

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



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

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

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

ADAM SAGAN/ANNE SOPHIE ZEILMANN

*Zur Unionsrechtskonformität
des deutschen Arbeitsrechts*

Seite 2

STEPHAN GRÄF

*Algorithmisches Management in der Plattformarbeit –
Richtlinienvorgaben und nationale Umsetzung*

Seite 14

FILIP DORSEMONT/PIETER PECINOVSKY

*Directive (EU) 2022/2041 of 19 October 2022 on adequate
minimum wages in the European Union:
an opportunity to promote collective bargaining?*

Seite 36

Soziales Recht
1/2025
ISSN 2193-5157
März 2025, 15. Jahrgang

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

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 Walsler, 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

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)
kontakt@bund-verlag.de
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Silke Lattocha (verantwortlich)
Thomas Schrader
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@schaefermedien.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

Das europäische Recht prägt bekanntlich schon seit langem große Teile des deutschen Arbeitsrechts. Die erste Ausgabe von »Soziales Recht« des Jahres 2025 ist deshalb nicht zufällig durchgängig unionsrechtlichen Themen gewidmet.

Den Reigen eröffnen *Adam Sagan* und *Anne Sophie Zeilmann*, die in ihrem Beitrag den dynamischen Charakter der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Umsetzung von arbeitsrechtlichen Richtlinien betonen und das Augenmerk vor allem auf Inhaltsverstöße und Transparenzverstöße lenken, die insbesondere infolge der sich beständig weiterentwickelnden Rechtsprechung des EuGH an vielen Stellen des deutschen Arbeitsrechts zutage treten. Im Einzelnen nehmen die Autoren zahlreiche Regelungsmaterien des Arbeitsrechts unter die Lupe (persönlicher Anwendungsbereich, Gleichbehandlungs-, Arbeitszeit- und Urlaubsrecht, Kündigungsschutzgesetz, Betriebsübergangs-, Leiharbeits- und Befristungsrecht, Beschäftigtendatenschutz, Hinweisgeberschutzgesetz, SE-Beteiligungsgesetz und Mindestlohngesetz) und legen dem frisch gewählten Gesetzgeber für die 21. Legislaturperiode ein neuerliches »Arbeitsrechtliches EU-Anpassungsgesetz« ans Herz. Insoweit darf mit Spannung erwartet werden, welche Vorhaben die künftige Bundesregierung angehen wird, um die normtextlichen Aussagen des deutschen Arbeitsrechts den konkreten Vorgaben des Unionsrechts anzupassen.

Mit der nach zähen politischen Auseinandersetzungen (bei deutscher Enthaltung im Rat) im Frühjahr 2024 zustande gekommenen und im November 2024 endlich im Amtsblatt erschienenen Richtlinie (EU) 2024/2381 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit samt einem ersten Ausblick auf die erforderliche nationale Umsetzung, die den deutschen Gesetzgeber vor erhebliche Herausforderungen stellt, befasst sich *Stephan Gräf*. Dabei rückt der Autor inhaltlich die Regulierung des algorithmischen Managements als zweite Säule des Schutzkonzepts der Plattformarbeitsrichtlinie, die im Normsetzungsverfahren deutlich weniger umstritten als die Bestimmungen zum Beschäftigungsstatus als die erste Säule dieses Schutzkonzepts waren, in den Mittelpunkt seiner jeden Winkel dieser komplexen Vorschriften ausleuchtenden Ausführungen. Durch die Regulierung automatisierter Beobachtungssysteme und automatisierter Entscheidungssysteme wird erstmals auf europäischer Ebene die digitale Organisation von Arbeit als solche thematisiert, wobei die Besonderheit der meisten Bestimmungen darin besteht, dass sie alle »Personen,

die Plattformarbeit leisten« und damit nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch echte Selbstständige erfassen. Aus kompetenzielten Gründen gelten diese Vorschriften für Selbstständige (wie auch für deren Vertreter) allerdings jeweils nur im Hinblick auf den Schutz bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten. Mit den besonderen absoluten Verarbeitungsverböten (Art. 7 RL), dem präventiven Schutz (»human before the loop«) (Art. 8, 9, 13 und 14 RL), der Beaufsichtigung automatisierter Systeme (»human over the loop«) (Art. 10 und 12 RL), dem Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall (»human in the loop«) (Art. 10 Abs. 5 RL), der nachträglichen Entscheidungskontrolle (»human after the loop«) (Art. 11 RL) und der Gewährleistung von Datenportabilität (Art. 9 Abs. 6 RL) liegt ein beeindruckendes, aber nicht leicht zu durchdringendes Schutzregime vor. Dieses Konzept verdient schon deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil es als Blaupause für eine am Horizont aufscheinende allgemeine unionsrechtliche Regulierung des auch außerhalb von Plattformarbeit im Vordringen befindlichen algorithmischen Managements in Betracht kommt.

Abgerundet wird diese Ausgabe zu Fragen des europäischen Arbeitsrechts mit einem Beitrag von *Filip Dorssemont* und *Pieter Pecinovsky* zur Richtlinie (EU) 2022/2041 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, deren Fortbestand angesichts der von Generalanwalt *Emiliou* kürzlich bejahten Nichtigkeit im Rahmen der von Schweden unterstützten Nichtigkeitsklage Dänemarks (Rs. C-19/23) derzeit freilich ungewiss ist. Hierbei legen die beiden Autoren den Fokus auf die in Art. 4 RL geregelte Förderung von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung und befassen sich mit dem angestrebten Auf- und Ausbau entsprechender Sozialpartnerkapazitäten, dem – vor allem für die Arbeitnehmerseite wichtigen – Zugang zu verhandlungsrelevanten Informationen sowie dem Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern und Gewerkschaftsvertretern, soweit diese in Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung involviert sind. Mit seiner besonderen Perspektive und Akzentsetzung macht der Beitrag nicht zuletzt deutlich, wie fruchtbar und inspirierend eine Betrachtung des unionalen Arbeitsrechts jenseits des inländischen Diskurses sein kann.

Rüdiger Krause
Mitherausgeber

Zur Unionsrechtskonformität des deutschen Arbeitsrechts

PROF. DR. ADAM SAGAN, MJUR (OXON)/ANNE SOPHIE ZEILMANN, UNIVERSITÄT BAYREUTH

ZUSAMMENFASSUNG Das vor allem auf Richtlinien beruhende Arbeitsrecht der Europäischen Union entwickelt sich nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dynamisch fort. Der Beitrag untersucht, ob das deutsche Arbeitsrecht mit dieser Entwicklung Schritt gehalten hat. Im Ergebnis zeigen sich weitreichende Divergenzen zwischen dem europäischen und dem deutschen Arbeitsrecht. Eine flächendeckende Reform ist notwendig.

ABSTRACT European Union labour law, which is primarily based on directives, is developing dynamically, not least due to the case law of the European Court of Justice. This article examines whether German labour law has kept pace with this development. The results show far-reaching divergences between European and German labour law. Comprehensive reform is necessary.

I. Einführung

In seinem historischen Ausgangspunkt, den Römischen Verträgen, enthielt das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Kern nur zwei Vorschriften, die unmittelbar das Arbeitsrecht betrafen. Das eine war die Arbeitnehmerfreizügigkeit, das andere der Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Rund 70 Jahre später hat sich das Bild gewandelt. Die Europäische Union verfügt über einen reichen Korpus arbeitsrechtlicher Vorschriften; das europäische Arbeitsrecht ist zu einem eigenständigen Rechtsgebiet avanciert. Den größten Teil dieser Vorschriften bilden Richtlinien, die gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV der Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Die Richtlinienumsetzung ist nicht mit dem einmaligen Erlass eines Gesetzes erledigt, sondern ein fortwährender Prozess. Die Europäische Union ist ein auf Integration angelegter Staatenverbund, dessen Recht sich dynamisch fortentwickelt. Das gilt auch für arbeitsrechtliche Richtlinien, deren Inhalt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entfaltet wird. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, solchen richterlichen Fortentwicklungen Rechnung zu tragen.¹ Daher kann es im Laufe der Zeit dazu kommen, dass das nationale Recht hinter den Vorgaben des Unionsrechts zurückbleibt.²

Der nachfolgende Beitrag untersucht, ob das deutsche Arbeitsrecht noch mit den Vorgaben des EU-Arbeitsrechts, insbesondere mit der Pflicht zur Umsetzung europäischer Richtlinien auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, Schritt gehalten hat. Die Analyse beschränkt sich auf ausgewählte Vorschriften des europäischen Arbeitsrechts und schöpft das Problempotenzial nicht vollständig aus. Aufgrund des Untersuchungsziels wird von einer rechtspolitischen Bewertung der unionsrechtlichen Vorschriften ebenso abgesehen wie von einer rechtsdogmatischen Kritik an der Rechtsprechung des EuGH. In Rede steht allein die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitsrechts mit dem

sekundären EU-Arbeitsrecht. Nur vereinzelt werden Rechtssetzungsalternativen diskutiert.

II. Systematik legislativer Verstöße gegen EU-Richtlinien

Verstöße der Mitgliedstaaten gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung einer Richtlinie lassen sich in drei Kategorien einteilen:

1. Ein Mitgliedstaat kann gänzlich untätig geblieben sein, sodass eine Richtlinie(norm) kein Pendant im nationalen Recht findet. Das ist der Fall der (hier sog.) *Nichtumsetzung*.³
2. Ferner können sich die Richtlinie und das nationale Recht inhaltlich widersprechen. Das kann darauf beruhen, dass der einzelstaatliche Gesetzgeber zu Unrecht meint, bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts entsprächen den Vorgaben einer europäischen Richtlinie. Häufiger ist der Fall, dass der Gesetzgeber sich für eine Umsetzung entscheidet, die sich hiernach aufgrund der Rechtsprechung des EuGH als richtlinienwidrig herausstellt. Beide Fälle werden hier unter dem Begriff des *Inhaltsverstoßes* zusammengefasst.
3. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben sich darüber hinaus formale Anforderungen an die Umsetzung europäischer Richtlinien. Verleihen sie dem Einzelnen ein Recht, muss das einzelstaatliche Umsetzungsgesetz so klar formuliert sein, dass er seine aus dem Unionsrecht stammenden Rechte erkennen kann.⁴ Mit einem Wort: Richtlinien müssen *transparent* umgesetzt werden. Das schließt nicht von vornherein aus, dass der nationale Gesetzgeber Ge-

¹ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 13 Rn. 5 f.

² Sagan, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Köln 2024, Rn. 1.124.

³ ZB. EuGH, 22.2.1984 – 70/83 – Slg. 1985, 1075 (Kloppenburger); *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 82. EL, München Mai 2024, AEUV Art. 288 Rn. 143.

⁴ EuGH, 15.6.1995 – C-220/94 – Slg. 1995, I-1589 (Kommission/Luxemburg), Rn. 10; EuGH, 18.1.2001 – C-162/99 – Slg. 2001, I-541 (Kommission/Italien), Rn. 22; EuGH, 18.12.2008 – C-338/06 – Slg. 2008, I-10139 (Kommission/Spanien), Rn. 54.

neralklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Jedenfalls unzureichend ist es, wenn der Einzelne die Rechtslage erst nach Heranziehung der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung richtig verstehen kann. Wie die Gerichte seinen Fall unter ordnungsgemäßer Beachtung des Unionsrechts entscheiden werden, muss sich im Kern aus dem einzelstaatlichen Gesetz ergeben. Bleibt das nationale Recht hinter diesen Vorgaben zurück, liegt ein (hier sog.) *Transparenzverstoß* vor.

Vorab ist ein Wort zur richtlinienkonformen Auslegung, dh. zur mittelbaren Anwendung europäischer Richtlinien angezeigt.⁵ Sie markiert die sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebende Verpflichtung der einzelstaatlichen Gerichte zur Umsetzung europäischer Richtlinien. Sie müssen, wie der EuGH formuliert, alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um »das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen«⁶. Die Umsetzungspflichten des einzelstaatlichen Gesetzgebers und der einzelstaatlichen Rechtsprechung sind aus der Perspektive des Unionsrechts getrennt voneinander zu betrachten und zu bewerten. Es sollte sich von selbst verstehen, dass die Erste Gewalt die ihr obliegenden Verpflichtungen zur Umsetzung europäischer Richtlinien nicht auf die Dritte Gewalt abwälzen kann. Dass eine einzelstaatliche Vorschrift richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann, bedeutet nicht, dass sie der europäischen Richtlinie entspricht. Ganz im Gegenteil legt die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung nahe, dass das deutsche Gesetz der umzusetzenden Richtlinie nicht entspricht. In diesem Sinne indiziert eine richtlinienkonforme Auslegung einen Inhaltsverstoß, jedenfalls aber einen Transparenzverstoß des Gesetzgebers.

III. Persönlicher Anwendungsbereich des Arbeitsrechts

Im Hinblick auf ihren persönlichen Anwendungsbereich lassen sich arbeitsrechtliche Richtlinien in drei Gruppen einteilen:

1. In der ersten Gruppe wird der Begriff des Arbeitsverhältnisses oder des Arbeitnehmers unionsautonom verwendet. Das bedeutet, dass der betreffende Begriff vom Recht der Einzelstaaten unabhängig ist und einheitlich für alle bzw. in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gilt.
2. In der zweiten Gruppe verweist die Richtlinie auf den Arbeitnehmerbegriff – genauer auf die Arbeitnehmerbegriffe der Mitgliedstaaten. Bei wortlautgetreuer Interpretation legt in diesem Fall das nationale Recht fest, welche Personen in den Anwendungsbereich der betreffenden Richtlinie fallen.
3. Vergleichsweise jung ist die dritte Gruppe, in der eine Richtlinie einerseits auf das einzelstaatliche Recht verweist, zugleich aber die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH verlangt; (hier sog.) *doppelte Verweisung*.

