr bedingt relevant, da es ausschließlich um einen potentiellen Arbeitgeberstatus des Kunden ging und die Rolle der Plattform unstrittig auf Vermittlung von Auftragsangeboten beschränkt war.

¹⁰⁴ Vgl. § 230 Abs. 3 lit. b) des Employment Rights Act von 1996. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um Selbstständige, die jedoch einen Anspruch auf den nationalen Mindestlohn, bezahlten Jahres- und Krankheitsurlaub, Schutz vor unrechtmäßigen Lohnabzügen, Nichtdiskriminierung und den Zugang ihrer Gewerkschaften zu Tarifverhandlungen haben. Definiert werden sie als Einzelpersonen, die sich verpflichten, persönlich Arbeiten oder Dienstleistungen für eine andere Vertragspartei zu verrichten oder zu erbringen, deren Status nicht der eines Kunden ist. Die Rechtsprechung (s. zB. Supreme Court, 13.6.2018 – [2018] UKSC 29 und Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5) untersucht konkret die Pflicht persönlicher Arbeitsleistung für den Vertragspartner (dh. Fehlen eines uneingeschränkten Vertretungsrechts) und das Gesamterscheinungsbild des Verhältnisses mit dem Vertragspartner (Einbindung in dessen Betrieb, sodass dieser nicht mehr als bloßer Auftraggeber oder Kunde erscheint).

¹⁰⁵ Vgl. Art. 11 der Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo. Dabei handelt es sich um Personen, die mit eigener produktiver Infrastruktur, Material und Unternehmensorganisation arbeiten, diese Arbeit jedoch persönlich, kontinuierlich und überwiegend für einen einzigen Kunden ausführen, von dem sie mindestens 75 % ihres Einkommens erhalten. Diesen werden bestimmte Rechte in Bezug auf Jahresurlaub, den Abschluss von Tarifverträgen, Entschädigung bei Kündigung ohne triftigen Grund und Zugang zu den Sozialgerichten eingeräumt.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 2 des Decreto Legislativo 81/2015. Für eine Einordnung unter diese Bestimmung muss die Arbeit überwiegend persönlich, kontinuierlich und gemäß der Organisation der Arbeitsmethoden, wie Zeit und Ort, durch den Auftraggeber erbracht werden. Während das Gesetz den Umfang und die Grenzen der Gleichstellung dieser Gruppe mit Arbeitnehmern nicht festlegt, tendiert die Rechtsprechung klar zu einer völligen Assimilation, solange nicht von der ausdrücklichen Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, durch Tarifvertrag die Anwendung von Arbeitsrechten auszuschließen. Nachdem der erste auf diese Möglichkeit gestützte Tarifvertrag wegen mangelnder Repräsentativität der betroffenen Gewerkschaft für ungültig erklärt wurde (Tribunale di Bologna, 30.6.2021 – RG n. 2170/2020), dürfte die Rechtsposition dieser Gruppe gegenwärtig ident mit jener von Arbeitnehmer sein. Gesetzesdekret Nr. 101/2019 schließt ausdrücklich die Arbeitsorganisation »über Plattformen, auch digitale« in die Definition von lavoro eteroorganizzato ein.

¹⁰⁷ Vgl. zuletzt Juzgado de lo Social de Vigo, 12.11.2019 – 642/2019.

¹⁰⁸ Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019 (zu Glovo).

⁹⁸ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552.

⁹⁹ Rechtbank Amsterdam, 13.9.2021 – 8937120 CV EXPL 20-22882.

¹⁰⁰ Tribunal Supremo, 23.9.2020 – 4746/2019.

¹⁰¹ Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5.

¹⁰² S. Corte di Cassazione, 24.1.2020 – RG n. 11629/2019.

persönlichkeitskriterium scheiterten, zuletzt auch vor dem Höchstgericht.¹⁰⁹ Ähnlich begann die Entwicklung in Italien, wo sich ebenfalls die Zwischenkategorie, unterstützt durch höchstgerichtliche Bestätigung bereits im ersten relevanten Fall,¹¹⁰ rasch als dominante Kategorie für Plattformbeschäftigte durchsetzte. Anders als im Vereinigten Königreich zeigt die jüngste Entwicklung jedoch keine Rückkehr des Selbständigenstatus, sondern vielmehr eine Evolution hin zum Arbeitnehmerstatus (so etwa auch im jüngsten zweitinstanzlichen Urteil zu Deliveroo¹¹¹) – und das obwohl auch die italienische Zwischenkategorie den Beschäftigten schon bei Weitem mehr Rechte einräumt als die britische.

Insgesamt findet sich in der plattformbezogenen Rechtsprechung keinerlei Bestätigung für die vielfach geäußerte Befürchtung,¹¹² Zwischenkategorien würden *va. durch Unternehmen zur Fehl kategorisierung echter Arbeitnehmer genutzt*. In keinem Land sind Plattformen als Reaktion auf eine gerichtliche Anerkennung des Arbeitnehmerstatus auf Zwischenkategorien »ausgewichen« (wohl aber auf Subunternehmer: s.u. VI.). In Spanien waren Plattformen durch die sehr klaren Kriterien von Beginn an quasi gezwungen, ihre Beschäftigten zumindest als TRADE anzuerkennen und Gerichte und Behörden sahen sich offenbar nicht daran gehindert, bereits in den frühesten Entscheidungen (ab 2015¹¹³) mehrheitlich klar ein Arbeitsverhältnis festzustellen. Auch für die britische und italienische Judikatur könnte die Existenz der Zwischenkategorie es den Gerichten erleichtert haben, sich schon sehr früh und relativ konsistent für einen Status auszusprechen, der immerhin ein Recht auf den Minimumlohn gibt. Umgekehrt könnte die Notwendigkeit der Abgrenzung zum worker-Status auch ein Faktor in der unverändert konservativen Interpretation des Arbeitnehmerstatus sein. Im Fall des Vereinigten Königreichs hat dies paradoxerweise nicht nur Folgen für die dem nationalen Recht unterworfenen Plattformbeschäftigten, die als »workers« etwa keinen Kündigungsschutz genießen, sondern potentiell auch auf Fälle in Irland – da sich die irischen Gerichte bei der Interpretation des Arbeitnehmerbegriffs stark auf Präzedenzfälle aus dem Nachbarland stützen, selbst aber nicht auf eine Zwischenkategorie zurückfallen können.¹¹⁴ Andererseits scheint die Annahme, die britischen Gerichte hätten ohne die Option der Zwischenkategorie das in der Präzedenzjudikatur sehr stark verankerte Erfordernis der strikten »mutuality of obligations« gekippt, höchst spekulativ.

Bemerkenswerterweise kam schließlich eine speziell für Fahr- und Lieferplattformen geschaffene Kategorie des fran-

zösischen Rechts¹¹⁵ in beinahe 400 Entscheidungen zu diesen Plattfortmtypen nicht ein einziges Mal zur Sprache. Da es in den Rechtssachen generell um individualarbeitsrechtliche Ansprüche (Mindestlohn, Arbeitszeit, Jahresurlaub, Kündigungsschutz) geht, die Arbeitnehmern vorbehalten sind, wird nicht untersucht, ob bei Ablehnung des Arbeitnehmerstatus eventuell zumindest die plattformspezifischen Bestimmungen anwendbar sind. Besonders in diesem Fall scheint es jedoch zumindest denkbar, dass die schiere Existenz einer eigenen Kategorie für *via Fahr- und Lieferdienstplattformen arbeitende Selbständige* es den Gerichten erschwert, typische Elemente dieser Plattfortmtypen als Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu interpretieren. Dadurch könnten immerhin die vom Gesetzgeber eigens geschaffenen Bestimmungen jeder praktischen Relevanz beraubt werden. Dies könnte jedenfalls ein Faktor in der ungewöhnlichen und bedenklichen Entwicklung der französischen Rechtsprechung sein, bei der ein erheblicher Teil der Gerichte sich weigert, der Judikatur des Kassationshofs zu folgen (s. II.2.).

Was aus vergleichender Perspektive auf jeden Fall auffällt, ist die unwahrscheinliche Diversität der Bestimmungen (des Arbeits-, Sozial-, Steuer-, Prozessrechts etc.), die in den unterschiedlichen Ländern auf die Zwischenkategorien zur Anwendung kommen. Dies steht im Gegensatz zur einleitend angemerkten Ähnlichkeit der jeweiligen Definitionen und wirft Fragen im Hinblick auf das Bestehen eines logischen Zusammenhangs zwischen der Definition und den diesen Gruppen zuerkannten Rechten auf.

V. Potential von Rechtsvermutungen

Besonders interessant scheint schließlich aus aktuellem Anlass die Frage, welche Rolle Rechtsvermutungen bei der Beurteilung von Rechtsbeziehungen zwischen Plattformen und ihren Beschäftigten bisher gespielt haben. Bis dato bestehen nur in fünf Ländern mit relevanter Rechtsprechung zum Status von Plattformbeschäftigten einschlägige Rechtsvermutungen; diese sind generell *praesumptiones iuris tantum*, also widerlegbar auf Basis der allgemeinen Definition des Arbeitnehmerstatus.

Mit Belgien und Portugal haben zwei Länder quasi in vorseilendem Gehorsam kürzlich¹¹⁶ Multikriterien-Vermutungen für Plattformbeschäftigte nach dem Muster des ursprünglichen Kommissionsvorschlags für die Plattformarbeits-RL eingeführt. Dies ist insofern nicht verwunderlich, als beide Länder schon bisher mit dieser Regelungstechnik arbeiteten,

109 S. High Court of Justice, 5.12.2018 – [2018] EWHC 3342; Supreme Court, 21.11.2023 – [2023] UKSC 43.

110 S. Corte di Cassazione, 24.1.2020 – RG n. 11629/2019.

111 Corte d'appello di Milano, 9.2.2023, Berufungsurteil zu Tribunale di Milano, 20.4.2022 – RG n. 3081/2019.

112 Vgl. *Countouris*, Defining and regulating work relations for the future of work, ILO-Arbeitspapier 2/2019, 13.

113 Beginnend mit der Einordnung von Uber als Arbeitgeber durch die zuständige Arbeitsinspektion (Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 9.3.2015). Auch die erste erfasste gerichtliche Entscheidung zu einer Essenslieferplattform, die ihre Kuriere als TRADE einstuft (Juzgado de lo Social de Barcelona, 29.5.2018 [zu *Take Eat Easy*]), sah hierin ein verstecktes Arbeitsverhältnis.