Zum europäischen Sozialrecht hat der EuGH wiederholt entschieden, dass das Unionsrecht keinen einheitlichen Arbeit-

nehmerbegriff kenne.⁷ Das trifft nach wie vor für das EU-Sozialrecht zu, das die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen lediglich koordiniert. Vereinfacht formuliert: Die Mitgliedstaaten entscheiden, wer als »Arbeitnehmer« in den persönlichen Anwendungsbereich ihres Sozialrechts fällt, das Unionsrecht entscheidet, welches mitgliedstaatliche Sozialrecht auf grenzüberschreitende Sachverhalte anzuwenden ist. Daher benötigt das koordinierende EU-Sozialrecht keinen eigenen Arbeitnehmerbegriff.

Diese Erkenntnis sollte man nicht unbesehen auf das EU-Arbeitsrecht übertragen. Hier hat sich in der Rechtsprechung des EuGH weitgehend der Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) durchgesetzt, dessen nach wie vor allgemeingültige Formulierung aus der Rs. *Lawrie-Blum* stammt. Danach ist Arbeitnehmer, wer »während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält«.⁸ Diesen Begriff legt der EuGH in seinen Entscheidungen zur ersten Gruppe europäischer Richtlinien zugrunde. Einen autonomen Begriff verwenden sie schon dann, wenn sie nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweisen.⁹ Dann ist auf den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit, dh. auf die *Lawrie-Blum*-Formel zurückzugreifen. Das gilt etwa für die Geschlechterrichtlinie 2006/54/EG, die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG, die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG, die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG, die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG und die Whistleblower-Richtlinie (EU) 2019/1937. Schon dieser Befund genügt, um den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit als *den* Arbeitnehmerbegriff des europäischen Arbeitsrechts zu bezeichnen.

Problematischer ist die zweite Gruppe von Richtlinien, die auf das nationale Recht verweisen. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung die Ausgestaltungsbefugnisse der Mitgliedstaaten beschränkt und den Eindruck erweckt, auch insoweit gelte der unionsautonome Arbeitnehmerbegriff. Mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung¹⁰ sowie ihre praktische Wirksamkeit hat der EuGH den persönlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie »autonomisiert«. Punktuell zieht er auch insoweit den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit, insbesondere die *Lawrie-Blum*-Formel heran.¹¹ In unterschiedlichen Graden sind von dieser richterlichen Autonomisierung des persönlichen Anwendungsbereichs die Massentlassungsrichtlinie 98/59/EG, die Rahmenvereinbarung über Teilzeit (durchgeführt mit RL 97/81/EG), die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (durchgeführt mit RL 1990/70/EG), die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und die Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (durchgeführt mit RL 2010/18/EU) betroffen.

7 EuGH, 7.6.2005 – C-543/03 – Slg. 2005, I-5049 (Dodl und Oberhollenzer), Rn. 27; EuGH, 16.9.2009 – C-208/07 – Slg. 2009, I-6095 (von Chamier-Glisczinski), Rn. 69.

8 EuGH, 3.7.1986 – 66/85 – Slg. 1986, 2121 (Lawrie-Blum), Rn. 17.

9 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (Danosa), Rn. 39; EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – ECLI:EU:C:2015:455 (Balkaya), Rn. 34; EuGH 17.11.2016 – C-216/15 – ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrländklinik), Rn. 29 ff.

10 *Schubert*, RdA 2024, 282, 294.

11 EuGH, 16.9.2010 – C-149/10 – 2010, I-8489 (Chatzi), Rn. 28 ff.; EuGH, 22.12.2010 – C-444/09 ua., – Slg. 2010, I-14031 (Gavieiro Gavieiro), Rn. 41; EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – ECLI:EU:C:2012:110 (O’Brien), Rn. 42; zuletzt EuGH, 24.10.2024 – C-441/23 – ECLI:EU:C:2024:916 (Omnitel Comunicaciones) Rn. 55.

5 Sagan, in: Preis/Sagan (Fn. 2), § 1 Rn. 1.142 ff.

6 EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer), Rn. 110.

Noch keine Rechtsprechung des EuGH liegt zur dritten Gruppe der doppelten Verweisung vor, die in der Literatur kontrovers diskutiert wird.¹² Hierzu zählen die Arbeitsbedingungenrichtlinie (EU) 2019/1152, die Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158, die Mindestlohnrichtlinie (EU) 2022/2041, die Entgelttransparenzrichtlinie (EU) 2023/970 sowie – für den Begriff des »Plattformbeschäftigten« – die Plattformarbeitsrichtlinie (EU) 2024/2831. Die Erwägungsgründe zu diesen Richtlinien stellen klar, dass unter anderem die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Lawrie-Blum* zu berücksichtigen ist.¹³ Es ist mit großer Sicherheit absehbar, dass der EuGH in der dritten Richtliniengruppe den europäischen Arbeitnehmerbegriff anwenden wird. Zu einer Änderung seiner Rechtsprechung würde sich der EuGH wohl nur veranlasst sehen, wenn Richtliniennormen geändert würden.¹⁴

Die unionsautonome Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs bereitet auf der Ebene des deutschen Rechts erhebliche Schwierigkeiten. Sie geht an verschiedenen Stellen über das Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB und den sich daraus ergebenden Arbeitnehmerbegriff hinaus. Der europäische Arbeitnehmerbegriff umfasst insbesondere Beamte¹⁵ und GmbH-Fremdgeschäftsführer^{16, 17}. Das findet im deutschen Recht keine, jedenfalls keine transparente Entsprechung. Besonders augenfällig wird dies, wenn der BGH den Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts unter § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG subsumiert, ohne die deutsche Begriffsbildung nach § 611a BGB auch nur zu erwähnen.¹⁸ Der Transparenzverstoß ist offenkundig, da Geschäftsführer nach der Lektüre des § 6 Abs. 3 AGG zu Unrecht annehmen müssten, das AGG gelte für sie nur im Hinblick auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg.

Der Stand des deutschen Rechts bietet ein gespaltenes Bild. Für die erste Gruppe von Richtlinien, also solchen mit dem unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff, ist festzustellen, dass sie ihren persönlichen Anwendungsbereich nicht transparent bestimmen. Das gilt für § 2 ArbZG;¹⁹ § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG;²⁰ § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AGG;²¹ § 2 BURlG;²² § 17 Abs. 5 KSchG²³ und § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 AGG²⁴. Diese Regelungen sind wegen eines Transparenzverstößes richtlinienwidrig. Schwieriger liegen die Dinge in der zweiten Gruppe von Richtlinien. Einerseits dürfte für die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG, die immerhin für den Begriff des

Arbeitnehmervertreters auf das nationale Recht verweist, nach dem Urteil in der Rs. *Balkaya*²⁵ klar sein, dass der europäische Arbeitnehmerbegriff zur Anwendung kommt. Insoweit ist auch das deutsche Massenentlassungsrecht intransparent und richtlinienwidrig. Andererseits wird zum Teilzeit- und Befristungsrecht diskutiert, ob und inwieweit der europäische Arbeitnehmerbegriff Geltung beansprucht.²⁶ Gute Gründe sprechen dafür, dass das deutsche Recht in diesem Punkt richtlinienwidrig ist, der Richtlinienverstoß steht aber zumindest (noch) nicht eindeutig fest.²⁷ Diskussionsbedarf besteht zur dritten Gruppe von Richtlinien, deren Umsetzungsfristen zum Teil noch nicht abgelaufen sind. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 1 S. 1 NachwG²⁸ von einer Normierung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs abgesehen. Es dürfte eine Frage der Zeit sein, bis der Transparenzverstoß in der Rechtsprechung des EuGH offenkundig wird.

Die Transparenzprobleme ließen sich lösen, würde der europäische Arbeitnehmerbegriff in das deutsche Recht übernommen, so dass die einzelnen Spezialgesetze hierauf verweisen können.²⁹ Dafür hat sich im September 2024 der Deutsche Juristentag ausgesprochen. Eine breite Mehrheit hat dem Gesetzgeber einen neuen § 611b BGB empfohlen, der den europäischen Arbeitnehmerbegriff gesetzlich niederlegt; hierauf sollen die Regelungen in arbeitsrechtlichen Gesetzen verweisen, die den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen.³⁰

Im Zuge einer entsprechenden Reform hätte der deutsche Gesetzgeber zu entscheiden, ob und inwieweit er über die Vorgaben des Unionsrechts hinausgehen möchte; denn teilweise enthalten die deutschen Spezialgesetze Regelungen, die im Unionsrecht nicht vorgesehen sind.³¹ So gibt es, um nur ein Beispiel herauszugreifen, nach der Rahmenvereinbarung über Teilzeit (durchgeführt mit RL 97/81/EG) keine Pflicht, den Anspruch auf Teilzeitarbeit nach § 8 TzBfG auf GmbH-Fremdgeschäftsführer anzuwenden. Diese Frage sollte legislativ entschieden werden, wenn in § 2 TzBfG auf den europäischen Arbeitnehmerbegriff verwiesen wird. Das Problem stellt sich aber schon de lege lata, lässt sich aber nicht einfach lösen. Das Verbot der Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit nach § 4 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit bzw. § 4 Abs. 1 TzBfG kann nicht auf Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 611a BGB beschränkt werden.³² Es lässt sich behaupten, es gelte nach dem Unionsrecht auch für GmbH-Fremdgeschäftsführer.³³ Jedenfalls insoweit müssen sie in den Anwendungsbereich des TzBfG fallen. Das Ergebnis lässt sich mit einer richtlinienkonformen Auslegung des derzeitigen § 2 TzBfG erreichen. Im nächsten Schritt ist eine gesplattene Auslegung notwendig, um

12 Sagan, in: Preis/Sagan (Fn. 2), § 1 Rn. 1.108b mwN.

13 ErwGr. 8 Arbeitsbedingungenrichtlinie (EU) 2019/1152; ErwGr. 18 Entgelttransparenzrichtlinie (EU) 2023/970; ErwGr. 28 Plattformarbeitsrichtlinie (EU) 2024/2831.

14 Vgl. Biltgen zit. n. Lieske/Vannucchi, RdA 2024, 305, 306.

15 EuGH, 10.9.2014 – C-270/13 – ECLI:EU:C:2014:2185 (Haralambidis), Rn. 40.

16 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (Danosa), Rn. 56.

17 Zu weiteren Abweichungen Sagan, NZA 2024, 1087, 1088.

18 BGH, 26.3.2019 – II ZR 244/17 – NJW 2019, 2086, Rn. 22 ff.

19 EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (Union syndicale Solidaires Isère); EuGH, 3.5.2012 – C-337/10 – ECLI:EU:C:2012:263 (Neidel); EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – ECLI:EU:C:2015:200 (Fenoll); EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – ECLI:EU:C:2018:82 (Matzak).

20 EuGH, 17.11.2016 – C-216/15 – ECLI:EU:C:2016:15 (Betriebsrat der Ruhrlandklinik), Rn. 27 ff.; BAG, 21.2.2017 – 1 ABR 62/12 – NZA 2017, 662, 665.

21 EuGH, 20.9.2007 – C-116/06 – Slg. 2007, I-7643 (Kiiski), Rn. 25; EuGH, 19.7.2017 – C-143/16 – ECLI:EU:C:2017:566 (Abercrombie & Fitch Italia Srl), Rn. 19 ff.; BGH, 26.3.2019 – II ZR 244/17 – NZA 2019, 706, Rn. 22.

22 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft), Rn. 58 f.; BAG, 25.7.2023 – 9 AZR 43/22 – NZA 2023, 1531, Rn. 32.

23 EuGH, 18.1.2006 – C-385/05 – Slg. 2007, I-611 (Confédération générale du travail), Rn. 34 f.; EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – ECLI:EU:C:2015:455 (Balkaya), Rn. 34; Kiel, in: Müller-Glöße/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025 (im Folgenden: ErfK), § 17 KSchG Rn. 8; Spelge, in: Kiel/Lunke/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021 (im Folgenden: MAH-ArbR), § 121 Rn. 38.

24 Sagan, NZA 2024, 1087, 1092.

25 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – ECLI:EU:C:2015:455 (Balkaya), Rn. 34.

26 Brose/Greiner/Kalle, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.18; Kietaibl, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024 (im Folgenden: EUArbR), § 2 RL 97/81/EG Rn. 2.

27 Für den unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff Fischels, in: Höpfer/Picker/Temming (Hrsg.), beck-online.Großkommentar, Stand: 1.6.2024 (im Folgenden: beckOGK), § 3 TzBfG Rn. 3 ff. mwN.; ErfK-Müller-Glöße (Fn. 23), § 3 TzBfG Rn. 2 mwN.; Sagan, NZA 2024, 1087, 1091.

28 Für den unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff ErfK-Preis/Greiner (Fn. 23), NachwG § 1 Rn 9 ff. mwN.; Kolbe, EuZA 2023, 3, 5; Sagan, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 1.108b.

29 Koehler, NZA-RR 2024, 449, 451; Sagan, NZA 2024, 1087, 1091.

30 74. Deutscher Juristentag Stuttgart 2024, Beschlüsse, Arbeitnehmer/Beschäftigtenbegriff im Arbeits- und Sozialrecht, S. 11; dagegen in der Form polemische, in der Sache haltlose Kritik von Thüsing/Augel/Blum/Hörnchen/Mantsch/Müller/Ritter/Zhou, BB 2024, 2550 ff. (dazu im Folgenden).

31 Dazu bereits Sagan, NZA 2024, 1087, 1091.

32 EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – Slg. 2007, I-7109 (Del Cerro Alonso), Rn. 28; EuGH, 22.12.2010 – C-444/09 ua. – Slg. 2010, I-14031 (Gavieiro Gavieiro), Rn. 42; EuGH, 9.7.2015 – C-177/14 – ECLI:EU:C:2015:450 (Regojo Dans), Rn. 33.

33 Vgl. EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010 I-11405 (Danosa), Rn. 56.

zu begründen, dass sich GmbH-Fremdgeschäftsführer nicht auf § 8 TzBfG berufen können. Deutsche Normen hätten danach einen unterschiedlichen Inhalt, der davon abhängt, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist oder nicht. Das ist kein wünschenswerter Zustand, sondern eine juristische Monstrosität.³⁴ Die damit verbundene Ungleichbehandlung zwischen unterschiedlichen Personengruppen, die nach dem Unionsrecht gleichermaßen Arbeitnehmer sind, wirft darüber hinaus nach Art. 20 GRC gleichbehandlungsrechtliche Zweifelsfragen auf. Bislang wird die Lösung dieser Probleme der Rechtsprechung überantwortet. Es ist an der Zeit, dass sich auch der deutsche Gesetzgeber der Komplexität des europäischen Mehrebenensystems stellt.

Die Normierung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs im deutschen Arbeitsrecht wäre ein Zugewinn an Transparenz und Rechtssicherheit. Sie ist unionsrechtlich geboten, da nur die Normen des europäischen Primärrechts, nicht aber Richtlinien aus sich selbst heraus gelten können. Richtlinien bedürfen ordnungsgemäßer und transparenter Umsetzung. Daher ist die Normierung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im europäisch integrierten Verfassungsstaat nicht bloße Merkzettelgesetzgebung.

IV. Gleichbehandlungsrecht

Die Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG mit der Schaffung des Allgemeinen Gleichheitsgesetzes war mit tiefgreifenden Kontroversen verbunden, die auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ihren Niederschlag gefunden haben. Verfehlte und überzogene Kritik warnte vor einer angeblichen »Tugendrepublik der neuen Jakobiner«³⁵, sah Deutschland auf dem Weg in den Totalitarismus³⁶ oder war trotz zwischenzeitlicher Verurteilung der Bundesrepublik im Vertragsverletzungsverfahren³⁷ der Ansicht, die Richtlinien seien mit den Generalklauseln des BGB bereits hinreichend umgesetzt³⁸. Offenbar auch unter dem Eindruck der Kritik hat der Gesetzgeber die Richtlinien so restriktiv umgesetzt, dass sie den europäischen Vorgaben nicht entsprechen.³⁹ Aus der Vielzahl der Richtlinienverstöße seien nur einige exemplarisch herausgegriffen.

1. § 2 Abs. 2 S. 2 AGG

Gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 AGG gilt für die betriebliche Altersvorsorge das Betriebsrentengesetz. Der Wortlaut könnte so verstanden werden, das AGG finde keine Anwendung auf die betriebliche Altersvorsorge.⁴⁰ Das stünde in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2000/43/EG, Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 1 lit. f RL 2006/54/EG, die ausschließlich staatliche Systeme der sozialen Sicherheit vom Geltungsbereich der jeweiligen Richtlinie ausnehmen. Folgerichtig gelten die Gleichbehandlungsrichtlinien uneingeschränkt für private Systeme der betrieblichen Altersvorsorge. Das belegt Art. 6

Abs. 2 RL 2000/78/EG, der einen besonderen Rechtfertigungsgrund für Altersdiskriminierungen bei der betrieblichen Altersvorsorge vorsieht. An diesem Ergebnis hat auch der EuGH keinen Zweifel gelassen.⁴¹

Das BAG versteht § 2 Abs. 2 S. 2 AGG als Kollisionsregel, wonach das AGG neben dem Betriebsrentengesetz anwendbar ist.⁴² Die Regelungen aus dem BetrAVG, die ihrerseits im Lichte der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien auszulegen sind, sollen als ältere Bestimmungen im Kollisionsfall gleichwohl vorgehen.⁴³ Mit dieser Maßgabe ist § 2 Abs. 2 S. 2 AGG praktisch inhaltslos und in der Sache auch richtlinienkonform. Da die Vorschrift nach ihrem Wortlaut in eine andere Richtung weist, bleibt sie jedenfalls intransparent.

2. § 2 Abs. 4 AGG

Wenn es im deutschen Arbeitsrecht eine Norm gibt, der die Unionsrechtswidrigkeit auf die Stirn geschrieben steht, dann ist es § 2 Abs. 4 AGG. Danach sollen für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/43/EG, Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/78/EG und Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2006/54/EG, nach denen das europäische Gleichbehandlungsrecht auch auf Kündigungen anzuwenden ist, ist so eklatant, dass *Preis* zu Recht von einem »Armutzeugnis deutscher Gesetzgebungskunst« spricht.⁴⁴

Nach dem Wortlaut der Norm und dem Willen des deutschen Gesetzgebers soll das Kündigungsschutzrecht die Anwendung des AGG verdrängen.⁴⁵ Bedauerlicherweise hat noch kein Arbeitsgericht dem EuGH die Frage vorgelegt, ob § 2 Abs. 4 AGG etwa wegen eines Verstoßes gegen Art. 21 GRC (auch im Verhältnis zwischen Privaten) unangewendet bleiben muss. Stattdessen hat das BAG die Norm in einer Vielzahl von Entscheidungen so ausgelegt, dass sie sich praktisch nicht mehr auswirkt. Ist das KSchG anwendbar, liest das BAG das europäische Gleichbehandlungsrecht in das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung hinein.⁴⁶ Kommt das KSchG nicht zur Anwendung, stehe § 2 Abs. 4 AGG der Anwendung des AGG nicht entgegen.⁴⁷ Auch den Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG wendet das BAG bei diskriminierenden Kündigungen an.⁴⁸ Die Rechtsprechung des BAG ist ersichtlich von dem Bemühen getragen, unionsrechtswidrig diskriminierende Kündigungen unionsrechtskonform zu sanktionieren. Dieser Weg, der einer richterlichen Normderogation gleichkommt, ist methodisch umstritten.⁴⁹ Den offensichtlichen Inhaltsverstoß des deutschen Gesetzgebers kann er jedenfalls nicht ausräumen.

34 *Derleder*, ZBB 2002, 202, 207.

35 *Säcker*, ZRP 2002, 286, 297.

36 *Braun*, JuS 2002, 424.

37 EuGH, 23.2.2006 – C-43/05 – Slg. 2006, I-33 (Kommission/Deutschland).

38 *E. Picker*, JZ 2003, 540, 545.

39 Zu handwerklichen Fehlern bereits *Preis*, ZESAR 2007, 249; *ders.*, ZESAR 2008, 308.

40 Für Unionsrechtswidrigkeit *Roloff*, in: *Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, 73. Edition, 1.9.2024 (im Folgenden: *BeckOK ArbR*), AGG § 2 Rn. 21; s. auch *Schrader/J. Schubert*, in: *Däubler/Beck* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 5. Aufl., Baden-Baden 2021, § 2 Rn. 161 ff.; *Rengier*, NZA 2006, 1251; zw. *Cisch/Böhm*, BB 2007, 602, 602.

41 EuGH, 1.4.2008 – C-267/06 – Slg. 2008, I-1757 (*Maruko*); EuGH, 10.5.2011 – C-147/08 – Slg. 2011, I-3591 (*Römer*).

42 BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 – NZA 2008, 532, Rn. 24 ff.; BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16 – NZA 2018, 315, Rn. 30.

43 BAG, 19.2.2019 – 3 AZR 215/18 – NZA 2019, 997, Rn. 24 mwN.

44 *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 7. Aufl., München 2023, 1. Teil H Rn. 73e; s. auch Schreiben der Kommission vom 31.1.2008, *Vertragsverletzungsverfahren 2007/23*, K (2008) 0103, 3 f.

45 Vgl. *BT-Drs.* 16/3007, S. 20.

46 BAG, 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361, Rn. 30 ff.; BAG, 22.10.2009 – 8 AZR 642/08 – NZA 2010, 280, Rn. 15.

47 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, Rn. 14 ff.; BAG, 26.3.2015 – 2 AZR 237/14 – NZA 2015, 734; BAG, 23.7.2015 – 6 AZR 457/14 – NZA 2015, 1380, Rn. 23 f.; LAG Köln, 17.1.2020 – 4 Sa 862/17 – BeckRS 2020, 10709, Rn. 51 ff.

48 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, Rn. 36 ff.; BAG, 23.7.2015 – 6 AZR 457/14 – NZA 2015, 1380, Rn. 44.

49 BAG, 15.12.2011 – 2 AZR 42/10 – NZA 2012, 1044, Rn. 47.

3. § 9 Abs. 1 AGG

Der in § 9 Abs. 1 AGG verankerte Rechtfertigungsgrund für Benachteiligung wegen der Religion weicht in doppelter Hinsicht von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG ab. Hinsichtlich der »gerechtfertigten beruflichen Anforderung« fehlen die beiden Adjektive »wesentlich« und »rechtmäßig«. Auch der Bezug zum »Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht« ist in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht vorgesehen.

Die Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG hat der EuGH in den Rs. *Egenberger*⁵⁰ und *IR*⁵¹ konkretisiert. Bei der wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderung muss es sich um eine Anforderung handeln, die notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten ist; unzulässig sind sachfremde Erwägungen ohne Bezug zu diesem Ethos oder dem Recht dieser Kirche oder Organisation auf Autonomie. Zudem muss die Anforderung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen. Zugleich hat der EuGH festgestellt, dass eine entgegenstehende nationale Vorschrift wegen eines Verstoßes gegen Art. 21 GRC und den Gewährleistungen des Art. 47 GRC erforderlichenfalls unangewendet bleiben muss.⁵² Dieser Aufforderung ist das BAG gefolgt und hat festgestellt, dass § 9 Abs. 1 AGG wegen des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich ist und wegen einer Verletzung von Art. 21 und 47 GRC unangewendet bleiben muss.⁵³ Die deutsche Norm ist mit dem Unionsrecht inhaltlich nicht vereinbar.

4. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG

Nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG müssen die Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Bei Bewerbungen soll die Frist gemäß § 15 Abs. 4 S. 2 AGG mit dem Zugang der Ablehnung beginnen. Nur in den sonstigen Fällen soll der Fristbeginn sich nach dem Zeitpunkt richten, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Die Norm ist ersichtlich so gestaltet, dass Bewerbern die Geltendmachung von Ersatzansprüchen abgeschnitten wird, wenn sie erst zwei Monate nach dem Zugang der Ablehnung von der Diskriminierung erfahren.

In der Rs. *Bulicke* haben das LAG Hamburg in seiner Vorlageentscheidung⁵⁴ und die Bundesregierung den Standpunkt eingenommen, die Frist beginne auch bei einer Bewerbung erst mit Kenntnis von der Diskriminierung.⁵⁵ Nur mit dieser Maßgabe hat der EuGH § 15 Abs. 4 S. 2 AGG passieren lassen. Seitdem wird die Norm aufgrund einer teleologischen Reduktion abweichend von ihrem Wortlaut verstanden. Nach wie vor weicht sie inhaltlich von den Vorgaben des europäischen Rechts ab und ist geeignet, Bewerber, die auf den Wortlaut des Gesetzes vertrauen und sich nicht rechtlich beraten lassen, von

der Durchsetzung ihrer Ansprüche abzuhalten. Die Norm ist jedenfalls intransparent.

5. § 164 Abs. 2 SGB IX

Art. 5 RL 2000/78/EG verpflichtet Arbeitgeber zu angemessenen Vorkehrungen für behinderte Menschen beim Zugang zur Beschäftigung, der Ausübung eines Berufes, für den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen.⁵⁶ Als Behinderung gilt nach der Rechtsprechung des EuGH ein Zustand, »der durch eine ärztlich diagnostizierte, heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.«⁵⁷ Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen findet im deutschen Recht keine ordnungsgemäße Entsprechung. Ob § 164 Abs. 2 SGB IX der Umsetzung von Art. 5 RL 2000/78/EG dient, ist ungewiss.⁵⁸ Eine ordnungsgemäße Umsetzung ist die Norm jedenfalls nicht. Sie gilt nur für schwerbehinderte Beschäftigte, womit nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes der Begriff des § 2 Abs. 2 SGB IX gemeint ist, der mit dem unionsrechtlichen Behinderterbegriff nicht übereinstimmt.⁵⁹ Zudem greift § 164 Abs. 2 SGB IX erst ein, wenn eine Beschäftigung, dh. ein Arbeitsverhältnis, bereits besteht.⁶⁰ Entgegen Art. 5 RL 2000/78/EG wird der Zugang zur Beschäftigung nicht erfasst.

In der Literatur wird vor diesem Hintergrund eine richtlinienkonforme Auslegung von § 618 BGB,⁶¹ § 106 GewO⁶² oder § 164 SGB IX⁶³ befürwortet. Das BAG hat zu einer richtlinienkonformen Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB gegriffen.⁶⁴ Richtig hat es festgestellt, dass Art. 5 RL 2000/78/EG jenseits der Beschäftigungsverhältnisse schwerbehinderter Personen iSd. § 2 Abs. 2 SGB IX nicht in deutsches Recht umgesetzt worden ist.⁶⁵ Letztlich handelt es sich um den Fall einer partiellen Nichtumsetzung.