114 S. zB. Court of Appeal, 31.5.2022 – [2022] IECA 124 (zu *Domino's*).

115 Zunächst, wurden mit dem »El-Khomri-Gesetz« (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016) spezifische Bestimmungen für Selbständige, die eine oder mehrere digitale Plattformen zur Erbringung persönlicher Dienstleistungen nutzen, in das Arbeitsgesetzbuch aufgenommen (Art. L. 7341-1 und L. 7342). Die Hauptkriterien für die Inanspruchnahme dieser Bestimmungen sind die wirtschaftliche und technische Abhängigkeit von einer Plattform, die die Eigenschaften und den Preis der bereitgestellten Dienstleistung bestimmt. Unter diesen Voraussetzungen werden Selbständigen grundlegende kollektive Arbeitsrechte gewährt und sie haben Anspruch auf eine Unfallversicherung. Durch die Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités wurden Fahr- und Lieferdienstplattformen überdies dazu verpflichtet, selbständig Beschäftigten relevante Informationen zur Verfügung zu stellen und bestimmte Sanktionsmechanismen zu unterlassen.

116 Beide sind 2023 in Kraft getreten. Vgl. Art. 337/3, §2 der belgischen Arbeitsrelativetwet und Art. 12a des portugiesischen Código do Trabalho.

wodurch der Arbeitnehmerstatus vermutet wird, wenn (in Portugal) 2 von 5 bzw. (in Belgien) 5 von 9 Kriterien erfüllt sind.¹¹⁷

Was die bisherige Rechtsprechung in Bezug auf derartige Bestimmungen *va.* aufzeigt, ist, dass sie das inhärente Ziel jeder Rechtsvermutung – eine Vereinfachung der Beurteilung – drastisch zu verfehlen scheinen. In der Praxis scheint die Uneinigkeit der Gerichte über die Frage, welche und wie viele der Rechtsvermutungskriterien in *casu* erfüllt sind, oft ebenso groß wie über Fragen der eigentlichen Definition des Arbeitnehmerstatus. In Portugal sind mittlerweile sechs Urteile¹¹⁸ zur neuen Rechtsvermutung für Plattformen ergangen, die bei Erfüllung von 2 von 6 Kriterien zur Anwendung kommt. Trotz sehr ähnlicher Arbeitsweise der beiden untersuchten Essenslieferplattformen sind sich die Gerichte letztlich nur darin einig, dass Kriterium *f* (Bereitstellung von Ausrüstung oder Arbeitsinstrumenten) nicht erfüllt ist, wohingegen Kriterium *e* (Recht der Plattform auf Disziplinarmaßnahmen, inkl. Sperrung des Benutzerkontos) erfüllt ist. Die übrigen Kriterien (Entlohnung, Weisungsbefugnis, Überwachung der Arbeitsbereitstellung und Einschränkung der Autonomie der Beschäftigten bei der Auswahl von Aufgaben) wurden unterschiedlich beurteilt.¹¹⁹

Dasselbe Muster zeigt sich bei der Anwendung der »alten« belgischen Rechtsvermutung, die aufgrund ihres Fokus auf Transport- und Liefertätigkeiten für Plattformarbeit von großer Bedeutung ist. Die Erfüllung der einzelnen Kriterien wurde in Bezug auf Uber in bisher zwei Instanzen,¹²⁰ bei Deliveroo bereits in drei Instanzen¹²¹ jeweils höchst unterschiedlich beurteilt. Bemerkenswerterweise waren sich all diese Entscheidungen zwar im Ergebnis einig, dass die Schwelle von mindestens fünf erfüllten Kriterien für beide Plattformen erreicht und die Vermutung somit anwendbar war, doch hatte dies wenig Einfluss auf das Ergebnis im Hinblick auf die Beurteilung des Arbeitnehmerstatus. Die Beschäftigten beider Plattformen wurden nämlich erst behördlich als Arbeitnehmer eingestuft, dann gerichtlich erstinstanzlich als Selbständige, dann (vorläufig nur noch im Fall von Deliveroo) berufungsgerichtlich wieder als Arbeitnehmer. Besonders fraglich erscheint die Sinnhaftigkeit der Rechtsvermutung bei Lektüre der Entscheidungen des Brüsseler Arbeitsgerichts, das in seinen 80–90 Seiten starken Entscheidungen jeweils erst ausführlich das Vorliegen der 9 Vermutungskriterien untersucht, das Urteil aber – korrekterweise – ausschließlich auf die anschließende Untersuchung der vier eigentlichen Kriterien der Arbeitnehmerdefinition stützt.

Hier wird deutlich, dass der Nutzen von Rechtsvermutungen ganz allgemein fraglich erscheinen kann, wenn – wie es bei

Statusfragen in der Plattformarbeit häufig der Fall ist – keinerlei relevante Streitigkeiten über den Sachverhalt bestehen.¹²² Vielmehr geht es um die rechtliche Frage, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag einzustufen ist, wobei alle für die Beurteilung nach der eigentlichen Arbeitnehmerdefinition relevanten Tatsachen oft entweder unstrittig sind oder im Rahmen der Beweisaufnahme geklärt werden können.¹²³

Letzteres dürfte auch der Grund dafür sein, dass breiter formulierte (und somit tatsächlich einfach nachzuweisende) Rechtsvermutungen in der plattformbezogenen Rechtsprechung praktisch keine Rolle gespielt haben. Dies gilt *va.* für die spanische Vermutung eines Arbeitsverhältnisses bei jeder Arbeitsverrichtung »im Auftrag und im Rahmen der Organisation« des Auftraggebers.¹²⁴ Diese Vermutung, die prinzipiell in allen plattformbezogenen Fällen relevant wäre, wird nur in einem sehr kleinen Teil der beinahe 300 Entscheidungen allenfalls kurz am Anfang der Urteile erwähnt und scheint die Beurteilung der Gerichte in keiner Weise zu beeinflussen. Gleiches gilt für die konkretere Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft, die die vielzitierte »Ley Rider«¹²⁵ für die speziellen Gruppe der Plattformkurier vorsieht. Auch sie wurde in den zahlreichen Urteilen nach ihrem Inkrafttreten nur ausnahmsweise überhaupt erwähnt – meist am Ende, als zusätzliche Bestätigung der Feststellungen des Gerichts.¹²⁶ Die Vermutung nach niederländischem Recht¹²⁷ schließlich wurde in den mittlerweile 18 plattformbezogenen Entscheidungen kein einziges Mal erwähnt.

Andererseits wurde die französische Vermutung einer *selbständigen* Tätigkeit im Falle der Eintragung in ein Unternehmensregister¹²⁸ sehr wohl regelmäßig in den einschlägigen Entscheidungen angeführt¹²⁹ und scheint eine wesentliche Rolle bei der anhaltenden Zurückhaltung der Gerichte bei der Neuurteilung des Status von Fahrerdienstleistern gespielt zu haben. In diesem Zusammenhang betonen die Gerichte, dass die Elemente, die auf die Arbeitnehmereigenschaft hinweisen, besonders ausgeprägt sein müssen, um diese Vermutung zu widerlegen. Dies beweist, dass Rechtsvermutungen im Prinzip auch bei Rechtsfragen eine relevante Rolle spielen können, sofern die Rechtsprechung davon ausgeht, dass aufgrund

122 Vgl. *Juízo do Trabalho de Portimão*, 5.4.2024 – 3842/23,5T8PTM (zu *Glovo*). Dies ist natürlich nicht ausnahmslos der Fall. Etwa gibt es in der französischen und ungarischen Rechtsprechung (s. *Kúria*, 13.12.2023 – Mfv.VIII.10.091/2023/7 und Tribunal correctionnel de Paris, 12.1.2023) Fälle, in denen das Gerichte die Beweislast des Klägers als Grund für die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft hervorheben. Dies betrifft beispielsweise die Frage, ob Fahrer, die keine Schichten reserviert haben, dennoch gute Chancen hatten, ausreichend Aufträge zu erhalten – so dass keine indirekte Verpflichtung zur Nutzung dieses Zeitplans bestünde. Derartige Feststellungen deuten *de facto* darauf hin, dass eine Umkehr der Beweislast durch eine Rechtsvermutung das Ergebnis hätte beeinflussen können.

123 Plattformen gebrauchen schließlich uniforme Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Beschäftigten und dokumentieren die Arbeitsleistung minutiös in ihren Datenverarbeitungssystemen. S. zur Veranschaulichung die Ergebnisse der Ermittlungen der italienischen Datenschutzbehörde, zB. Garante per la protezione dei dati personali, 10.6.2021 – 9675440 (zu *Glovo*; letztinstanzlich bestätigt durch Corte di Cassazione, 22.9.2023 – RG n. 27189).

124 Art. 8, Abs. 1 des Estatuto de los Trabajadores.

125 S. Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, BOE-A-2021-7840.

126 S. zB. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 27.6.2023 – 2809/2023 oder Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria, 24.10.2023 – 3412/2023 (beide zu *Glovo*).

127 S. Art. 7:610a des Burgerlijk Wetboek.

128 S. Art. L. 8221-6 des Code du Travail. Da eine solche Eintragung von den Plattformunternehmen üblicherweise als Einstellungs voraussetzung gehandhabt wird, ist die Vermutung beinahe in allen Fällen anwendbar.

129 Einschln. des Höchstgerichts – vgl. Cour de cassation, 13.4.2022 – Arrêt n° 20-14.870.

117 Vgl. die Rechtsvermutungen in Art. 337/1-2 der belgischen Arbeitsrelatiewet und Art. 12 des portugiesischen Código do Trabalho.

118 Beginnend mit *Juízo do Trabalho de Portimão*, 5.4.2024 – 3842/23,5T8PTM und *Juízo do Trabalho de Lisboa*, 1.2.2024 – ARECT 29354-23,9T8LSB.

119 Hier stellte etwa das Lissaboner Gericht auf die einzelne Lieferung ab, die durch Instruktionen, Kontrolle etc. durch die Plattform gekennzeichnet ist; jenes von Portimão betrachtete dahingegen die Gesamtsituation, in der es den Kurieren jederzeit freisteht, sich an- oder abzumelden, Aufgaben anzunehmen oder abzulehnen und sogar bereits angenommene Aufgaben zu stornieren. Dementsprechend bestehe keine Kontrolle und die einseitige Festsetzung des Preises durch die Plattform, bedeute etwa nicht, dass die Vergütung des Arbeitnehmers festgelegt wurde.