V. Arbeitszeitrecht

1. § 2 Abs. 1 ArbZG

Art. 2 Nr. 1 und 2 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG unterscheidet bekanntlich allein zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit. Zur Arbeitszeit zählt der EuGH den sog. Bereitschaftsdienst.⁶⁶ Demgegenüber ist Rufbereitschaft ohne Arbeitseinsatz grund-

50 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rn. 31.

51 EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – ECLI:EU:C:2018:696 (IR), Rn. 43.

52 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), Rn. 79.

53 BAG, 25.10.2018 – 8 AZR 562/16 – NZA 2019, 52, Rn. 25 ff.; LAG Niedersachsen, 10.11.2022 – 10 Sa 957/21 – 8AT 2023, 128.

54 LAG Hamburg, 3.6.2009 – 5 Sa 3/09 – LAGE AGG § 15 Nr. 9.

55 EuGH, 8.7.2010 – C-246/09 – Slg. 2010, I-7003 (Bulicke), Rn. 41.

56 Instruktiv hierzu Brose, EuZA 2020, 157, 175 mwN.

57 EuGH, 11.4.2013 – C-355/11 – ECLI:EU:C:2013:222 (HK Danmark), Rn. 47.

58 Zweifelnd Brose, EuZA 2020, 157, 174.

59 Instruktiv BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372 zur symptomlosen HIV-Infektion.

60 Brose, EuZA 2020, 157, 175; BeckOK ArbR-Roloff (Fn. 40), AGG § 8 Rn. 7.

61 Zur Vorgängervorschrift Faber, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol (Hrsg.), SGB IX, Frankfurt aM. 2009, § 81 Rn. 113; Kohte, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, SGB IX, München 2009, § 81 Rn. 2.

62 Fuerst, DB 2009, 2153, 2156.

63 Zu einer europarechtskonformen Auslegung für den Zeitraum zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Inkrafttreten des AGG: BAG, 3.4.2007 – 9 AZR 823/06 – NZA 2007, 1098.

64 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, Rn. 53 ff.

65 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, Rn. 51 ff.

66 EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – ECLI:EU:C:2000:528 (Simap), Rn. 48; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 63; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 48.

sätzlich Ruhezeit.⁶⁷ Eine Ausnahme gilt, wenn die Rufbereitschaft ohne Arbeitseinsatz dem Arbeitnehmer Einschränkungen auferlegt, die seine Möglichkeit erheblich beeinträchtigt, seine Zeit frei zu gestalten und sich seinen eigenen Interessen zu widmen. Entscheidend ist eine Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls.⁶⁸

Diese Differenzierungen bildet das deutsche Recht nicht ab. § 5 Abs. 3 und § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG lässt sich vielmehr im Umkehrschluss entnehmen, Rufbereitschaft sei keine Arbeitszeit. Das steht mit der Rechtsprechung des EuGH in Widerspruch, so dass die deutschen Vorschriften partiell richtlinienwidrig sind.⁶⁹ Das BAG sah sich zu einer richtlinienkonformen Auslegung gezwungen. Danach ist Rufbereitschaft nur unter der Voraussetzung keine Arbeitszeit, dass sie die Möglichkeit, die Zeit frei zu gestalten, nicht ganz erheblich beeinträchtigt.⁷⁰ Dem deutschen Gesetz lässt sich diese Ausnahme nicht entnehmen. Das kann, wenngleich auch die Richtlinie die Grenzlinie zwischen Arbeits- und Ruhezeit nicht näher regelt, zu einer Intransparenz des deutschen Rechts führen.

2. § 3 S. 2 ArbZG

§ 3 S. 2 ArbZG legt für die Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit einen Ausgleichszeitraum von sechs Monaten oder 24 Wochen fest. Das verstößt gegen Art. 16 lit. b RL 2003/88/EG, wonach der maximale Ausgleichszeitraum vier Monate nicht überschreiten darf.⁷¹ Die Kommission hat die deutsche Umsetzung in § 3 ArbZG bereits mehrfach beanstandet.⁷² Im Verhältnis zu staatlichen Arbeitgebern kommt es infolge des Verstoßes zu einer unmittelbaren Anwendung von Art. 6 lit. b iVm. Art. 16 lit. b RL 2003/88/EG. Im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern ist die Rechtsfolge unklar. Eine richtlinienkonforme Auslegung kommt wohl nicht in Betracht. Denkbar ist eine Berufung auf das Grundrecht aus Art. 31 Abs. 2 GRC, das Arbeitnehmern eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit garantiert.⁷³ Noch hat der EuGH hierüber nicht entschieden, doch wäre eine entsprechende Fortentwicklung seiner Rechtsprechung nach dem Urteil in der Rs. *CCOO*⁷⁴ zumindest keine Überraschung.

3. § 7 Abs. 2a ArbZG

Nach § 7 Abs. 2a ArbZG kann eine Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit über acht Stunden hinaus ohne Ausgleich durch oder aufgrund eines Tarifvertrages vereinbart werden. Der EuGH hat in der Rs. *Simap* entschieden, der entsprechende Art. 22 RL 2003/88/EG erlaube es nicht, den Tarifvertrags-

parteien die Ausübung des (hier) sog. Opt-outs zu überlassen.⁷⁵ In der Folge wird § 7 Abs. 2a ArbZG verbreitet für richtlinienwidrig gehalten.⁷⁶

Das BAG hat bisher offengelassen, ob § 7 Abs. 2a ArbZG richtlinienkonform ist. Von einer Vorlage hat es abgesehen, weil die Norm wegen des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens ohnehin nicht richtlinienkonform ausgelegt werden könne.⁷⁷ Allerdings hat die Kommission § 7 Abs. 2a ArbZG in ihrem Bericht zur Durchführung der RL 2003/88/EG nicht ausdrücklich beanstandet.⁷⁸

Geht man von einem Richtlinienverstoß aus, führt dies möglicherweise zu einer Spaltung des Arbeitsmarktes. Beschäftigte staatlicher Arbeitgeber können sich unmittelbar auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit des Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG berufen.⁷⁹ Bei privaten Arbeitgebern ist das dem EuGH zufolge ausgeschlossen.⁸⁰ In Betracht kommt letztlich wiederum nur die noch ungeklärte Anwendung von Art. 31 Abs. 2 GRC.⁸¹

4. § 7 Abs. 7 ArbZG

Nach § 7 Abs. 7 S. 1 ArbZG muss für den Opt-out neben den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2a ArbZG (oder § 7 Abs. 3 bis 5 ArbZG) auch der Arbeitnehmer schriftlich einwilligen. Andernfalls ist die Verlängerung der Arbeitszeit nicht verbindlich. In richtlinienkonformer Auslegung der Vorschrift kann die Einwilligung vor Abschluss des Arbeitsvertrags nicht verlangt werden und muss vor Arbeitsaufnahme abgegeben werden.⁸² Das ergibt sich aus Art. 22 Abs. 1 lit. c RL 2003/88/EG.⁸³ § 7 Abs. 7 S. 1 ArbZG spiegelt diese Anforderungen nicht wider, so dass die Norm zumindest intransparent ist.

Jedenfalls richtlinienwidrig ist § 7 Abs. 7 S. 2 ArbZG.⁸⁴ Danach soll für den Widerruf der arbeitnehmerseitigen Einwilligung eine Frist von sechs Monaten gelten. Eine solche Frist sieht die Richtlinie 2003/88/EG nicht vor. Es widerspräche auch dem Grundgedanken und der Zielsetzung der Richtlinie, bliebe ein Arbeitnehmer für die Dauer von sechs Monaten an seine Einwilligung gebunden.⁸⁵

5. § 11 Abs. 3 ArbZG

Unionsrechtlichen Bedenken begegnet § 11 Abs. 3 ArbZG. Danach ist Arbeitnehmern, die an einem Sonntag arbeiten, ein

67 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – ECLI:EU:C:2018:82 (Matzak), Rn. 66; EuGH, 9.3.2021 – C-344/19 – ECLI:EU:C:2021:182 (Radiotelevizija Slovenija), Rn. 36 ff.

68 EuGH, 9.3.2021 – C-344/19 – ECLI:EU:C:2021:182 (Radiotelevizija Slovenija), Rn. 37 ff.

69 Vgl. BeckOK ArbR-Kock (Fn. 40), ArbZG § 2 Rn. 3; ErfK-Roloff (Fn. 23), ArbZG § 2 Rn. 20.

70 BAG, 27.7.2021 – 9 AZR 448/20 – NZA 2021, 1702, Rn. 47 ff.

71 Buschmann/Ulber, Arbeitszeitrecht, Kompaktkommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen und Europäischem Recht, Frankfurt aM. 2019, ArbZG § 3 Rn. 16; ErfK-Roloff (Fn. 23), ArbZG § 3 Rn. 4; Schliemann, ArbZG, 4. Aufl., München 2020, § 3 Rn. 30; ders., NZA 2004, 413, 415; J. Schubert, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2024, ArbZR, Einl. Rn. 36; ders., GesR 2012, 326, 329; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), § 14 Rn. 14.167; aA. BeckOK ArbR-Kock (Fn. 40), ArbZG § 3 Rn. 6; Neumann, in: Neumann/Biebl (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 16. Aufl., München 2012, ArbZG § 3 Rn. 1.

72 KOM(2010) 802 endgültig, S. 4; COM(2017) 254 final, S. 8.

73 Zust. ErfK-Roloff (Fn. 23), § 3 ArbZG Rn. 4.

74 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO), Rn. 29 ff.

75 EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (Simap), Rn. 48.

76 EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 3; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 14.285 ff.; krit. auch Hartmann, EuzA 2017, 153, 181; ErfK-Roloff (Fn. 23), ArbZG § 7 Rn. 9; aA. Baek/Deutsch/Winzer, ArbZG, 4. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 112; BeckOK ArbR-Kock (Fn. 40), ArbZG § 7 Rn. 12.

77 BAG, 23.6.2010 – 10 AZR 543/09 – NZA 2010, 1081, Rn. 32 ff.

78 KOM(2010) 802 endgültig, S. 8 f.

79 EuGH, 14.10.2010 – C-243/09 – Slg. 2010, I-9849 (Fuß I).

80 EuGH, 14.7.1994 – C-91/92 – ECLI:EU:C:1994:292 (Faccini Dori); EuGH, 26.2.1986 – C-152/84 – ECLI:EU:C:1986:84 (Marshall).

81 Bejahend EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 3; vgl. EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO), Rn. 29 ff.

82 EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 8; Neumann, in: Neumann/Biebl (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 16. Aufl., München 2012, § 7 Rn. 57; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 14.294.

83 S. hierzu KOM(2003) 842 endgültig, S. 11.

84 Balze, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 3100, Stand: 160, Baden-Baden Aktualisierung Februar 2011 (Im Folgenden: EAS B 3100), Rn. 118; EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 14 f.; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 14.296.

85 EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 15 und Balze, in: EAS B 3100 (Fn. 84), Rn. 118 fordern beide eine Widerrufsfrist von 4 Monaten unter Rückgriff auf Art. 16 lit. b ArbZG-RL; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 14.296 fordert eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit.; aA. Baek/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 146 ff.; ErfK-Roloff (Fn. 23), ArbZG § 7 Rn. 9 f.

Ersatzruhetag innerhalb eines den Beschäftigungstag einschließenden Zeitraums von zwei Wochen zu gewähren. Hierdurch kann der maximale Bezugszeitraum für die wöchentliche Ruhezeit von bis zu 14 Tagen überschritten werden. Das wäre mit Art. 16 lit. a RL 2003/88/EG unvereinbar und insoweit ist § 11 Abs. 3 ArbZG unionsrechtswidrig.⁸⁶ Eine in der Literatur vertretene Gegenansicht versteht den Wortlaut von § 11 Abs. 3 ArbZG dahin, dass Arbeitnehmer auch bei Sonntagsarbeit maximal an 13 aufeinander folgenden Tagen arbeiten dürfen.⁸⁷ Der Zweiwochenzeitraum sei nicht als Ereignisfrist (§§ 187 Abs. 1, 188 Alt. 1 BGB), sondern nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu berechnen. Die divergierenden Ansichten belegen, dass § 11 Abs. 3 ArbZG jedenfalls intransparent ist.

6. § 16 ArbZG

Der EuGH hat in der Rs. *CCOO*⁸⁸ entschieden, Arbeitgeber seien verpflichtet, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Das leitet der Gerichtshof aus Art. 3, 4 und 5 RL 2003/88/EG sowie Art. 4 und 6 RL 89/391/EWG ab.⁸⁹ Das BAG setzte die Vorgaben des EuGH mit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG um.⁹⁰ Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat im Jahr 2023 einen Referentenentwurf zur Neufassung des Arbeitszeitgesetzes vorgelegt.⁹¹ Der Entwurf wird aller Voraussicht nach wegen der Neuwahlen 2025 nicht weiter verfolgt werden.

Wie weit die Pflichten des Arbeitgebers nach *CCOO* im Einzelnen reichen, ist nach wie vor heftig umstritten. Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, das deutsche Recht sei richtlinienkonform; es bestehe kein Regelungs-, sondern nur ein »Vollzugsdefizit«.⁹² Das ist zweifelhaft, weil die spanische Norm, die zum Urteil des EuGH in *CCOO* führte, dem deutschen § 16 Abs. 2 ArbZG weitgehend entsprach. Nach der Rechtsprechung des BAG⁹³ und weit überwiegender Ansicht⁹⁴ in der Literatur ist § 16 Abs. 2 ArbZG mit der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG unvereinbar. Jedenfalls sieht das deutsche Recht keine Pflicht zur Messung der täglichen Arbeitszeit vor und ist deswegen zumindest intransparent.

VI. Urlaubsrecht

1. § 7 BUrlG

Spätestens seit seinem Urteil in der Rs. *Schultz-Hoff*⁹⁵ hat der EuGH das Urlaubsrecht auf der Grundlage von Art. 7 RL 2003/88/EG tiefgreifend umgestaltet. Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen in § 7 BUrlG, von denen sich das BAG in seiner Rechtsprechung weitgehend lösen musste,

nur noch Makulatur. Zugespißt formuliert: Was im Bundesgesetzblatt zum Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs steht, gilt längst nicht mehr. Vor allem an zwei Punkten weichen das europäische und das deutsche Urlaubsrecht inhaltlich voneinander ab.

Zum einen darf Urlaub entgegen dem Wortlaut von § 7 Abs. 3 BUrlG nicht verfallen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage war, seinen Urlaub rechtzeitig in Anspruch zu nehmen.⁹⁶ Soll der Urlaub in diesem Fall dennoch nach dem Ablauf von 15 Monaten nach dem Ende des Bezugszeitraums aufgrund der Ausnahme verfallen, die der EuGH in der Rs. *KHS*⁹⁷ anerkannt hat, bedürfte auch dies einer gesetzlichen Klarstellung. Zum anderen darf der in § 7 Abs. 3 BUrlG angeordnete Verfall nach den Vorgaben des Unionsrechts dem EuGH zufolge nur eintreten, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobligationen erfüllt hat.⁹⁸ Auch dies musste das BAG in die deutsche Norm »hineinlesen«.⁹⁹

Die unionsrechtlichen Vorgaben haben in § 7 Abs. 3 BUrlG keinen Niederschlag gefunden, so dass die Norm nicht nur intransparent, sondern auch inhaltlich richtlinienwidrig ist. Würde der Verfall in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht neu gestaltet, dürfte die Anwendung des Verjährungsrechts auf den Urlaubsanspruch¹⁰⁰ hinfällig werden. Eine gesetzliche Neuregelung könnte zugleich klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vorgaben für den gesetzlichen Urlaub auch für vertraglichen Mehrurlaub gelten sollen.

Unionsrechtskonform ist hingegen § 7 Abs. 4 BUrlG. Das BAG hat im Übrigen anerkannt, dass der Urlaubsanspruch, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis verstirbt, als Abgeltungsanspruch auf die Erben übergeht.¹⁰¹ Hierzu ist auch unter Berücksichtigung der Transparenzanforderungen des europäischen Rechts eine klarstellende Regelung im deutschen Gesetzesrecht möglicherweise sinnvoll, aber nicht zwingend geboten.

2. § 13 BUrlG

Die unionsrechtlichen Vorgaben für den Verfall von Urlaubsansprüchen schlagen auch auf § 13 BUrlG durch. Danach sind die Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes tarifdispositiv. Ausgenommen davon sind nur §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG. Allerdings sind auch die Grundsätze zum Verfall von Urlaub bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit im Urlaubs- und Übertragungszeitraum nicht tarifdispositiv. Von ihnen dürfen hinsichtlich des gesetzlichen Mindesturlaubs auch die Tarifvertragsparteien nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen.¹⁰² Das geht aus § 13 BUrlG, der bislang richtlinienkonform ausgelegt werden muss,¹⁰³ nicht hervor, so dass die Norm intransparent ist.

86 J. Schubert, GesR 2012, 326, 329; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 14.171.

87 EuArbRK-Gallner (Fn. 26), RL 2003/88EG Art. 16 Rn. 3.

88 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO), Rn. 54 ff.

89 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO), Rn. 62 ff.

90 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 – NZA 2022, 1617 Rn. 42 f.; für die verfassungswidrig halten das H. Hanau, RdA 2023, 115, 121 f.; Höpfner/Schneck, NZA 2023, 1, 7; Salamon, NJW 2023, 335, 341; dagegen zu Recht Bayreuther, NZA 2023, 193 f.

91 Dazu krit. Greiner/Kalle, NZA 2023, 547; Ulber, BB 2023, 1588.

92 H. Hanau, BT (Ausschuss für Arbeit und Soziales), Protokoll-Nr. 19/87, S. 5.

93 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 – NZA 2022, 1617 Rn. 42 f.

94 Baeck/Winzer, NZA 2020, 96, 101; Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, 858, 859; Bayreuther, NZA 2020, 1, 5; Brors, NZA 2020, 1685; BeckOK ArbR-Kock (Fn. 40), ArbZG § 16 Rn. 4; Krause, NZA-Beil. 2019, 86, 94; Reinhard, NZA 2019, 1313, 1314 f.; Sittard/Esser, jM 2019, 284, 286 f.; zw. Thüsing/Bleckmann, BB 2023, 52, 53; Spengler, AiB 2019, 29, 31; aA. H. Hanau, RdA 2023, 115, 116.

95 EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 (Schultz-Hoff und Stringer); zur Rechtsprechungsentwicklung im Urlaubsrecht Brandt, EuZA 2023, 383; Jakobs, ARP 2024, 240; Schinz, jM 2023, 63.

96 EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 (Schultz-Hoff und Stringer); BAG, 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – NZA 2009, 538.

97 EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – Slg. 2011, I-11757 (KHS); vgl. BAG, 7.8.2012 – 9 AZR 353/10 – NZA 2012, 1216.

98 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft), Rn. 45; EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – ECLI:EU:C:2018:872 (Kreuziger), Rn. 52.

99 BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – NZA 2019, 977; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – NZA 2019, 982; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – NZA 2019, 1043; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – BeckRS 2019, 12128.

100 BAG, 31.1.2023 – 9 AZR 456/20 – NZA 2023, 757.

101 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 – ECLI:EU:C:2018:871 (Bauer und Willmeroth), Rn. 60 ff.; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 45/16 – NZA 2019, 828.

102 Erfk-Gallner (Fn. 23), BUrlG § 13 Rn. 12 ff.; Mehrens/Witschen, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 15.26.

103 Vgl. BAG, 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – NZA 2009, 538.

VII. Kündigungsschutzgesetz

1. § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG

Der allgemeine Kündigungsschutz gilt als dem nationalen Recht vorbehaltene Materie. Jüngst hat das Unionsrecht in puncto Mutterschutz Schneisen in § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG geschlagen.¹⁰⁴ Das Unionsrecht regelt in Art. 10 und 12 RL 92/85/EWG den besonderen Kündigungsschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen (Art. 2 RL 92/85/EWG). Die Durchsetzung dieses rechtlichen Schutzes obliegt der Ausgestaltung im mitgliedstaatlichen Recht.

Vor besondere Herausforderungen stellt das deutsche Recht eine Arbeitnehmerin, die erst nachträglich erfährt, dass sie bei Zugang einer arbeitgeberseitigen Kündigung schwanger gewesen ist. Nach § 17 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung in diesem Fall nur unwirksam, wenn die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber die Schwangerschaft innerhalb von zwei Wochen nach dem Zugang der Kündigung mitteilt oder dies, wenn sie die Überschreitung der Frist nicht zu vertreten hat, unverzüglich nachholt. Hinzu kommt die dreiwöchige Klageerhebungsfrist des § 4 S. 1 KSchG. Wurde sie nicht gewahrt, sieht § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG zwar die Zulassung einer verspäteten Klage vor, wenn die Arbeitnehmerin aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Fristablauf Kenntnis von der Schwangerschaft erlangt hat. Der Antrag auf Zulassung ist nach § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG nur innerhalb von zwei Wochen nach »Behebung des Hindernisses« zulässig.

Diese Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes verstößt, wie der EuGH in der Rs. *Haus Jacobus* festgestellt hat, gegen die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, genauer gegen den Effektivitätsgrundsatz.¹⁰⁵ Das deutsche Recht erschwert die Durchsetzung des Sonderkündigungsschutzes so sehr, dass seine Wirksamkeit unzulässig beeinträchtigt wird. Der EuGH hat eingewendet, die zweiwöchige Frist des § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG sei besonders kurz und kürzer als die dreiwöchige Frist des § 4 S. 1 KSchG. Der Beginn der Frist sei mit dem Begriff »Behebung des Hindernisses« unklar bestimmt. Schließlich werde die Frist im Fall des § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG mit dem Erfordernis kumuliert, den Arbeitgeber unverzüglich von der Schwangerschaft zu unterrichten.

Danach steht fest, dass § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG im Fall des § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG nicht, jedenfalls nicht wortlautgetreu, angewendet werden darf.¹⁰⁶ Die Norm ist richtlinienwidrig.

2. §§ 17, 18 KSchG

Das deutsche Massenentlassungsrecht ist älter als die erste europäische Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG. Erkennbar hat sich der Richtliniengeber am deutschen Recht orientiert.¹⁰⁷ Möglicherweise herrschte deswegen lange Zeit die Auffassung vor, die §§ 17, 18 KSchG stünden mit dem europäischen Massenentlassungsrecht im Einklang. Das änderte sich schlagartig mit dem Urteil des EuGH in der Rs. *Junk*.¹⁰⁸ Seitdem gilt für das deutsche Massenentlassungsrecht

im Kern derselbe Befund wie zum Verfall des Urlaubs. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind schlecht beraten, wenn sie sich am Wortlaut der §§ 17, 18 KSchG orientieren.

Der in den § 17, 18 KSchG verwendete Begriff der Entlassung ist unionsautonom auszulegen. Entgegen seiner historischen Bedeutung in Deutschland ist darunter nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem etwaigen Ablauf einer Kündigungsfrist, sondern aufgrund richtlinienkonformer Auslegung der Ausspruch der Kündigung zu verstehen.¹⁰⁹ In der Folge muss der Arbeitgeber – nach derzeitigem Stand – die Massenentlassungsanzeige, die arbeitsmarktpolitischen Zwecken dient, in richtlinienkonformer Auslegung von § 17 Abs. 1 KSchG vor Ausspruch der Kündigungen erstatten.¹¹⁰ Auch die Konsultation des Betriebsrats muss er in richtlinienkonformer Auslegung des § 17 Abs. 2 KSchG vor dem Ausspruch der Kündigungen durchführen. Das entspricht dem Zweck, Kündigungen zu vermeiden oder auszuschließen. Die »Massenkündigungen« darf der Arbeitgeber erst aussprechen, wenn er die Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG erstattet hat¹¹¹ und das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG abgeschlossen ist¹¹².

Das deutsche Recht enthält keine Bestimmung zu den Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Massenentlassungsrecht. Die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG gibt hierzu keine spezifischen Regelungen vor. Insoweit gilt nach dem unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz, dass die Mitgliedstaaten Verstöße gegen das Unionsrecht nach Regeln ahnden müssen, die denjenigen entsprechen, die für nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen ihr nationales Recht gelten.¹¹³ Die Sanktion muss wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.¹¹⁴ Welche Folge ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG unter Beachtung des europäischen Rechts zeitigt, ist derzeit im Umbruch.¹¹⁵ Bislang verstand das BAG die Norm als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB und erklärte die Kündigungen bei Verstößen gegen § 17 Abs. 1 KSchG für unwirksam.¹¹⁶ Das hält der Sechste Senat in einem Anfragebeschluss mit guten Gründen für unverhältnismäßig; die Unwirksamkeit der Kündigung sei schon nicht geeignet, die Anzeigepflicht durchzusetzen.¹¹⁷ Eine Lösung ist noch nicht in Sicht. In zwei »konkurrierenden« Vorabentscheidungsentschlüssen an den EuGH haben der Zweite und der Sechste Senat unterschiedliche Rechtsfolgensysteme bei Verstößen gegen die Anzeigepflicht entwickelt.¹¹⁸ Beide Vorlagen sind beim EuGH anhängig. Für Verstöße im Rahmen des Konsultationsverfahrens soll es bei der Unwirksamkeit der Kündigung bleiben.¹¹⁹

Dass das deutsche Massenentlassungsrecht hoffnungslos veraltet und nicht mehr richtlinienkonform ist, ist mit Händen

109 BAG, 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – NZA 2006, 971, Rn. 18 f., 28 ff.

110 EuGH, 27.1.2005 – C-188/03 – Slg. 2005, I-885 (Junk), Rn. 46 ff.; BAG, 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – NZA 2006, 971, Rn. 21 f.

111 BAG, 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – NZA 2006, 971, Rn. 21 f.

112 BAG, 21.3.2013 – 2 AZR 60/12 – NZA 2013, 966, Rn. 19 ff.

113 EuGH, 16.12.1976 – 33/76 – Slg. 1976, 1989 (Rewe), Rn. 5; EuGH, 13.7.2006 – C-295/04 und C-298/04 – Slg. 2006, I-6619 (Manfredi), Rn. 62.

114 EuGH, 21.12.2016 – C-201/15 – ECLI:EU:C:2016:972 (AGET Iraklis), Rn. 36; BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 146/19 – NZA 2020, 1006, Rn. 98; BAG, 27.1.2022 – 6 AZR 155/21 – NZA 2022, 491, Rn. 18; vgl. C. Schubert/Schmitt, JArbR 59 (2022), 81, 83.