120 S. Commission Administrative de règlement de la relation de travail, 26.10.2020 – 187 – FR – 20200707 und Tribunal du travail francophone de Bruxelles, 21.12.2022 – 21/632/A.

121 Commission Administrative de règlement de la relation de travail, 23.2.2018 – 116 – FR – 20180209, 9.3.2018 – 113 – FR – 20180123; Tribunal du travail francophone de Bruxelles, 8.12.2021 – 19/5070/A; Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153.

der Komplexität des Arbeitnehmerbegriffs ein nennenswerter Anteil der Fälle im »aut aut«-Bereich¹³⁰ liegt und im Prinzip verschiedene Kategorisierungen zuließe. Diese Fälle müssten dann auf Basis einer entsprechend formulierten Rechtsvermutung entschieden werden.

VI. Der Trend zu Mehrparteienbeziehungen

Wie in den eingangs angeführten Zahlen bereits ersichtlich, sind Mehrparteienbeziehungen in der Plattformökonomie auf dem Vormarsch, was sich auch in der Rechtsprechung zunehmend widerspiegelt. Insb. in den spanischen Fällen haben Kläger oft mehrere (bis zu 16¹³¹) Beklagte identifiziert – neben den Plattformunternehmen und ihren verschiedenen Tochtergesellschaften va. Subunternehmer, Zeitarbeitsunternehmen und (im häufigen¹³² Fall der Insolvenz eines dieser oft eng kooperierenden Unternehmen) Insolvenzverwalter und/oder Garantieeinrichtungen iSv. Art. 3 Arbeitgeberinsolvenz-RL 2008/94/EG. In der überwiegenden Mehrheit der Verfahren wird jedoch der Arbeitgeberstatus eines einzigen Unternehmens behauptet, was es für das Entscheidungsgremium schwierig macht, Situationen adäquat zu beurteilen, in denen Elemente der Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit gegenüber verschiedenen Parteien, einschließlich der Kunden der Plattform, bestehen.

Bisher ist die Rechtsprechung zu Plattformen, bei denen ein geschäftlicher oder privater Kunde eine wichtigere Rolle bei der Bestimmung der Dienstleistung spielt (und somit Elemente von Weisungsbefugnis gegenüber den Beschäftigten ausübt), noch sehr spärlich. Bis dato wurden nur drei Plattformen als Zeitarbeitsagenturen betrachtet, die Beschäftigte an ihre Kunden überlassen: UberEats in der Schweiz und Helpling und Temper in den Niederlanden. In ersterem Fall¹³³ wurde diese Beurteilung letztinstanzlich wieder aufgehoben, da das Schweizer Bundesgericht die Möglichkeiten von Restaurants, Kurieren individuelle Weisungen zu erteilen, als nicht ausreichend erachtete, um sie als Entleiher einzustufen. Die Urteile zur Reinigungsplattform Helpling¹³⁴ stellen hingegen einen interessanten Ansatz für die Besonderheiten dieser Plattfortypen dar, die selbst häufig keinen oder nur begrenzten Einfluss auf die Vereinbarung von Aufgaben und Preisen zwischen Beschäftigten und Kunden haben, aber dennoch den organisatorischen Rahmen bestimmen. Im Gegensatz zu Urteilen, die Kunden (dh. Haushalte) als Arbeitgeber identifizieren (wie die erstinstanzliche Helpling-Entscheidung¹³⁵ und die norwegischen Entscheidungen zu Reinigungsplattformen¹³⁶), sieht die Konstruktion als Zeitarbeitsverhältnis ein durchgehendes Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und Beschäftigten, was wie erwähnt (s. II.1.a) erhebliche Vorteile im Vergleich zu einer

langen Reihe kurzer befristeter Verträge bietet. Das bisher einzige Urteil zu einer Pflegeplattform (Joyner in Spanien¹³⁷) ist gleichzeitig das einzige, bei dem ein „einfaches“ Arbeitsverhältnis zwischen der Plattform und ihren in privaten Haushalten arbeitenden Beschäftigten angenommen wurde. Überraschenderweise wurden auch in den Fällen zum ortsgebundenen Crowdwork,¹³⁸ bei denen üblicherweise inhaltliche Weisungen von Geschäftskunden mit organisatorischen Weisungen der Plattform zusammenwirken, generell keinerlei Überlegungen zur Mehrparteiennatur der Vertragsverhältnisse angestellt – sodass Gerichte entweder ausreichende Anhaltspunkte sahen, um die Plattform trotz Fehlens inhaltlicher Weisungen als Arbeitgeber einzustufen, oder die Beschäftigten für selbständig erklärten.

Deutlich mehr Entscheidungen befassten sich mit Situationen, in denen die Beschäftigten einer Fahrdienst- und Lieferplattform ein direktes Vertragsverhältnis nicht mit der Plattform selbst, sondern mit einem zwischengeschalteten Unternehmer hatten. Dies hat in Frankreich, Italien, Österreich, Spanien und Schweden zu zahlreichen Verfahren geführt, in denen die Frage aufgeworfen wurde, ob die Plattform und/oder der Subunternehmer als Arbeitgeber anzusehen sind. Der allgemeine Trend in den (bei Weitem) rechtsprechungsintensivsten Ländern Frankreich und Spanien geht dahin, die von den beteiligten Parteien gewählte Vertragskonstruktion anzuerkennen.¹³⁹ Dies auch, wenn die Rolle des Subunternehmers auf die Arbeitsorganisation beschränkt ist, weil die App die wesentlichen inhaltlichen Anweisungen gibt, die Vergütung festlegt und die Leistung steuert.

Die einzigen Fälle, in denen Gerichte beschlossen, die Rolle des Subunternehmers außer Acht zu lassen und ein direktes Arbeitsverhältnis mit der Plattform festzustellen, hatten einen strafrechtlichen Hintergrund. In einem italienischen Urteil¹⁴⁰ ging es um einen schwerwiegenden Fall der Ausbeutung von Kurieren, die von einer Person »organisiert« wurden, die nicht einmal über die technische Möglichkeit verfügte, die Arbeit zu kontrollieren. Vielmehr steuerte der Betreffende nur die direkte Kommunikation mit den Kurieren (größtenteils Asylsuchende ohne Arbeitserlaubnis), um diese unter Druck zu setzen, zu den von UberEats gewünschten Zeiten und in der von UberEats gewünschten Weise zu arbeiten. Ein französisches Urteil¹⁴¹ hielt die Existenz eines Subunternehmers von Stuart für »rein theoretisch«. Vereinzelt Urteile (zu Uber in Österreich¹⁴² und Foodora Schweden¹⁴³) haben Plattformen als Nutzerunternehmen in einem illegalen Zeitarbeitskonstrukt angesehen, denen die Beschäftigten von ihren Subunternehmen überlassen wurden. Beide Bewertungen – dh. als direktes Arbeitsverhältnis mit der Plattform oder als Zeitarbeitsverhältnis – kommen auch in einigen spanischen Entscheidungen von Arbeitsaufsichtsbe-

130 Hierzu etwa LAG Hessen, 14.2.2019 – 10 Ta 350/18 – NZA-RR 2019, 505.

131 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 15.12.2021 – 6609/2021. In casu versuchten die Arbeitnehmer, die alle durch eng kooperierende Subunternehmer der Fahrplattform Cabify eingestellt waren und in einem bestimmten Zeitraum entlassen wurden, das Vorliegen einer Massenentlassung feststellen zu lassen.

132 ZB. Take Eat Easy, Tok Tok Tok und Helpling werden bzw. wurden in zahlreichen Verfahren bereits vom Insolvenzverwalter vertreten.

133 Chambre administrative de la Cour de Genève, 29.5.2020 – ATA/55/2020 – aufgehoben durch Tribunal fédéral, 30.5.2022 – 2C_575/2020.

134 Gerechtshof Amsterdam, 21.9.2021 – 200.268.510/01.

135 Rechtbank Amsterdam, 1.7.2019 – 7299840 CV EXPL 18-23708.

136 S. Arbejdstilsynet Sør-Norge, 25.2.2014 – 2014/58106 und Direktoratet for arbeidstilsynet, 16.7.2015 – 2016/2078.

137 S. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 4.5.2023 – 2789/2023.

138 In Deutschland, Frankreich und Österreich. S. BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552; Cour de cassation, 5.4.2022 – Arrêt n° 20-81-775; österreichisches Bundesverwaltungsgericht, 11.8.2021 – I413 2221763-1.

139 Va. in den höheren Instanzen – wobei der Punkt von den jeweiligen Höchstgerichten noch nie konkret angesprochen wurde.

140 Tribunale di Torino, 18.11.2021 – RG n. 4991/2020 (inzwischen zweitinstanzlich bestätigt).

141 Tribunal correctionnel de Paris, 12.1.2023 (zu Stuart).

142 OLG Wien, 23.11.2020 – 10 Ra 59/202.

143 Arbetsdomstolen, 9.12.2022 – Mål nr A 154/21.

hören, Sozialversicherungsträgern und manchen Gerichten vor;¹⁴⁴ die meisten höherrangigen Urteile lehnen einen solchen Ansatz jedoch ab, solange die Rolle des Subunternehmers nicht gänzlich vernachlässigbar ist (va. wenn letzterer, wie in den meisten Fällen, die Verwaltung des Personals, der Fahrzeuge und anderer Ausrüstung übernimmt).¹⁴⁵ Solange es noch eine klare Trennung der Vermögenswerte einzelner Subunternehmer gibt (die in Spanien oft vollständig im Eigentum der Plattformen stehen), lehnen Gerichte in der Regel auch die Existenz einer »Gruppe von Arbeitgebern« ab, die das nationale Recht im Prinzip zulässt.¹⁴⁶