115 Zum Diskussionsstand *Lembke*, NJW 2024, 195.

116 BAG, 13.2.2020 – 6 AZR 140/19 – NZA 2020, 1006, Rn. 101 mwN.

117 BAG, 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B) – NZA 2024, 119, Rn. 32 ff.

118 BAG, 1.2.2024 – 2 AS 22/23 (A) – NZA 2024, 257 = EuGH, 29.4.2024 – C-134/24 – ABL C/2024/2734 (Tomann); BAG, 23.5.2024 – 6 AZR 152/22 (A) – NZA 2024, 825 = EuGH, 2.9.2024 – C-402/24 – ABL C/2024/5216 (Sewel).

119 BAG, 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B) – NZA 2024, 119, Rn. 51 ff.

104 EuGH, 27.6.2024 – C-284/23 – ECLI:EU:C:2024:558 (Haus Jacobus).

105 Auch zum Folgenden EuGH, 27.6.2024 – C-284/23 – ECLI:EU:C:2024:558 (Haus Jacobus), Rn. 41 ff.

106 Zu möglichen Lösungen Sagan, NJW 2024, 2673, 2677.

107 Senk, Betriebsbegriffe, Tübingen 2022 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2021), S. 70 f.

108 Auch zum Folgenden EuGH, 27.1.2005 – C-188/03 – Slg. 2005, I-885 (Junk), Rn. 26 ff.

zu greifen. Die Rechtsfolgen von Fehlern im Massenentlassungsverfahren sind gänzlich unregelt. Insoweit liegt nicht nur ein Inhaltsfehler vor. Es fehlt vielmehr an jeder Umsetzung.

VIII. Betriebsübergang

Im Vergleich zu anderen Materien steht das deutsche Betriebsübergangsrecht im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht gut da. Bei näherem Hinsehen finden sich aber auch in diesem Bereich Umsetzungsfehler. Das betrifft etwa die Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter.¹²⁰

Im Ausgangspunkt schreibt Art. 7 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG vor, dass Veräußerer und Erwerber verpflichtet sind, die »Vertreter ihrer jeweiligen von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer« zu unterrichten. Von diesem »Grundmodell«¹²¹ einer Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter erlaubt Art. 7 Abs. 3 RL 2001/23/EG eine Ausnahme. Können die Arbeitnehmervertreter eine Schiedsstelle anrufen, um eine Entscheidung über hinsichtlich der Arbeitnehmer zu treffende Maßnahmen zu erhalten, kann die Unterrichtung auf Betriebs(teil)übergänge beschränkt werden, die wesentliche Nachteile für einen erheblichen Teil der Arbeitnehmer zur Folge haben können. Von dieser Ausnahme hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch machen wollen. Ausreichen soll der erzwingbare Sozialplan (§§ 112, 112a BetrVG) im Fall einer Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG. Man kann geteilter Ansicht darüber sein, ob das die Voraussetzungen der Ausnahme erfüllt.¹²² Klar ist aber, dass auch die Arbeitnehmervertreter beim Erwerber zu unterrichten sind. Soweit der Erwerber seine Arbeitnehmer betreffende Maßnahmen in Aussicht nimmt, sind deren Vertreter zu informieren und zu konsultieren. Diese Voraussetzung erfüllen die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes nicht.¹²³

Die Unterrichtung einzelner Arbeitnehmer sieht Art. 7 Abs. 6 RL 2001/23/EG nur für den Fall vor, dass es unabhängig von ihrem Willen im jeweiligen Unternehmen oder Betrieb keine Arbeitnehmervertreter gibt. Das gilt in Deutschland für den Fall von Kleinstbetrieben, die den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 BetrVG nicht erreichen. § 613a Abs. 5 BGB schreibt hingegen für jeden Betriebs(teil)übergang die Unterrichtung aller Arbeitnehmer vor, die vom Arbeitgeberwechsel betroffen sind. Das ist für sich genommen nicht problematisch, weil die Betriebsübergangsrichtlinie nach Art. 8 RL 2001/23/EG nur mindestharmonisierende Regelungen enthält. Die Mitgliedstaaten dürfen zugunsten der Arbeitnehmer über sie hinaus gehen. Wiederum muss aber im Fall des Art. 7 Abs. 6 RL 2001/23/EG die Unterrichtung der einzelnen Arbeitnehmer beim Erwerber sichergestellt werden. Die Norm bezieht sich nicht allein auf die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse übergehen sollen, sondern alle Arbeitnehmer, deren Vertreter nach Art. 7 Abs. 1 RL 2001/23/EG zu unterrichten wären. Das sieht § 613a Abs. 5 BGB jedoch nicht vor, so dass das deutsche Recht im Hinblick auf die Unterrichtung zwar einerseits über die Betriebsübergangsrichtlinie hinausgeht, andererseits aber hinter ihr zurückbleibt.

¹²⁰ Ausf. zum Ganzen *Riesenhuber*, RdA 2004, 340, 342 ff.

¹²¹ Vgl. *Oetker*, NZA 1998, 1193.

¹²² Vgl. *Colneric*, FS Steindorff, 1990, S. 1129, 1134; *Oetker*, NZA 1998, 1193, 1196 f.; *C. Schubert/Schmitt*, in: EAS B 3100 (Fn. 84, Stand 209. Aktualisierung November 2019), Rn. 633 ff.

¹²³ *Franzen*, RdA 2002, 258, 261; *Riesenhuber*, RdA 2004, 340, 349.

IX. Arbeitnehmerüberlassung

Zahlreiche Vorschriften des AÜG stehen in Rede, gegen die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG zu verstoßen.¹²⁴ Aufgrund der Vielzahl problematischer Normen sind etwaige Verstöße im Folgenden nur summarisch darzustellen:

- Bedenken begegnet die in § 1 Abs. 1b S. 8 AÜG vorgesehene Möglichkeit für Kirchen und andere öffentlich-rechtliche Religionsträger, abweichende Überlassungshöchstdauern vorzusehen.¹²⁵ Soweit kirchliche Einrichtungen oder andere öffentlich-rechtliche Religionsträger am Markt tätig sind, üben sie eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, die in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fällt.¹²⁶ Das gilt nach Art. 1 Abs. 2 RL 2008/104/EG auch, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Einrichtungen handelt. Mit der gesetzlich nicht begrenzten Verlängerungsmöglichkeit verstößt der Gesetzgeber insoweit gegen die unionsrechtliche Verpflichtung, einem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vorzubeugen.¹²⁷
- Nach § 1 Abs. 1a AÜG gilt das AÜG nicht für Arbeitnehmer, die zu einer Arbeitsgemeinschaft abgeordnet werden. Damit werden insbesondere der Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 AÜG) sowie der Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten (§ 13b AÜG) abbedungen. Da Art. 6 RL 2008/104/EG solche Ausnahmen nicht zulässt und auch die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nicht erfüllt sind, wird § 1 Abs. 1a AÜG als europarechtswidrig eingestuft.¹²⁸
- Das gilt ebenso für § 1 Abs. 3 Nr. 2 und 2a AÜG. Von der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG werden auch Arbeitnehmer erfasst, die für den Einsatz beim Verleiher und Entleiher beschäftigt werden; die Richtlinie kennt kein Konzernprivileg.¹²⁹
- Die Privilegierung für den öffentlichen Dienst in § 1 Abs. 3 Nr. 2b und 2c AÜG steht im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 2 RL 2008/104/EG, nach dem sie auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt.¹³⁰
- Umstritten ist die Vereinbarkeit des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe gemäß § 1b AÜG mit dem Unionsrecht. Behauptet wird ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG.¹³¹ Zwar kann danach ein Verbot der Leiharbeit grundsätzlich gerechtfertigt werden; umstritten ist aber, ob die betreffenden Gründe inzwischen überholt sind, weil die illegale Beschäftigung auf Baustellen an Bedeutung verloren habe.¹³²

¹²⁴ Zum Ganzen *Hamann* ZESAR 2012, 103; *Wank*, RdA 2017, 100, 103 mwN.

¹²⁵ *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.30d; *Ulber*, RdA 2018, 50, 56; aA. *Lembke*, NZA 2017, 1, 5.

¹²⁶ *J. Ulber*, RdA 2018, 50, 56.

¹²⁷ *J. Ulber*, RdA 2018, 50, 56.

¹²⁸ BeckOK ArbR-Kock (Fn. 40), AÜG § 1 Rn. 163.1; zw. *Hamann*, EuZA 2009, 278, 302; *ders.*, ZESAR 2011, 321, 331; *ders.*, ZESAR 2012, 103, 107; *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.37.

¹²⁹ *Hamann*, ZESAR 2012, 103, 109; *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.38.

¹³⁰ Vgl. EuGH, 24.10.2024 – C-441/23 – ECLI:EU:C:2024:916 (Omnitel Comunicaciones) Rn. 43; *Hamann*, ZESAR 2012, 103, 109; *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.38.

¹³¹ Zw. *ErfK-Roloff* (Fn. 23), AÜG § 1b Rn. 1 ff.; gegen Unionsrechtskonformität *Boemke*, RiW 2009, 177, 182; *Böhm*, DB 2011, 473, 474; *Hamann*, RdA 2011, 321, 339; *Sansone*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.41; *Ulrici*, AÜG, Baden-Baden 2017, § 1b Rn. 3, 5.

¹³² *Ulrici* (Fn. 131), § 1b Rn. 3, 5; aA. *Walser*, in: *Ulber/Ulber* (Hrsg.), AÜG, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2023, § 1b Rn. 19.

- Nach den Urteilen des EuGH in den Rs. *KG*¹³³ und *Daimler*¹³⁴ ist die arbeitnehmerbezogene Berechnung der Höchstüberlassungsdauer grundsätzlich richtlinienkonform.¹³⁵ Strittig ist hingegen, ob der in § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG vorgesehene Neubeginn der Überlassungsdauer nach einer dreimonatigen Unterbrechung nur richtlinienkonform ist, wenn eine zusätzliche Rechtsmissbrauchskontrolle¹³⁶ sicherstellt, dass keine befristeten Entleihketten entstehen, die einen dauernden Beschäftigungsbedarf beim Entleiher decken.¹³⁷
- Nach Art. 5 RL 2008/104/EG sind dem Leiharbeitnehmer dieselben wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewähren, die ihm bei einer Einstellung beim Entleiher gewährt werden müssten. In richtlinienkonformer Auslegung von § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG ist nicht arbeitnehmerbezogen nach einem »vergleichbaren Arbeitnehmer« des Entleihers, sondern arbeitsplatzbezogen nach einem vom Leiharbeitnehmer zu besetzenden Arbeitsplatz zu fragen.¹³⁸ Die deutsche Norm ist intransparent.
- Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob § 8 Abs. 2 S. 1 AÜG richtlinienkonform ist.¹³⁹ Die Vorschrift ermächtigt Tarifvertragsparteien, zulasten von Leiharbeitnehmern vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen. Diese Abweichungsmöglichkeit ist von Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG gedeckt, wenn der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer bei der tarifvertraglichen Abweichung geachtet wird. Die Tariföffnungsklausel in § 8 Abs. 2 S. 1 AÜG fordert nicht ausdrücklich die Beachtung des Gesamtschutzes iSv. Art. 5 RL 2008/104/EG. In *Time Partner* hat der EuGH die Tarifaufnahme in § 8 Abs. 2 AÜG grundsätzlich als unionsrechtskonform angesehen.¹⁴⁰ Gleichwohl besteht nach der Rechtsprechung eine Pflicht der Tarifvertragsparteien zur Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG, welche von den nationalen Gerichten unter Berücksichtigung der Tarifautonomie zu prüfen ist. Davon ist in § 8 Abs. 2 S. 1 AÜG keine Rede, so dass die Norm intransparent sein dürfte.
- Leiharbeiter müssen nach Art. 6 Abs. 4 RL 2008/104/EG beim Entleiher den gleichen Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten wie die dortigen Stammarbeitnehmer erhalten. Der Anspruch bezieht sich nach überwiegender Ansicht auf das Unternehmen des Entleihers.¹⁴¹ Die Umsetzungsnorm des § 13b AÜG beschränkt sich hingegen auf den Betrieb des Entleihers, in dem der

Leiharbeitnehmer eingesetzt wird. § 13b AÜG lässt sich zwar richtlinienkonform auslegen,¹⁴² ist insoweit aber zumindest intransparent.

- Art. 6 Abs. 5 RL 2008/104/EG wurde nicht in deutsches Recht umgesetzt.¹⁴³ Danach muss sich der Mitgliedstaat um den Zugang zu Fort- und Weiterbildungsangeboten für Leiharbeitnehmer bemühen, um deren berufliche Entwicklungs- und Beschäftigungsfähigkeit zu fördern. Umstritten ist, ob die europäische Norm einer Umsetzung in nationales Recht bedarf¹⁴⁴ oder lediglich eine »Bemühenspflicht«¹⁴⁵ enthält.
- Nach der Übergangsbestimmung in § 19 Abs. 2 AÜG berücksichtigt die Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs. 1b AÜG nur Überlassungszeiträume ab dem 1. April 2017. Der EuGH hat bereits entschieden, dass das Unionsrecht dieser Regelung entgegensteht.¹⁴⁶ Der Neunte Senat ist dem gefolgt, sah sich jedoch nicht in der Lage, die deutsche Vorschrift richtlinienkonform auszulegen.¹⁴⁷ In Privatrechtsverhältnissen bleibt § 19 Abs. 2 AÜG anwendbar.¹⁴⁸ Insoweit verstößt die Bundesrepublik gegen die Leiharbeitsrichtlinie.
- Schließlich nimmt § 2 Abs. 4 DRKG die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz vom Verbot der dauerhaften Überlassung in §§ 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG aus. Nach deutschem Recht soll der dauerhafte Verleih an dieselbe Pflegeeinrichtung zulässig sein. Der EuGH hat die Gestellung von Rotkreuzschwestern hingegen als Arbeitnehmerüberlassung iSd. Leiharbeitsrichtlinie eingeordnet.¹⁴⁹ Die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 4 DRKG ist daher offenkundig unionsrechtswidrig.¹⁵⁰ Sie verstößt gegen die Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG, einem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vorzubeugen.¹⁵¹

X. Befristungsrecht

1. § 3 Abs. 2 TzBfG

§ 4 Nr. 1 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Befr-RV) durchgeführt mit der RL 1999/70/EG verbietet Ungleichbehandlungen wegen einer Befristung des Arbeitsvertrages, die nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind. In den Blick zu nehmen sind die Beschäftigungsbedingungen von vergleichbaren Dauerbeschäftigten. Angemessen zu berücksichtigen sind dabei nach § 3 Nr. 2 Befr-RV (RL 1999/70/EG) die Qualifikationen und Fertigkeiten. § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TzBfG

133 EuGH, 14.10.2020 – C-681/18 – ECLI:EU:C:2020:823 (KG).

134 EuGH, 17.3.2022 – C-232/20 – ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler).

135 Sansone, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.30a; Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 6. Aufl., München 2022 (im Folgenden: Schüren/Hamann), § 1 Rn. 301 ff.; Ulrici (Fn. 131), § 1 Rn. 91.

136 Von einer zusätzlichen Kontrolle gehen aus Sansone, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.30b; Hamann, EuZA 2022, 461, 473; krit. Feuerborn, EuZA 2022, 109, 118; Franzen, NZA 2021, 24, 27; EuArbRK-Kolbe (Fn. 26), RL 2008/104/EG Art. 6 Rn. 31.

137 Vgl. EuGH, 17.3.2022 – C-232/20 – ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler), Rn. 60 ff.

138 BAG, 21.10.2015 – 5 AZR 604/14 – NZA 2016, 423, Rn. 26; ErfK-Roloff (Fn. 23), AÜG § 8 Rn. 5; J. Ulber, RdA 2018, 50, 53; Ulrici (Fn. 131), § 8 Rn. 32.

139 Zu den verschiedenen Auffassungen EUArbRK-Kolbe (Fn. 26), RL 2008/104/EG Art. 5 Rn. 20 f.

140 Auch zum Folgenden EuGH 15.12.2022 – C-311/21 – ECLI:EU:C:2022:983 (TimePartner), Rn. 50, 68 und 70.

141 Forst, AuR 2012, 97, 100; Schüren/Hamann-Hamann (Fn. 135), § 13b Rn. 32; Lembke, NZA 2011, 319, 324; Sansone, in: Preis/Sagan (Fn. 2), § 18 Rn. 18.113; aA. Kock, BB 2012, 323, 325; EuArbRK-Kolbe (Fn. 26), RL 2008/104/EG, Art. 6 Rn. 12.

142 Forst, AuR 2012, 97, 100 f.; Hamann, RdA 2011, 321, 338; Lembke, NZA 2011, 319, 324; ders., in: Boemke/Lembke (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl., Frankfurt aM. 2013, § 13 Rn. 39; Sansone, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.111.

143 EuArbRK-Kolbe (Fn. 26), RL 2008/104/EG Art. 6 Rn. 17 f.

144 Boemke, RiW 2009, 177, 187; Forst, AuR 2012, 97, 100; Ulber, AuR 2010, 10, 15.

145 EuArbRK-Kolbe (Fn. 26), RL 2008/104/EG Art. 6 Rn. 18; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Berlin 2021, § 18 Rn. 25; Vielmeier, NZA 2012, 535, 540 f.

146 EuGH, 17.3.2022 – C-232/20 – ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler), Rn. 64 ff.

147 BAG, 25.5.2022 – 9 AZR 337/21 – NZA 2022, 1530, Rn. 98; BAG, 8.11.2022 – 9 AZR 486/21 – NZA 2023, 505, Rn. 34.

148 Vgl. EuGH, 17.3.2022 – C-232/20 – ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler), Rn. 82 ff.; BAG, 25.5.2022 – 9 AZR 337/21 – NZA 2022, 1530, Rn. 98; BAG, 8.11.2022 – 9 AZR 486/21 – NZA 2023, 505, Rn. 34.

149 EuGH, 17.11.2016 – C-216/15 – ECLI:EU:C:2016:883 (Betriebsrat der Ruhrlandklinik).

150 Sansone, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 18.30d; Ulber, RdA 2018, 50, 56; zw. auch Lembke/Fischels, RdA 2021, 222, 234; Oberthür, ArbRB 2017, 315, 317; Preis/Morgenbrodt, EuZA 2017, 418, 428; aA. Ulrici, EuZW 2017, 68, 71.

151 J. Ulber, RdA 2018, 50, 57.

legen hingegen einen ausschließlich tätigkeitsbezogenen Vergleichsmaßstab an und widersprechen daher den Vorgaben des europäischen Rechts.¹⁵² Das deutsche Recht wird bislang richtlinienkonform ausgelegt,¹⁵³ ist aber intransparent.

2. § 4 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 TzBfG findet der Pro-rata-temporis-Grundsatz Anwendung auf das Arbeitsentgelt und geldwerte Leistungen. Das ist enger als die unionsrechtliche Vorgabe in § 4 Nr. 2 Befr-RV (RL 1999/70/EG), die sich auf alle teilbaren Leistungen erstreckt.¹⁵⁴

3. § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG

Nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG soll die Befristung eines Arbeitsvertrages sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Über eine diesbezügliche Vorlage aus Deutschland musste der EuGH letztlich nicht entscheiden.¹⁵⁵ Aus seiner Rechtsprechung ergibt sich dennoch ohne weiteres, dass die sog. Haushaltsbefristung offenkundig unzulässig ist.¹⁵⁶ Das BAG kennt die Bedenken, hat die Richtlinienkonformität von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG bislang aber dahinstehen lassen.¹⁵⁷ Jedenfalls gegenüber staatlichen Arbeitgebern sollte die Norm unanwendbar sein.¹⁵⁸

4. § 14 Abs. 2 TzBfG

Strittig ist, ob mit Einführung der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG gegen das Verschlechterungsverbot in § 8 Nr. 3 Befr-RV (RL 1999/70/EG) verstoßen wurde.¹⁵⁹ Jedenfalls wird nach den Grundsätzen des EuGH keine allgemeine Absenkung¹⁶⁰ feststellbar sein. Mit der Umsetzung der RL 1999/70/EG wurde nach überwiegender Ansicht die Möglichkeit der Kettenbefristung insgesamt eingeschränkt.¹⁶¹

Daneben begegnet die Ausnahme bei einer – nach dem Wortlaut zeitlich nicht näher eingegrenzten – Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in der Literatur unionsrechtlichen Bedenken. Das europäische Befristungsrecht diene auch der Flexibilisierung der Arbeit.¹⁶² Das Unionsrecht wende sich nicht gegen Befristungen, sondern gegen den Missbrauch aufeinander folgender Befristungen. Ob die zeitlich uneingeschränkte Berücksichtigung von Vorbeschäftigungen das legitime Interesse am Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages und an der Flexibilisierung der Arbeitsformen berücksichtigt, ist zumindest diskutabel. Wenn zwischen den betreffenden Arbeitsver-

hältnissen eine lange Zeitdauer liegt, wird ein Verstoß von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gegen das Unionsrecht behauptet.¹⁶³

5. § 18 Abs. 1 TzBfG

Der Arbeitgeber hat nach § 18 Abs. 1 TzBfG befristet beschäftigte Arbeitnehmer über unbefristete Arbeitsplätze, die künftig besetzt werden sollen, zu informieren. Das setzt § 6 Nr. 1 Befr-RV (RL 1999/70/EG) wortlautgetreu um. Dennoch ist der Gesetzgeber den Anforderungen des europäischen Befristungsrechts nicht gerecht geworden, weil das deutsche Recht keine hinreichende Rechtsfolge an einen Verstoß gegen § 18 Abs. 1 TzBfG knüpft. Grundsätzlich kommt ein Schadenersatzanspruch nach § 280 ff. BGB in Betracht.¹⁶⁴ Der darlegungs- und beweispflichtige Arbeitnehmer wird aber in aller Regel die haftungsbegründende Kausalität nicht beweisen können. Er wird den Vollbeweis (§ 286 ZPO), den unbefristeten Arbeitsplatz nicht erhalten zu haben, weil der Arbeitgeber seine Informationspflicht nicht erfüllt hat, kaum jemals führen können.¹⁶⁵ Der Verstoß gegen § 18 Abs. 1 TzBfG bleibt damit praktisch folgenlos.

6. § 2 Abs. 1 und 2 WissZeitVG

Die besonderen Befristungsregeln für den Wissenschaftsbetrieb sind unionsrechtlich zumindest zweifelhaft. Die Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG unterliegt, sofern die Hochschule selbst über die Verwendung der Drittmittel bestimmen, mithin über den Befristungsgrund disponieren kann, denselben Einwänden wie die Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG.¹⁶⁶

Bedenken unterliegt ferner § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG, wonach Beschäftigungen von nicht mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit auf die Befristungshöchstdauer nicht angerechnet werden.¹⁶⁷ Weder die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge noch die Rechtsprechung des EuGH sehen Ausnahmen für geringfügige Tätigkeiten vor. Das gilt zumindest für Arbeitsverhältnisse, die im Sinne der *Lawrie-Blum*-Formel¹⁶⁸ eine echte wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Diese Schwelle wird bei wissenschaftlichen Tätigkeiten häufig auch dann überschritten sein, wenn die vereinbarte Arbeitszeit nur bis zu ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit beträgt. Auch bei solchen Tätigkeiten ist eine Missbrauchskontrolle nach den Maßgaben des europäischen Befristungsrechts notwendig.¹⁶⁹

XI. Bundesdatenschutzgesetz

Der EuGH hat festgestellt, dass § 23 Abs. 1 HessDSIG nicht den Vorgaben in Art. 88 DSGVO entspricht und gegen Unionsrecht verstößt.¹⁷⁰ Die hessische Norm sei keine »spezifischere

¹⁵² *Gräfl*, in: Arnold/Gräfl (Hrsg.), TzBfG, 5. Aufl., Freiburg 2021, § 3 Rn. 40; *Holwel/Kossens/Pielenz/Räder*, TzBfG, 7. Aufl., Frankfurt 2021, § 3 Rn. 10; *Joussen*, in: Boecken/Joussen, TzBfG, 7. Aufl., Baden-Baden 2024 (im Folgenden: Boecken/Joussen), § 3 Rn. 34.

¹⁵³ *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.43.

¹⁵⁴ Näher *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.105.

¹⁵⁵ BAG, 27.10.2010 – 7 AZR 485/09 (A) – NZA-RR 2011, 272.

¹⁵⁶ EuGH, 13.3.2014 – C-190/13 – ECLI:EU:C:2014:146 (Marquez Samohano); EuGH, 21.9.2016 – C-614/15 – ECLI:EU:C:2016:726 (Popescu). s. auch *Backhaus*, FS Preis, 2021, S. 19 ff.; BeckOK ArbR-Bayreuther (Fn. 40), TzBfG § 14 Rn. 73; *Junker*, EuZA 2013, 3, 12 f.; *EuArbRK-Krebbler* (Fn. 26), § 5 RL 1999/70/EG Rn. 45; *ErfK-Müller-Glöge* (Fn. 23), TzBfG § 14 Rn. 71a; *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 156; zw. *Chandna-Hoppe*, ZfA 2020, 70, 75 f.

¹⁵⁷ Vgl. BAG, 28.9.2016 – 7 AZR 549/14 – NZA 2017, 249, Rn. 30, 43; BAG, 23.5.2018 – 7 AZR 16/17 – NZA 2018, 1549, Rn. 21.

¹⁵⁸ Statt vieler *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.150.

¹⁵⁹ Zum Streitstand *Lipke/Bubach*, in: Bubach/Gallner/Heinkel ua., KR-Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022, TzBfG § 14 Rn. 116 mwN.

¹⁶⁰ EuGH, 24.6.2010 – C-98/09 – Slg. 2010, I-5837 (Sorge), Rn. 36 f.

¹⁶¹ *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.176.

¹⁶² ErwGr. 5, 7, 12 RL 1999/70/EG.

¹⁶³ *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.180; *Wank*, RdA 2012, 361, 362. Zweifel an der Verhältnismäßigkeit aus nationaler Sicht bei BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 – NZA 2018, 774, Rn. 63.

¹⁶⁴ BAG, 6.4.2011 – 5 AZR 368/99 – NZA 2011, 905.

¹⁶⁵ BeckOK ArbR-Bayreuther (Fn. 40), TzBfG § 18 Rn. 9; *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.198; Boecken/Joussen-Joussen (Fn. 152), § 18 Rn. 8; *Schlachter*, in: Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl., München 2011, § 18 Rn. 5.

¹⁶⁶ *Brose*, EuZA 2017, 256, 262 ff.; *EuArbRK-Krebbler* (Fn. 26), RL 1999/70/EG § 5 Rn. 50 f.; *ders.*, EuZA 2017, 3, 19; *Löwisch*, NZA 2007, 479, 482.

¹⁶⁷ *Domke*, Befristungsrecht wissenschaftliches Personal, Baden-Baden 2020, S. 341 ff.; *Hedermann*, ZESAR 2015, 109, 111; *Preis/Ulber*, Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2. Aufl., Hürth 2017, § 2 Rn. 139; *Stumpf*, NZA 2015, 326, 329.