Eine weitere Komplikationsebene entsteht durch die Tatsache, dass es sich bei den meisten Plattformen um multinationale Unternehmen mit mehreren Tochtergesellschaften handelt. Während die meisten Verfahren in den meisten Ländern gegen die jeweilige Landestochter der betreffenden Plattform gerichtet sind und in vielen Fällen keine weitere Diskussion zu diesem Punkt erfolgt, gibt es auch wichtige Gegenbeispiele. Im Fall von Uber gab es sogar Fälle (in der Schweiz), in denen erst das Höchstgericht entscheiden musste, ob die niederländische Mutter- oder die schweizer Tochtergesellschaft der richtige Adressat von Ansprüchen auf Sozialversicherungsbeiträge war. Erst nachdem das Bundesgericht¹⁴⁷ die Muttergesellschaft als richtigen Adressaten identifiziert hatte, konnte die Frage der Arbeitnehmereigenschaft der Fahrer behandelt werden, sodass der Fall ein zweites Mal alle Instanzen durchlaufen musste, bis das Bundesgericht¹⁴⁸ auch dies bestätigte. Anderorts wurde die nationale Uber-Tochter implizit oder explizit (in mehreren Entscheidungen in Italien und dem Vereinigten Königreich¹⁴⁹) als Arbeitgeber identifiziert. Die (wenigen) französischen Urteile, die die Frage ausdrücklich ansprechen, sehen tendenziell die Muttergesellschaft (die für die Programmierung der Uber-App verantwortlich ist) als Arbeitgeber und lehnen Ansprüche uU. allein aus dem Grund ab, dass eine Klage gegen die Tochtergesellschaft gerichtet war.¹⁵⁰ Lediglich in einer italienischen Entscheidung werden alle Unternehmen der »Uber-Galaxie« in allen Angelegenheiten für gesamtschuldnerisch haftbar befunden, da von den Klägern nicht verlangt werden könne, die Rolle jedes einzelnen Unternehmens im Hinblick auf Komponenten der Weisungsgebundenheit zu durchblicken.¹⁵¹

Eine weitere zunehmend relevante Konstellation betrifft das account sharing, bei dem eine Person ein Benutzerkonto erstellt und eine andere (häufig ohne Arbeitserlaubnis) damit arbeitet. In Frankreich haben mittlerweile einige Gerichte die Inhaber solcher Benutzerkonten als Arbeitgeber eingestuft und für illegale Beschäftigung zur Verantwortung gezogen.¹⁵²

Interessante Ansätze eines funktionellen Arbeitgeberbegriffs¹⁵³ finden sich schließlich in einigen norwegischen und schwedischen Entscheidungen zu haushaltsnahen Diensten,¹⁵⁴ die festhalten, dass sich die Verneinung des Arbeitgeberstatus der Plattform ausschließlich auf Fragen des Arbeitsschutzes bezieht. Die norwegische Entscheidung fügt sogar ausdrücklich hinzu, dass die Plattform zwar mangels Einflusses auf die konkrete Arbeitstätigkeit nicht der geeignete Adressat für Arbeitsschutzpflichten ist, dies jedoch nicht ausschließt, dass diese als Arbeitgeber in Bezug auf andere Rechtsbereiche betrachtet werden könne.

Alles in allem zeigt sich, dass Mehrparteienbeziehungen aufgrund ihrer schieren Komplexität die Gefahr bergen, dass Beschäftigte trotz vorliegender Elemente einer Weisungsbindung nicht als Arbeitnehmer anerkannt werden. Sofern ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen als dem Plattformunternehmen angenommen wird, stellt dies nicht notwendigerweise ein Problem dar. Etwa sorgt in Spanien, wo die Gerichte auch relativ fragwürdige Konstellationen im Allgemeinen anerkennen, das nationale Recht ohnehin für eine umfangreiche Haftung der Plattform für die Verpflichtungen ihrer Subunternehmer. Wie an anderer Stelle ausführlicher besprochen,¹⁵⁵ zeigt die gegenwärtige Praxis dennoch zahlreiche Schwierigkeiten auf, besonders wenn Arbeitnehmer – wie in den spanischen Fällen vielfach belegt – gezwungen sind, eine prinzipiell kontinuierliche Tätigkeit als Fahrer für ein- und dieselbe Plattform im Rahmen von kurzfristigen Vertragsbeziehungen mit verschiedenen Subunternehmen und Zeitarbeitsunternehmen auszuüben.¹⁵⁶

Insofern könnte Art. 3 der Plattformarbeits-RL, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer von »intermediaries« der Plattformen dasselbe Schutzniveau genießen, trotz der letztlich wenig konkreten Formulierung erhebliche Bedeutung zukommen.

VII. Schlussfolgerungen und abschließende Bemerkungen

Die im Abschnitt II. dargestellten Zahlen könnten den Eindruck erwecken, die europäische Rechtsprechung entwickle sich langsam aber sicher in Richtung einer Anerkennung des Arbeitnehmerstatus für Plattformbeschäftigte. Dies wäre aber schon insofern irreführend, als diese Rechtsprechung ganz überwiegend einige wenige Plattfortmtypen betrifft und etwa ortsungebundene Formen der Plattformarbeit noch gar nicht vorkamen. Hinzu kommt, dass die Funktionsweise von Plattformen sich konstant verändert und von den Unternehmen zweifellos auch bewusst angepasst wird. Verschiedene Aspekte der Überlegungen und Begründungen, auf die sich Gerichte bei der Einstufung von Plattformen als Arbeitgeber gestützt haben, sind geradezu regelmäßig bereits veraltet, wenn das Urteil ergeht – wodurch derartige Urteile nur in den allerseltensten

144 Vgl. zuletzt Tribunal Superior de Justicia de Cáceres, 30.10.2023 – 1129/2023 (zu Amazon).

145 Zuletzt Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 25.10.2023 – 11835/2023 (zu Cabify).

146 Ausführlich Hiessl, European Labour Law Journal 14(4), 514–540.

147 Bundesgericht, 29.3.2021 – 9C_692/2020.

148 Bundesgericht, 16.2.2023 – 9C_70/2022 et al.

149 S. Supreme Court, 19.2.2021 – [2021] UKSC 5 und zuletzt Tribunale di Milano, 28.9.2023 – RG n. 6979/2023.

150 S. Cour d'appel de Paris, 14.12.2022 – RG n° 19/11020.

151 S. Tribunale di Torino, 18.11.2021 – RG n. 4991/2020 (inzwischen zweitinstanzlich bestätigt).

152 Erstmals Tribunal administratif de Toulouse, 23.2.2023 – RG n° 2100156-7 (zu UberEats).

153 Vgl. Adams-Prassl, The Concept of Employer, Oxford 2015, 155–194.

154 S. Förvaltningsrätten i Malmö, 22.6.2012 – Mål nr 13356-20 und 14.11.2021 – Mål nr 1332-21 (zu TaskRunner und Tiptapp); Direktoratet for arbeidstilsynet, 16.7.2015 – 2016/2078 (zu Vaskerhvit).

155 Hiessl, European Labour Law Journal 14(4), 514–540.

156 Eindrucksvoll beschrieben etwa im Urteil des Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 14.6.2022 – 3471/2022 (zu Cabify).

Fällen zu einer Neubewertung des Status der gegenwärtig Beschäftigten durch die Plattform führen. Nur sehr wenige Fälle geben einem Gericht (insb. in den höheren Instanzen) die Möglichkeit, ein Plattformmodell in seiner aktuellen Form zu prüfen. Dies ist ausnahmsweise dann möglich, wenn (insb. durch Wettbewerber wie etwa Taxiunternehmen) die Feststellung der Rechtswidrigkeit des gegenwärtigen Geschäftsmodells einer Plattform¹⁵⁷ oder (durch Gewerkschaften) die Feststellung der Anwendbarkeit eines Tarifvertrags beantragt wird.¹⁵⁸

Entsprechend wird aus Tatsachenfeststellungen verschiedener behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen nur langsam deutlich, wie sich das Geschäftsmodell diverser Plattformen im Laufe der Zeit verändert hat. Wie aus verschiedenen Urteilen der belgischen, italienischen, niederländischen und portugiesischen Gerichte zu Deliveroo und Glovo¹⁵⁹ deutlich wird, umfassen derartige Veränderungen etwa die Abschaffung von Schichtplänen (und damit des Einflusses der Plattform auf die Vergabe von Prioritäten für die Reservierung von Schichten sowie Konsequenzen für ein Nichterscheinen); die Einführung der Option, die kontinuierliche GPS-Lokalisierung während der Lieferung zu deaktivieren; sowie diverser Elemente, die bestimmtes Verhalten pönalisieren. Elemente wie eine monatliche Mindestarbeitspflicht, die verpflichtete Verwendung von durch die Plattform zur Verfügung gestellter Kleidung und Ausrüstung oder strikte Konkurrenzverbote kommen in der Judikatur zu modernen Plattfortypen schon beinahe nicht mehr vor. Die Uber-App ist mittlerweile so konfiguriert, dass genuin selbständige Taxifahrer sie ohne Weiteres anfüllend verwenden können, wann immer sie keine anderen Aufträge haben.¹⁶⁰

Das Gesamtbild lässt darauf schließen, dass, je mehr Arbeitnehmer auf einer bestimmten Plattform aktiv sind, desto eher es sich diese leisten kann, auf Weisungen, Sanktionen und selbst Anreizsysteme zu verzichten – weil der Wettbewerb zwischen den Beschäftigten dafür sorgt, dass sich auch für weniger attraktive Aufgaben im Allgemeinen ein Interessent findet und vorzeitig stornierte Aufgaben schnell neu vergeben werden können – wodurch sich auch die Pönalisierung solcher Stornierungen erübrigt. Dadurch hat das Vertragsverhältnis stets weniger Ähnlichkeit mit einem klassischen Arbeitsverhältnis, während die Situation der Beschäftigten durch den Wegfall der Planbarkeit uU. noch prekärer wird.¹⁶¹

Vor diesem Hintergrund wird stets fraglicher, ob eine Beurteilung des Arbeitnehmerstatus auf Grundlage der traditionellen Kriterien – die zT. erheblich liberaler interpretiert, aber an sich nicht aufgegeben werden – mittelfristig im Stan-

de sein wird, die Anwendung des Arbeitsrechts auf typische Situationen schutzbedürftiger Arbeitender sicherzustellen. Wie dargestellt, existieren außerhalb Europas bereits fundamental veränderte Zugänge zum Arbeitnehmerbegriff und auch die europäische Judikatur zeigt eine erhöhte Bereitschaft zur Würdigung von Elementen der betrieblichen Eingliederung und Abhängigkeit oder auch der strukturellen Position des potentiellen *Arbeitgebers*.

Hierbei sei angemerkt, dass insb. die Annahme einer Streichung der Arbeitspflicht als Kernkriterium des Arbeitnehmerstatus – wofür es schon in der bisherigen Rechtsprechung wie beschrieben zahlreiche Indizien gibt – zu grundlegenden rechtspolitischen Fragen führt. In der Judikatur bereits jetzt ersichtlich sind etwa die Probleme der Feststellung der Arbeitszeit – insb. wenn Plattformbeschäftigte eingeloggt, aber nicht verpflichtet sind, Aufträge anzunehmen.¹⁶² Andere Probleme bleiben im generell retroaktiven Ansatz der gerichtlichen Statusbewertung generell verborgen. So gehen Rechtsbereiche wie das Arbeitszeit-, Entgeltfortzahlungs- oder Kündigungsrecht regelmäßig davon aus, dass die Verpflichtung zur Leistung eines bestimmten Arbeitsumfangs vorab festgestellt ist und dass der Arbeitgeber eine formelle Kündigung – mit allen damit verbundenen Rechten für den Arbeitnehmer – aussprechen muss, wenn er dem Arbeitnehmer keine weiteren Aufträge zuteilen möchte.¹⁶³ Hinzu kommen Maßnahmen zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit von Aufgaben, wie sie nach Umsetzung der RL 2019/1152/EU über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in allen EU-Mitgliedstaaten bestehen sollten.

Hier wird deutlich, dass für die Gruppe der Arbeitnehmer ohne Arbeitspflicht Sonderregeln notwendig wären – einerseits Ausnahmen von Bestimmungen, die bei fehlender Arbeitspflicht nicht sinnvoll angewendet werden können, andererseits evtl. alternative Schutzmechanismen, um der fehlenden Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung von Arbeit zu begegnen. Ob derartige Sonderregelungen als *tertium genus* konzipiert werden, sei dahingestellt – uU. wäre dies eine Gelegenheit, bestehende Systeme zu überdenken, in denen wie erwähnt der Zusammenhang zwischen der Definition der Zwischenkategorie und den ihr zuerkannten Rechten nicht immer nachvollziehbar ist.

Solange derartige klare Regelungen fehlen, verwundert es letztlich auch nicht, dass Plattformunternehmen generell entweder versuchen, den Selbständigenstatus ihrer Beschäftigten um jeden Preis aufrechtzuerhalten oder aber diese an Subunternehmer auslagern, um sie in klassischen Arbeitsverhältnissen inkl. Arbeitspflicht zu beschäftigen. Letzteres ist für manche Plattformbeschäftigte wohl eine willkommene Lösung – va. für die besonders schützenswerte Gruppe derjenigen, die hauptberuflich über die Plattform arbeiten und ein stabiles Einkommen anstreben. Anders stellt sich die Situation für die – zumindest teilweise auch besonders schützenswerte – Gruppe jener dar, die (aus gesundheitlichen oder familiären Gründen, gleichzeitigem Studium oder Arbeitssuche etc.) eine reguläre Arbeitsverpflichtung nicht oder schwer eingehen können,

157 S. zB. in Belgien Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, 16.1.2019 – R.G. no A/18/02920 (zu *Uber*) oder in Frankreich Cour de cassation, 12.1.2022 – Arrêt n° 20-11.139 (zu *Kapten/Free now*).

158 S. die Klagen der niederländischen Gewerkschaften gegen Deliveroo, Helpling, Temper und Uber, Sammelklagen gegen Glovo, Deliveroo und Amazon oder deren Subunternehmer in Spanien oder die (erfolgreiche) Klage gegen Deliveroo im Vereinigten Königreich.

159 S. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153 (zu *Deliveroo*); Tribunale di Palermo, 17.11.2023 – 9590/2023 RGL (zu *Glovo*); Gerichtshof Amsterdam, 16.2.2021 – 200.261.051/01 (zu *Deliveroo*); Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23-5T8PTM (zu *Glovo*).

160 S. Gerichtshof Amsterdam, 3.10.2023 – 200.300.335/01.

161 Interessanterweise betonen beispielsweise in den einzigen beiden Ländern, in denen Gerichte den Status des potenziellen Arbeitgebers von Deliveroo vor und nach der Umstellung der Plattform auf ein »kostenloses Login«-System in einem einzigen Urteil beurteilt haben, alle Gerichte, dass dies keinen Einfluss auf das Ergebnis hat. S. Cour du travail de Bruxelles, 12.12.2023 – 2023/3153; Gerichtshof Amsterdam, 16.2.2021 – 200.261.051/01.

162 Va. in Spanien, zB. Tribunal Supremo, 24.5.2022 – 8610/2022 (zu *Uber*).

163 Vgl. zB. Gerichtshof Amsterdam, 4.4.2023 – 200.295.806/01 (zu *Olja*).

sodass eine Arbeitsmarktteilnahme nur bei entsprechender Flexibilität sinnvoll möglich ist.¹⁶⁴

Bzgl. des Potentials von Rechtsvermutungen gibt die bisherige Rechtsprechung wie beschrieben nicht wirklich Anlass zu Optimismus – jedenfalls nicht, wenn die Vermutung eine reine Rechtsfrage betrifft, und insb. dann nicht, wenn die Kriterien für ihre Anwendung jene der eigentlichen Arbeitnehmerdefinition vorwegnehmen.¹⁶⁵ Erweitert man jedoch die Perspektive auf Konzepte der Beweislastumkehr im Allgemeinen, wird deutlich, dass diesen schon bisher eine signifikante Rolle bei der Beurteilung von Algorithmen zukommt. Wie erwähnt (s. III.1.c und Fn. 58) stellt die Funktionsweise von Algorithmen oft den einzigen Aspekt dar, bei dem der Sachverhalt strittig ist. Einige Urteile sind hier auf Basis von bestehenden Mechanismen der Beweislastumkehr im Diskriminierungs-¹⁶⁶ und Kündigungsrecht¹⁶⁷ in ihrer Würdigung davon ausgegangen, dass Algorithmen bestimmte von den Klägern behauptete Funktionen besitzen, die die Plattformen bestritten hatten. Bedenkt man, dass es für die Beschäftigten regelmäßig unmöglich ist, ihre Vermutungen zu beweisen (etwa, dass ein Algorithmus ihnen als Reaktion auf bestimmtes Verhalten bewusst keine, weniger oder schlechter bezahlte Aufträge zuteilt¹⁶⁸), schiene es erwägenswert, eine spezielle Beweislastumkehr für algorithmische Funktionen einzuführen, für die der Kläger einen Anscheinsbeweis erbringt.

Was schließlich den Trend zu Mehrparteienbeziehungen betrifft, stellen sich einerseits verfahrenstechnische Fragen, da es für Kläger mit erheblichen zusätzlichen Schwierigkeiten, Kosten und Risiken verbunden ist, jeweils vorsichtshalber eine Vielzahl von Antragsgegnern zu identifizieren, von denen ein Gericht möglicherweise einen oder mehrere als Arbeitgeber ansieht. Materiell scheinen aktuell große Unterschiede in den Rechtsinstrumenten zu bestehen, die Gerichten in verschiedenen Ländern zur Verfügung stehen, wenn sich die persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten aus dem Zusammenwirken mehrerer Parteien ergibt – wobei v.a. die Feststellung eines Leiharbeitsverhältnisses, eine Haftung für Subunternehmer oder schließlich funktionelle Zugänge zum Arbeitgeberkonzept eine Rolle spielen können.

In jedem Fall stellt Plattformarbeit bzw. die Gig Economy im Allgemeinen Gerichte in allen Ländern weiterhin vor erhebliche Herausforderungen, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass arbeitnehmerspezifische Schutzmechanismen in Zukunft denjenigen zugutekommen, die besonders auf sie angewiesen sind. Die Umsetzung der Plattformarbeits-RL dürfte hieran jedenfalls im Falle eines »minimalistischen« Ansatzes wenig ändern. Sollten die nationalen Gesetzgeber den Umsetzungsprozess hingegen dazu nutzen wollen, rechtlichen Problemen der Statusfeststellung in der Plattformökonomie durch gezielte gesetzgeberische Maßnahmen zu begegnen, gäbe es dafür, wie aufgezeigt, zahlreiche Ansatzpunkte.

¹⁶⁴ Näher hierzu *Hiessl*, Italian Labour Law e-Journal 2022, 13–28.

¹⁶⁵ Vgl. die Überlegungen eines portugiesischen Arbeitsgerichts (Juízo do Trabalho de Portimão, 5.4.2024 – 3842/23.5T8PTM (zu *Glovo*)), die iW. auch für die neue Rechtsvermutung der Plattformarbeits-RL gelten.

¹⁶⁶ ZB. Tribunale di Palermo, 17.11.2023 – 9590/2023 RGL (zu *Glovo*).

¹⁶⁷ ZB. Gerichtshof Amsterdam, 4.4.2023 – 200.295.742/01 (zu *Uber*).

¹⁶⁸ S. Gerichtshof Amsterdam, 4.4.2023 – 200.295.806/01 (zu *Ola*).

Tarifautonomie und Außenseiter

Dissertation von Kyra Klocke, 2023, Mohr Siebeck, Tübingen, 489 S. (ISBN 978-3-16-162392-9), 124 €, erschienen als Band 19 der Schriftenreihe Beiträge zum Arbeitsrecht

Laudatio auf Kyra Klocke*

An Monografien über die Grundlagen und die Grenzen der Tarifautonomie, darunter etliche Habilitationsschriften, herrscht in der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft wahrlich kein Mangel.¹ Ist in den letzten Jahrzehnten somit nicht schon alles geschrieben worden, was es zu dieser Materie zu sagen gibt? Sind nicht alle Winkel dieses Themas bereits mehrfach zur Genüge ausgeleuchtet worden? Kann zum Spannungsfeld von Tarifautonomie und Außenseitern tatsächlich noch etwas Neues ans Tageslicht gefördert werden? *Kyra Klocke* zeigt uns mit ihrer beeindruckenden Dissertationsschrift, für die sie bereits den Promotionspreis des Freundeskreises der Juristischen Fakultät an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg erhalten hat: Ja, es kann.

Natürlich baut jede solide rechtswissenschaftliche Arbeit auf dem bisher erreichten Diskussionsstand auf, der zur Kenntnis genommen und reflektiert werden will, bevor an die Entwicklung alternativer Lösungsansätze zu denken ist. Literaturkenntnis schützt bekanntlich vor Neuentdeckungen.² Ein großer Teil der Dissertation ist daher dem sorgsam nachgezeichneten der zahlreichen Verästelungen des bisherigen Diskursverlaufes in Rechtsprechung und Schrifttum über die rechtliche Architektur der Tarifautonomie und dabei insbesondere ihrer personellen Grenzen gewidmet. Die Auszeichnung mit dem Hugo Sinzheimer Preis 2023 gilt aber selbstverständlich nicht dem Umstand, dass die Verfasserin die zahlreichen Facetten des Meinungsstandes zum Verhältnis von Tarifautonomie und Außenseitern akkurat dargestellt hat. Vielmehr gilt die Auszeichnung dem Umstand, dass es *Klocke* gelungen ist, nicht lediglich auf der operativen Ebene neue Ergebnisse zu präsentieren, sondern dass sie auf der konzeptionellen Ebene ein Verständnis der Tarifautonomie entwirft und argumentativ absichert, das sich als Alternativmodell zur heute dominierenden Sicht einer Rückführung der Tarifautonomie auf den

Einzelwillen der Koalitionsmitglieder begreift und das aufgrund seiner Überzeugungskraft gute Chancen hat, durch eine Rezeption in der Judikatur auch praktisch wirksam zu werden.

I. Thema der Dissertation

Zunächst zum Thema der Dissertation. Die das deutsche Tarifrecht seit den Tagen der TVVO kennzeichnende grundsätzliche Beschränkung der unmittelbaren und zwingenden Wirkung tariflicher Inhaltsnormen auf diejenigen Arbeitsvertragsparteien, die beiderseits tarifgebunden sind,³ hat seit jeher zu der Frage geführt, ob und wie auch Außenseiter (Nicht- und Andersorganisierte) von tariflichen Regelungen erfasst werden können. Dabei kreist die Diskussion sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus privatrechtstheoretischer Perspektive schon seit langem um die Legitimation der rechtlichen Bindung der Individualvertragsparteien an tarifliche Normen.⁴ Hierbei geht es nicht oder jedenfalls nicht nur um die dogmatische Konstruktion der Tarifwirkung, sondern um die dahinter stehende Frage nach den eigentlichen legitimatorischen Gründen der tariflichen Normsetzungsmacht als Ausgangspunkt für die Bewertung des geltenden Rechts.⁵ Die traditionelle Sichtweise vertrat bekanntlich ein etatistisches Modell und nahm eine vom Staat, genauer gesagt vom einfachen Gesetzgeber delegierte Normsetzungsmacht an,⁶ was freilich rechtliche Missverständnisse provozierte.⁷ Demgegenüber hat zunächst im arbeitsrechtswissenschaftlichen Schrifttum die Vorstellung einer von den einzelnen Mitgliedern (»mandatarisch«) ausgehenden Legitimation zunehmend an Boden gewonnen.⁸ So wie die durch einen Einzelarbeitsvertrag begründeten Rechte und Pflichten durch die privatautonome Zustimmung der

3 Für eine Beschränkung der normativen Tarifwirkung auf (ggf. ehemalige) Angehörige der Vertragsorganisationen (»Vertragsmitglieder«) bereits *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz, München & Leipzig 1916, S. 86 ff., während »Vertragsfremde« nur im Wege von Reflexwirkungen betroffen sein könnten (S. 100).

4 Umfassende Begründung der »Legitimationslehre« im Zusammenhang mit der Frage nach dem Geltungsgrund für die tarifvertragliche Normsetzungsmacht *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, Berlin 2007, S. 180 ff. Zu den verschiedenen Facetten des Legitimationsgedankens im Kontext der Setzung von Regeln (in der Staatsrechtslehre üblicherweise als Legitimität bezeichnet) ausführlich *Bachmann*, Private Ordnung, Tübingen 2006, S. 159 ff.

5 Klare Trennung der verschiedenen Ebene bei *Höpfner*, (Fn. 1), S. 314 f., 339 f.

6 Grdl. BAG, 15.1.1955 – 1 AZR 305/54 – BAGE 1, 258, 264.

7 Vgl. *Wiedemann*, BB 2013, 1397, 1398: »irreführend«.

8 Statt vieler *Picker*, in: *Oetker/Preis/Rieble* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 795 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Als Vorläufer kann *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, S. 283 f., angesehen werden.

* Überarbeitete Fassung der Laudatio aus Anlass der Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises 2023 am 19.10.2023 in Frankfurt aM.

1 S. nur *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, Frankfurt aM. 1964; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Tübingen 2002; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005; *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, München 2007; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015.

2 Klassisch *Heimpel*, Göttingische Gelehrte Anzeigen 208 (1954), 197, 210.

Vertragsparteien legitimiert sind, beruht die Legitimation der Bindung an einen Tarifvertrag nach dieser neueren Konzeption im Ausgangspunkt auf der privatautonom durch den Einzelnen begründeten Verbandsmitgliedschaft. Die Gewerkschaften bündeln entsprechend dieser Sichtweise nur den individuellen, auf die Gestaltung der eigenen Arbeitsbedingungen bezogenen rechtsgeschäftlichen Willen ihrer Mitglieder. Dasselbe gilt korrespondierend für die Arbeitgeberverbände, die freilich selten ausdrücklich in den Blick genommen werden. Tarifautonomie ist nach diesem Konzept somit nicht mehr und nichts anderes als »kollektiv ausgeübte Privatautonomie«. Seit dem Ende der 1990er-Jahre ist diese Formulierung zunehmend in die Rechtsprechung des BAG eingeflossen⁹ und hat zuletzt auch in der Judikatur des BVerfG ihren Niederschlag gefunden¹⁰.

Die brisanteste Konsequenz dieser Neuausrichtung liegt zweifellos in ihrer »Kehrseite«, nämlich etwaige Tarifwirkungen auf Außenseiter im Grundansatz zu delegitimieren.¹¹ Sofern nämlich die vom TVG angeordnete Normwirkung eines Tarifvertrags nur deshalb »legitim« ist, weil der betroffene Arbeitnehmer sich durch den Beitritt zum tarifschließenden Verband damit einverstanden erklärt hat, folgt daraus im Umkehrschluss, dass eine Normwirkung im Verhältnis zu Außenseitern grundsätzlich nicht legitim und jedenfalls nicht von der originären Normsetzungsmacht der Tarifparteien gedeckt, sondern auf eine andere Rechtfertigung angewiesen ist.

Bei alledem ist die Legitimationslehre, genauer die Lehre von der mitgliederschaftlichen Legitimation der Tarifautonomie, freilich nicht nur graue Theorie. Vielmehr setzt sie alle Bestrebungen, die Wirkungen von tariflichen Regelungen über die Verbandsmitglieder auf der Arbeitnehmerseite und/oder auf der Arbeitgeberseite hinaus zu verbreitern, unter einen erheblichen Rechtfertigungsdruck, geht es danach doch um von vornherein außerhalb der Tarifautonomie angesiedelte Phänomene. Dies betrifft neben den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen (§ 3 Abs. 2 TVG) sowie der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) einschließlich aller Ansätze zugunsten einer Absenkung ihrer gesetzlichen Voraussetzungen auch die tarifbasierten Mindestentgelte nach dem AEntG und dem AÜG ebenso wie schließlich das vergaberechtliche Tarifreuerrecht. Vor dem rechtstatsächlichen Hintergrund der schon seit langem feststellbaren Erosion der Tarifbindung sowohl auf der Arbeitgeberseite als auch auf der Arbeitnehmerseite¹² wird durch die Lehre von der mitgliederschaftlichen Legitimation der Eindruck hervorgerufen, dass ein immer geringerer Anteil der Arbeitsverhältnisse legitimerweise tarifautonom reguliert wird. Demgegenüber erscheinen staat-

liche Interventionen, die diesem Trend der »Enttariflichung« der Arbeitsbeziehungen entgegenwirken wollen, gleichsam als irreguläre Eingriffe von außen über den Kopf der Betroffenen und dabei insbesondere der Beschäftigten hinweg, deren Zulässigkeit jedes Mal mit den immer gleichen Argumenten angezweifelt wird. Dieses Bild verstärkt sich noch, wenn man auch reflexhafte Wirkungen von Tarifverträgen auf Außenseiter jenseits einer regelrechten Normwirkung einem Legitimationserfordernis unterwirft und die Außenseiterkonkurrenz geradezu als institutionell notwendiges Gegengewicht zur Tarifmacht begreift. Nimmt man die völlig entgegengesetzte Wertung der Mindestlohnrichtlinie (EU) 2022/2041 hinzu, die zahlreiche positive Wirkungen von tariflichen Mindestentgelten herausstellt¹³ und eine Art Richtgröße von 80 % Tarifabdeckung postuliert,¹⁴ um diese Wirkungen auch tatsächlich zu erzielen, so wird deutlich, dass sich *Klocke* mit ihrer Dissertationsschrift in ein politisch ausgesprochen aufgeladenes Feld begeben hat.

II. Anlage der Dissertation

Die Dissertation stellt eine klassisch-dogmatische Arbeit dar, wie sie für die allermeisten deutschen arbeitsrechtswissenschaftlichen Qualifikationsschriften charakteristisch ist. Auf Ausflüge in andere Disziplinen, etwa die Industrial-Relations-Forschung oder die Politologie, lässt sich die Verfasserin nicht ein. Bei künftigen Befassungen mit der Tarifautonomie ließen sich vielleicht weitere Problemzugänge und Theoriekonzepte einflechten,¹⁵ nicht zuletzt, um die internationale Anschlussfähigkeit der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft zu steigern, um die es nicht allzu gut bestellt ist. Wer auf den deutschen rechtsbezogenen Diskurs und insbesondere auf die Entwicklung der Rechtsprechung Einfluss nehmen will, kommt freilich nicht umhin, sich der gebräuchlichen dogmatischen Denkfikturen zu bedienen und mit ihnen zu argumentieren. Und genau dies macht *Klocke* in vorbildlicher Weise. Dabei spielt – wie noch zu zeigen ist – das Verfassungsrecht in ihrem Argumentationshaushalt eine zentrale Rolle. Zudem kommt *Klocke* – wenn auch weniger prominent – auf das Unionsrecht und das Völkerrecht zu sprechen, womit sie gleichsam en passant ihre Trittsicherheit im europäischen Mehrebenensystem unter Beweis stellt.

Äußerlich ist die Dissertationsschrift in fünf große Kapitel gegliedert: In einem ersten Kapitel analysiert *Klocke* umfänglich die verschiedenen Erscheinungsformen von Außenseiterwirkungen. Neben den »üblichen Verdächtigen« werden zur Abrundung auch Reflexwirkungen angesprochen, bei denen Tarifverträge lediglich als Orientierungsmaßstab dienen, was von vornherein keine Legitimationsprobleme aufwirft, soll der

9 Beginnend mit BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 – NZA 1998, 775, 776 und BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 811/96 – NZA 1998, 778, 779; aus jüngerer Zeit etwa BAG, 23.8.2023 – 10 AZR 384/20 – NZA 2024, 487 Rn. 17 und BAG, 23.8.2023 – 10 AZR 108/21 – NZA 2023, 1470 Rn. 21.

10 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71 Rn. 147: »kollektivierte Privatautonomie«.

11 Frühzeitig Zöllner, RdA 1962, 453, 456 ff.

12 Vgl. Ellguth/Kohaut, WSI Mitteilungen 2022, 328 ff.; neueste Daten bei Hohendanner/Kohaut, IAB-Forum 22. April 2024, abrufbar unter: <https://www.iab-forum.de/75-jahre-tarifvertragsgesetz-sind-branchentarife-und-betriebliche-mitbestimmung-ein-auslaufmodell/> (7.6.2023). Zu den Ursachen Beckmann/Schmidt/Syrovatka, PROKLA 211 (2023), 200, 207 ff.

13 S. Erwägungsgründe 13, 16, 22, 23 und 25 RL (EU) 2022/2041 vom 19.10.2022.

14 Vgl. Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2022/2041 vom 19.10.2022.

15 Für einen politikwissenschaftlichen Ansatz Syrovatka, SR 2023, 191 ff. Danach lässt sich die Delegationstheorie politökonomisch dahin deuten, dass der Staat auf ihrer Grundlage über ein Drohpotenzial zur Domestizierung der Tarifparteien verfügt, indem er die erteilte Befugnis zur Normsetzung bei einer aus seiner Sicht aus dem Ruder laufenden Tarifautonomie – vorbehaltlich verfassungsrechtlicher Grenzen – wieder einschränken oder sogar widerrufen kann, aaO., S. 193 f.

durchaus schillernde Begriff der Legitimation¹⁶ nicht alle Konturen einbüßen. Das zweite und für das Konzept der Arbeit wichtigste Kapitel ist den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Tarifwirkung auf Außenseiter gewidmet. Im dritten Kapitel geht es sodann um die negative Koalitionsfreiheit, die in manchen Theoriegebäuden sogar zu einer negativen Tarifvertragsfreiheit verlängert wird, um den zum »archimedischen Punkt des Tarifrechts«¹⁷ verklärten Außenseiter von allen Tarifwirkungen umfassend abzuschirmen. Mit einer nüchternen Argumentation, die sich vor allem auf die historische und funktionale Auslegung der Koalitionsfreiheit stützt, rückt die Verfasserin die Dinge wieder zurecht und beschränkt die negative Koalitionsfreiheit im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung von BVerfG¹⁸ und BAG¹⁹ auf ein bloßes Fernbleiberecht. Nach einem Seitenblick auf den Schutz konkurrierender Koalitionen im vierten Kapitel beschäftigt sich *Klocke* im fünften Kapitel mit dem Verhältnis von Tarifautonomie und staatlicher Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit einem Fragenkreis, der zu den Außenseiterwirkungen im weiteren Sinne zählt. Insoweit spricht sich die Verfasserin für vergleichsweise weite staatliche Handlungsbefugnisse und insbesondere auch für die Möglichkeit der Verdrängung von schlechteren Tarifverträgen zur Verhinderung von Unterbietungswettbewerb aus, wie dies in § 8 Abs. 2 AEntG geregelt ist.

Bemerkenswerterweise gibt es im Anschluss an die übliche Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in einem sechsten Kapitel noch ein siebtes Kapitel, in dem die Verfasserin das von ihr entwickelte Konzept an zwei aktuelleren Vorschlägen aus Wissenschaft und Politik erprobt. Insoweit geht es zum einen um den Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung von Differenzierungsklauseln zur Korrektur der restriktiven Rechtsprechung des BAG,²⁰ den eine Forschungsgruppe aus Arbeits- und Verfassungsrechtlerinnen und -rechtlern erarbeitet hat und dem die Verfasserin verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit attestiert. Zum anderen setzt sich *Klocke* mit dem Eckpunktepapier von BMAS und BMF »Fairer Mindestlohn – Starke Sozialpartnerschaft« von 2021²¹ auseinander, das eine Reihe rechtspolitischer Maßnahmen zur Erreichung dieser beiden gesteckten Ziele vorschlägt, die von der Verfasserin begrüßt werden.

Nun zum dogmatischen Herzstück der Arbeit, also dem zweiten Kapitel, in dem *Klocke* in steter Auseinandersetzung mit der herrschenden Sichtweise auf rund 160 Seiten sukzessive ihr eigenes System entwirft. Wie bereits angedeutet, besteht ein Kennzeichen des von *Klocke* entwickelten Ansatzes darin, von der Verfassung her zu argumentieren, also die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG in das Zentrum ihrer Über-

legungen zu rücken. Dabei geht die Verfasserin in mehreren Schritten vor: Erstens arbeitet sie unter Rückanbindung an allgemeine verfassungsrechtliche Argumentationsfiguren heraus, dass die Tarifautonomie als Kern der Koalitionsfreiheit ein normgeprägtes, auf Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesenes Grundrecht darstellt. Ein zweiter und eigenständiger Gedankengang führt *Klocke* zu dem für die weiteren Betrachtungen wichtigen Ergebnis, in der Koalitionsfreiheit nicht nur ein klassisches liberales Freiheitsrecht zu sehen, sondern sie als »dienende Freiheit« zu begreifen, nämlich als ein zweckgebundenes Grundrecht mit einer sozialen Schutzdimension. Der dritte Schritt besteht in der klaren Trennung zwischen der Tarifautonomie als Befugnis zur eigenständigen Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf der einen Seite und der Befugnis zur Setzung von Normen mit bindender Wirkung für Dritte auf der anderen Seite. Diese Unterscheidung veranlasst *Klocke* im weiteren Verlauf ihrer Argumentation zu der Folgerung, die Tarifautonomie im Anschluss an ihre funktionale Deutung nicht nur als eine schlichte Fortsetzung der Vertragsfreiheit des Einzelnen, sondern als eine originäre Autonomie zu konzeptualisieren, die »intermediär« zwischen dem Einzelnen und dem Staat angesiedelt ist. Tarifautonomie ist danach also gerade keine kollektiv ausgeübte Privatautonomie, sondern ein aliud zur individuellen Privatautonomie. Tarifautonomie ist für *Klocke* aber auch keine vom Gesetzgeber und nicht einmal vom Verfassungsgeber delegierte Rechtsetzungsmacht, sondern eine vom Verfassungsgeber vorgefundene und respektierte Freiheit mit der Qualität eines Grundrechts.

Sodann versteht *Klocke* den Schutzbereich der Tarifautonomie im bezeichneten Sinne der Befugnis zur Selbstregelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen unter Berufung auf die Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG²² auch in personeller Hinsicht weit und dehnt ihn grundsätzlich auch auf Außenseiter aus. Die Verfasserin bekennt sich damit in der Sache zur Vorstellung einer »erweiterten Autonomie«, bei der die Gewerkschaften als »intermediäre Mächte« fungieren. Dieses Konzept sei entgegen einer vielfach vertretenen Ansicht mit dem Demokratieprinzip vereinbar, weil die Tarifautonomie als solche verfassungsrechtlich und somit demokratisch legitimiert sei. Außerdem trage die Tarifautonomie zu demokratischeren Strukturen auf dem Arbeitsmarkt bei, indem sie der faktisch einseitigen Bestimmungsmacht über Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber mittels eines Handelns der Gewerkschaften entgegenwirke, an dem jeder Arbeitnehmer partizipieren könne. Damit die tariflichen Normen gegenüber Außenseitern verbindliche Wirkung entfalten, bedürfe es allerdings noch einer staatlichen Anerkennung, die in den einschlägigen Fällen freilich unproblematisch vorliege und mit deren Ausübung der Staat seiner Aufgabe nachkomme, den Tarifparteien eine angemessene Ordnung des Arbeitslebens zu ermöglichen.

¹⁶ Zum Begriff krit. *Giesen*, (Fn. 1), S. 185 ff., allerdings bei gleichzeitiger Betonung, dass jede Normsetzung ihre Grundlage – bei privater Normsetzung – in einem Verband oder – bei staatlicher Normsetzung – im öffentlichen Gemeinwesen haben muss.

¹⁷ So – mit ablehnender Stoßrichtung – *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, München 1997, S. 362 u. 566.

¹⁸ S. nur BVerfG, 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17 – NZA 2020, 1338 Rn. 33 mwN.

¹⁹ S. nur BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – NZA 2009, 1424 Rn. 18.

²⁰ Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen (Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG), abgedruckt in AuR 2021, 310 ff.

²¹ Abrufbar unter: <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/fairer-mindestlohn.pdf> (7.6.2023).

²² BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

III. Würdigung der Dissertation

Die Verfasserin hat ein eindrucksvolles Konzept entwickelt, mit dem sie der derzeit dominierenden Sicht der Tarifautonomie als Ableitung aus der individuellen Privatautonomie Paroli bietet. Natürlich ist ihr Gegenmodell nicht im luftleeren Raum entstanden. Vielmehr stützt *Klocke* sich auf verschiedene Vorläufer. Dies betrifft insbesondere die Deutung der Koalitionsfreiheit als zweckgebundenes Freiheitsrecht mit einer sozialen Schutzdimension ebenso wie die Differenzierung zwischen der Tarifautonomie als Befugnis zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einerseits sowie der Befugnis zur Normsetzung und damit der Erklärung der normativen Wirkung tarifvertraglicher Regelungen im Verhältnis zu den Arbeitsvertragsparteien andererseits.²³ Der besondere und eigenständige Wert der Arbeit besteht indes darin, diese Ansätze zusammengeführt und in kontinuierlicher argumentativer Auseinandersetzung mit abweichenden Sichtweisen zu einem einheitlichen Konzept ausgeformt zu haben. Dies gilt zum einen für die Überlegung, die sozialstaatliche Funktion der Koalitionsfreiheit zum Ausgangspunkt zu wählen. Die Verfasserin nähert sich ihrem Thema somit nicht über die Frage, wie eine rechtliche Bindung an die Inhalte von Tarifverträgen erklärt und legitimiert werden kann, wodurch die Vertreter der herrschenden Sichtweise im Anschluss an staatsrechtliche Denkmuster²⁴ regelmäßig zu einer strikten Dichotomie von individueller Selbstbestimmung und hoheitlicher Rechtsetzung sowie – fast schon zwingend – zu einer Rückführung der Tarifautonomie auf die Privatautonomie und damit gleichsam zu ihrer Atomisierung gelangen. Durch eine solche Perspektivverengung auf den Einzelnen droht freilich die den frei gebildeten Koalitionen von der Verfassung zugewiesene überindividuelle Ordnungsaufgabe aus dem Blick zu geraten, obwohl das BVerfG bis heute den systemischen Charakter der Tarifautonomie betont, indem es ausführt, dass das Tarifvertragssystem darauf angelegt ist, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (und damit offenbar nicht nur der Koalitionsmitglieder) beim Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und hierdurch ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen²⁵. Zum anderen gilt dies für die Analyse der relevanten Entscheidungen des BVerfG, namentlich der Beschlüsse zur Allgemeinverbindlicherklärung²⁶ und zur dynamischen Verweisung auf tarifvertragliche Regelungen (Bergmannsversorgungsschein)²⁷, die manchen als unüberwindliche Hindernisse für eine intermediäre Normsetzungsbefugnis und offenbar auch bereits für eine intermediäre Regelungsbefugnis der Koalitionen gelten, obwohl die genaue Lektüre der beiden Entscheidungen angesichts der in ihnen

enthaltenen Einschränkungen und Relativierungen manche Überraschungen bereithält, etwa wenn davon die Rede ist, dass der Staat den Koalitionen verfassungsrechtlich einen »maßgebenden Einfluss« auf die normative Bestimmung des Inhalts der Arbeitsverträge von Außenseitern einräumen dürfe²⁸.

Gibt es aber nicht auch inhaltliche Kritik? Doch. So lässt einen der Begriff der »originären Autonomie« zunächst zusammensucken, hat sich doch selbst *Hugo Sinzheimer* dagegen ausgesprochen, die Rechtsetzungsgewalt der Tarifverbände als originäre, zu eigenem Recht bestehenden Gewalt zu qualifizieren.²⁹ Zudem wirkt die in diesem Zusammenhang vorgenommene Gegenüberstellung von demokratischem Korporatismus und totalitärem Korporatismus unterkomplex, weil die Stoßrichtung der Auseinandersetzung um die Existenz einer originären Rechtsetzungsmacht eher in der Abgrenzung zu vor-modernen Sozialstrukturen mit überlappenden Rechtsregimen unterschiedlicher Korporationen ohne eine eindeutige Zentralgewalt besteht, während am staatlichen Recht als Grundlage für die Anerkennung von tarifvertraglichen Regelungen als Rechtsnormen und dabei insbesondere im Verhältnis zu Außenseitern wie auch am (verfassungskonformen) staatlichen Recht als äußere Grenze für Tarifverträge heutzutage nicht gezweifelt werden kann. Allerdings macht die Verfasserin im weiteren Verlauf ihrer Ausführungen deutlich, dass sie die »originäre Autonomie« nur auf die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien, nicht aber auf die Schaffung von verbindlichen Rechtsnormen bezieht, für die es der staatlichen Anerkennung bedürfe. Insoweit von einer Verschränkung von Privatrecht und öffentlichem Recht zu sprechen, erscheint freilich nicht zwingend, weil die einschlägigen Vorschriften des staatlichen Rechts letztlich Privatrechtsverhältnisse betreffen. Die Vorstellung eines öffentlich-rechtlichen Einschlags der ausgeübten Tarifautonomie erklärt vermutlich auch, dass das von *Klocke* durchaus zur Kenntnis genommene privatrechtstheoretische Potenzial der Tarifautonomie, nämlich durch die Schaffung von Schutzvorschriften einen Maßstab für vertragliche Austauschgerechtigkeit³⁰ auf dem Arbeitsmarkt bereitzustellen,³¹ nicht näher entfaltet wird. Auch bedarf es wohl noch weiterer Diskussion, ob man aus der Aufgabe der Kernbereichslehre

28 Vgl. BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 348 ff.; s. auch BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – BVerfGE 55, 7, 23 ff.: Anlage von Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen über den Kreis der Mitglieder hinaus auf die Einbeziehung der Außenseiter enthält *keine* unzulässige Überschreitung der verfassungsrechtlichen Befugnisse der Koalitionen. Nur am Rande sei vermerkt, dass auf der europäischen Ebene mit Art. 155 AEUV ein Mechanismus existiert, der es repräsentativen Sozialpartnern ermöglicht, arbeitsrechtliche Regelungen zu schaffen, denen bei bestehender Unionszuständigkeit durch einen Ratsbeschluss auf Vorschlag der Kommission Verbindlichkeit und damit die Wirkung einer Richtlinie oder sogar einer Verordnung verliehen werden kann. Dies korrespondiert mit der aus der Arbeitsrechtsvergleichung zu ziehenden Erkenntnis, dass die Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen in verschiedenen anderen EU-Mitgliedstaaten mit demokratischer und rechtsstaatlicher Tradition nicht als ein prinzipielles Problem, sondern lediglich als eine Frage der Repräsentativität der Gewerkschaften angesehen wird, vgl. *Kamanabrou*, Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011, S. 71 ff.

29 *Sinzheimer*, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Viertes Band, Berlin/Boston 1929, S. 1, 7 = *ders.*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 1, Frankfurt aM. 1976, S. 255, 262.

30 Zur Vertragsgerechtigkeit als Ziel sowohl der Privatrechtsordnung als auch des einzelnen Vertrags aus privatrechtstheoretischer Sicht ausführlich *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Tübingen 2019, S. 105 ff., 163 ff.

31 Dazu *Rödl*, WSI Mitteilungen 2023, 168, 172 ff.

23 Vgl. dazu insbesondere *Waltermann*, FS Söllner, 2000, S. 1251, 1258 ff.

24 *S. Isensee*, Der Staat 20 (1981), 161, 162: Legitimation als Grund für die rechtliche Anerkennung eines Wollens fließt nur aus zwei Quellen, nämlich aus der Freiheit des einzelnen Menschen und aus dem Willen des Volkes.

25 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71 Rn. 146.

26 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322.

27 BVerfG, 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208.

neben der Erweiterung des gegenständlichen Schutzbereichs auf eine Erweiterung auch des personellen Schutzbereichs – und dies dazu noch im Bereich der Ausgestaltungsdimension der Koalitionsfreiheit – schließen kann. Darüber hinaus hätte man ergänzend daran denken können, vor dem Hintergrund des Beitrags der Tarifparteien zur Strukturierung und Stabilisierung des Arbeitslebens als das zentrale gesellschaftliche Feld, auf dem über die Zuweisung von Kooperationsgewinnen und damit über soziale Verteilungsgerechtigkeit ebenso wie über soziale Anerkennung entschieden wird, auf die in der Mindestlohnrichtlinie skizzierten positiven Wirkungen von Tarifverträgen³² näher einzugehen.

Dass die Arbeit von *Klocke* zu solcher Kritik herausfordert, zeigt indes nur, dass es ausgesprochen lohnenswert ist, sie gründlich zu lesen, was man gewiss nicht von jeder Dissertation sagen kann. Fest steht: Die Dissertationsschrift wird die Debatte über die Grundlagen und die Grenzen der

Tarifautonomie als »Ewigkeitsthema« des deutschen Arbeitsrechts befruchten und weiter voranbringen. Dabei werden die Thesen von *Klocke* angesichts ihrer klaren Positionierung gewiss nicht ohne Widerspruch bleiben. Aufgrund ihrer verfassungsrechtlich fundierten und nicht zuletzt auch sozialgeschichtlich abgesicherten Konzeption kann sie sich der Diskussion aber unaufgeregt stellen. Dass die Verfasserin mit ihrem Modell einer originären intermediären Tarifautonomie (die eben nicht mit der Befugnis zur Setzung von verbindlichem Recht gleichgesetzt werden darf) zudem in der Tradition von *Hugo Sinzheimer* mit seiner Idee der sozialen Selbstbestimmung steht, muss an dieser Stelle nicht eigens betont werden. *Kyra Klocke* ist daher eine würdige Trägerin des Hugo Sinzheimer Preises des Jahres 2023.

*Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Georg-August-Universität Göttingen*

³² S. Fn. 13.



Mandalka

Abmahnung

Ratgeber für Beschäftigte und ihre Interessenvertretung

3., aktualisierte und erweiterte Auflage

2024. 205 Seiten, kartoniert

€ 29,90

ISBN 978-3-7663-7361-8

bund-shop.de/7361

Abmahnung Risiken und Nebenwirkungen

Die Abmahnung ist die »gelbe Karte« im Arbeitsrecht. Der Arbeitgeber kann sie ziehen, wenn der Arbeitnehmer gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat. Zugleich droht der Arbeitgeber für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen an – das ist in der Regel die Kündigung. Beschäftigte und deren Interessenvertretungen sollten wissen, was eine Abmahnung bedeutet und welche Folgen sie hat.

Der Ratgeber »Abmahnung« beantwortet zuverlässig alle wichtigen Fragen anhand konkreter Beispiele, Checklisten und umfangreicher Mustertexte. Daneben zeigt die Autorin Betriebs- und Personalräten, welche Handlungsmöglichkeiten sie haben.

Die Themen:

- › Welches Verhalten kann der Arbeitgeber abmahnen?
- › Wann können Beschäftigte ihren Arbeitgeber abmahnen?
- › Wie muss eine wirksame Abmahnung formuliert sein?
- › Welche formellen Kriterien sind zwingend zu beachten?
- › Wie wehren sich Betroffene am besten gegen eine Abmahnung?

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7361 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7361-8	Mandalka Abmahnung	29,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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

KITTNER

DER NEUE HAT IMMER RECHT!



**PRINT
+
ONLINE**

OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de | Bestellhotline: 069 / 79 501 020