¹⁶⁸ EuGH, 3.7.1986 – 66/85 – Slg. 1986, 2121 (Lawrie-Blum), Rn. 17.

¹⁶⁹ *Brose/Greiner/Kalle*, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 11.171.

¹⁷⁰ EuGH, 30.3.2023 – C-34/21 – ECLI:EU:C:2023:270 (Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer), Rn. 81.

Vorschrift« iSv. Art. 88 DSGVO. Dasselbe Verdikt muss für die nach Wortlaut und Inhalt identische Regelung in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG gelten.¹⁷¹ Folgerichtig ist sie unanwendbar.¹⁷² De lege lata ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor allein nach Maßgabe der DSGVO, insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 lit. c und b DSGVO zulässig.¹⁷³

Die Politik hat den Handlungsbedarf erkannt. Das BMAS hat einen Referentenentwurf für ein Beschäftigtendatengesetz erstellt.¹⁷⁴ Es wird sich zeigen, ob dieser oder ein ähnlicher Entwurf in der nächsten Legislaturperiode aufgegriffen wird.

XII. Hinweisgeberschutzgesetz

Art. 4 Abs. 4 lit. a iVm. Art. 5 Nr. 8 Whistleblower-Richtlinie (EU) 2019/1937 schützt Personen, die Hinweisgeber bei einer Meldung unterstützen. Diese Personengruppe ist bereits bei der Vorbereitung einer Meldung vom Schutz der Richtlinie umfasst. Diese Regelung setzt § 34 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG unzureichend um, da er für den Schutz von unterstützenden Personen eine bereits erfolgte Meldung oder Offenlegung (»die gemeldeten oder offengelegten Informationen«) verlangt.¹⁷⁵ Um einen Verstoß gegen Unionsrecht zu vermeiden, ist eine richtlinienkonforme Auslegung geboten, um auch Personen einzubeziehen, die Hinweisgeber bei der Vorbereitung einer Meldung unterstützen, insbesondere wenn es nicht zu einer Meldung oder Offenlegung kommt.¹⁷⁶

XIII. SEBG

Insbesondere um eine Flucht aus der deutschen Unternehmensmitbestimmung zu verhindern, ist der Gesetzgeber bei der Umsetzung der SE-Richtlinie 2001/86/EG an vielen Stellen von den Vorgaben des europäischen Rechts abgewichen.¹⁷⁷ Drei neuralgische Punkte seien herausgegriffen:

- Grundsätzlich kann eine SE-Beteiligungsvereinbarung die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer mindern. Bei einer solchen Minderung verlangt Art. 3 Abs. 4 RL 2001/86/EG eine qualifizierte Mehrheit im besonderen Verhandlungsgremium. Das gilt aber nur bei einer quantitativen Minderung der Mitbestimmungsquote. Dagegen verstößt § 15 Abs. 4 Nr. 2 SEBG, da er seinem Wortlaut nach jede Beseitigung oder Einschränkung von Mitbestimmungsrechten als Minderung erfasst und daher einer qualitativen Deutung zugänglich ist.¹⁷⁸

¹⁷¹ Anders noch BAG, 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 – NZA 2019, 1218, Rn. 37 ff.; zust. Erfk-Franzen (Fn. 23), BDSG § 26 Rn. 5 mwN.

¹⁷² EuGH, 30.3.2023 – C-34/21 – ECLI:EU:C:2023:270 (Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer), Rn. 83, 90.

¹⁷³ EuGH, 30.3.2023 – C-34/21 – ECLI:EU:C:2023:270 (Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer), Rn. 84, 86.

¹⁷⁴ Referentenentwurf Beschäftigtendatengesetz, <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/2024/10/bdsg-beschdg.pdf> (19.12.2024).

¹⁷⁵ Peisker, in: Thüsing, HinSchG, München 2024, § 34 Rn. 7; Uffmann/Beckmann, in: Preis/Sagan (Fn. 2), Rn. 21.69.

¹⁷⁶ BeckOK ArbR-Bruns (Fn. 40), HinSchG § 34 Rn. 4; Peisker, in: Thüsing, HinSchG, München 2024, § 34 Rn. 7; aA. Colneric/Gerdemann, in: BeckOK HinSchG, 3. Ed., München 15.4.2024, § 34 Rn. 8.

¹⁷⁷ Zusp. Sagan, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht (NK-GA), 2. Aufl., Baden-Baden 2023, SEBG § 1 Rn. 20.

¹⁷⁸ Näher Henssler, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., München 2018, SEBG § 15 Rn. 12.

- Nach Anhang Teil 1 lit. c RL 2001/86/EG wählt das Vertretungsorgan aus seiner Mitte einen engeren Ausschuss, sofern die Zahl seiner Mitglieder es rechtfertigt. Davon weicht § 23 Abs. 4 SEBG ab, wonach der SE-Betriebsrat stets einen Ausschuss von drei Mitgliedern bildet, dem zwingend der Vorsitzende angehören muss.
- § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG stellt den Missbrauch einer SE unter Strafe und steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, nach der ein Missbrauch von Unionsrecht nicht strafrechtlich geahndet werden darf.¹⁷⁹

XIV. Mindestlohngesetz

Nach Art. 17 Abs. 1 RL (EU) Mindestlohnrichtlinie 2022/2041 ist die Frist für die Umsetzung der Richtlinie am 15. November 2024 abgelaufen. Geht man davon aus, dass sie mit dem Primärrecht vereinbar ist, weil sie das Arbeitsentgelt nicht unmittelbar regelt und mithin die Grenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV wahrt, ist das deutsche Mindestlohngesetz offensichtlich richtlinienwidrig.

Zum einen entspricht der persönliche Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes nicht den Vorgaben der Mindestlohnrichtlinie. Art. 2 RL 2022/2041 enthält eine doppelte Verweisung und wird daher zur Anwendung des europäischen Arbeitnehmerbegriffs führen. Damit ist etwa die pauschale Ausnahme von Personen im Sinne von § 2 Abs. 1 und 2 JArbSchG (§ 22 Abs. 2 MiLoG) sowie langzeitarbeitsloser Personen im Sinne von § 18 Abs. 1 MiLoG (§ 22 Abs. 4 MiLoG) unveränderbar.

Zum anderen verlangt Art. 5 Abs. 2 RL 2022/2041 vereinfacht formuliert, dass bei der Festlegung eines gesetzlichen Mindestlohns die Kaufkraft, das Lohnniveau, die Wachstumsrate der Löhne sowie das nationale Produktionsniveau berücksichtigt werden. § 9 Abs. 2 S. 2 MiLoG legt die Mindestlohnkommission hingegen darauf fest, sich bei der Bestimmung des Mindestlohns nachlaufend an der Tarifentwicklung zu orientieren. Das Gesetz nennt keines der unionsrechtlich verbindlich vorgeschriebenen Kriterien für die Bemessung des Mindestlohns. Dass dem europäischen Recht genüge getan ist, wenn im Ergebnis ein Mindestlohn in Höhe von 60 % des Bruttomedianlohns festgesetzt wird, lässt sich seriös nicht behaupten.¹⁸⁰ Dieser Referenzwert kann nach Art. 5 Abs. 4 RL 2022/2041 verwendet, muss aber nicht erreicht werden.

Das Mindestlohngesetz weicht nicht nur inhaltlich vom europäischen Recht ab und ist auch nicht nur punktuell intransparent. Es fehlt vielmehr an jeder Umsetzung der Mindestlohnrichtlinie. Offen bleibt, warum die Bundesrepublik Deutschland die Umsetzung der Richtlinie verweigert, der sie im Rat am 4. Oktober 2022 zugestimmt hat.¹⁸¹ Die anhängige Nichtigkeitsklage ist kein tauglicher Grund.¹⁸² Sie hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 278 S. 1 AEUV).

¹⁷⁹ EuGH, 14.12.2000 – C-110/99 – Slg. 2000, I-11569 (Emsland-Stärke), Rn. 56; EuGH, 21.2.2006 – C-255/02 – Slg. 2006, I-1609 (Halifax ua.), Rn. 93.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu aufgrund der jüngeren Entwicklungen Franzen, EuZA 2023, 361.

¹⁸¹ ST 13171 2022 INIT, S. 2.

¹⁸² EuGH – C-19/23 – ABL. C 104, 20.3.2023, S. 17 (Dänemark/Parlament und Rat).

XV. Fazit

Das deutsche Arbeitsrecht befindet sich alles in allem in einem beklagenswerten Zustand. Die Verstöße gegen das Unionsrecht reichen von lediglich zweifelhaften und umstrittenen Regelungen über vereinzelte Transparenzverstöße bis hin zu Regelungskomplexen, die von der europäischen Entwicklung gänzlich überholt worden sind. Einer Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts hält das deutsche Arbeitsrecht nicht stand. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts gibt es kein deutsches Arbeitsrechtsgesetz, das dem europäischen Recht vollständig gerecht wird.

Vor langer Zeit gab es ein »Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz«. ¹⁸³ Es brachte die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und das Recht des Betriebsübergangs auf den Stand des damaligen Gemeinschaftsrechts. Eine solche Gesetzgebung ist heute in größerem Maßstab notwendig, aber auch geboten, um das deutsche mit dem europäischen Arbeitsrecht in Einklang zu bringen. An unionsrechtswidrigen Gesetzen gibt es kein berechtigtes Interesse.

183 BGBl. 1980 I, S. 1308.

Algorithmisches Management in der Plattformarbeit – Richtlinienvorgaben und nationale Umsetzung*

PROF. DR. STEPHAN GRÄF, JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUSAMMENFASSUNG Die kürzlich in Kraft getretene Plattformarbeitsrichtlinie sieht zum Schutz von persönlich abhängigen und selbständigen Plattformtätigen ein Kapitel zum algorithmischen Management vor. Trotz des recht hohen Detailgrads stellen sich zahlreiche Auslegung- und Umsetzungsfragen. Diese sind auch von Bedeutung für eine mögliche zukünftige allgemeine, dh. brachenunabhängige Richtlinie zum algorithmischen Management.

ABSTRACT The Platform Work Directive, which has just come into force, includes a chapter on algorithmic management for the protection of personally dependent and self-employed platform workers. Despite the high level of detail, numerous questions of interpretation and implementation into national law are still unanswered. These questions are also important for a possible future general, i.e. sector-independent, Directive on algorithmic management.

I. Einleitung

1. Genese der Richtlinie

Das zähe Ringen um die Plattformarbeitsrichtlinie (im Folgenden: PA-RL) hat im Jahr 2024 ein Ende gefunden.¹ Auf den Richtlinienentwurf der Kommission vom 9. Dezember 2021² (im Folgenden: PA-RL-E) hin hatte das Europäische Parlament Ende 2022 eine Vielzahl von – in der Regel verschärfenden – Änderungen vorgeschlagen.³ Schon der ursprüngliche Kom-

missionsentwurf war allerdings in vielen Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen auf erhebliche Vorbehalte gestoßen. Während ihn einzelne Mitgliedstaaten für zu wenig ambitioniert hielten, ging er – erst recht mit den vom Parlament vorgeschlagenen Änderungen – anderen zu weit, so etwa den skandinavischen Mitgliedstaaten, die traditionell auf kollektivvertragliche Lösungen setzen. Im Rat drohte die Richtlinie daher mehrfach zu scheitern, bis im März 2024 schließlich doch noch ein Kompromiss gefunden werden konnte, der die erforderliche qualifizierte Mehrheit erreichte.⁴ Dies geschah ohne die Zustimmung der deutschen Bundesregierung, die bis zuletzt keine einheitliche Position finden konnte und sich daher durchgängig der Stimme enthielt.⁵ Das Parlament stimmte dem Kompromiss im April 2024 zu.

Diese Einigung erfolgte im sog. *Corrigendum-Verfahren*, eine Art Notverfahren, in dem vor Ablauf der Legislaturperio-

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor am 26.10.2023 im Rahmen des 21. Göttinger Forums zum Arbeitsrecht gehalten hat.

1 Näher zum Richtliniengebungsverfahren *Fischels/Sokoll*, NZA 2024, 721, 722; *Lippert/Pfeiffer*, ZD-Aktuell 2024, 01646; s. auch schon *Gräf*, ZFA 2023, 209, 212 ff.; ausf. zur Vorgeschichte *Ratti*, in: *Bramshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto* (Hrsg.), *Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy*, Wien/Baden-Baden 2023, S. 49 ff.

2 COM(2021) 762 final.

3 EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0301_DE.html (4.12.2024). Das Plenum des Parlaments hat dem EMPL-Ausschuss am 2.2.2023 das Mandat erteilt, auf Basis des Ausschussberichts Verhandlungen mit Kommission und Rat im informellen Trilog zu führen. Bei dem finalen EMPL-Bericht handelt es sich um eine abgeschwächte Version des in vielen Punkten noch weitergehenden »Gualmini-Berichtsentwurfs« v. 3.5.2022, PE731.497, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/EMPL-PR-731497_DE.pdf (4.12.2024). s. auch die Synopse der im Trilog vertretenen Positionen unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10758-2023-INIT/EN/pdf> (4.12.2024).

4 S. <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/> (4.12.2024).

5 Vgl. die Stellungnahme von *Rolf Schmachtenberg* (Staatssekretär im BMAS) in der Rats-Sitzung am 12.6.2023: »In einer Sache ist Verlass: auf die deutsche Enthaltung [...]. Wir werden uns weiterhin enthalten müssen.« (<https://video.consilium.europa.eu/event/de/26894> – 4.12.2024).

de des Europäischen Parlaments nur noch über die englische Sprachfassung abgestimmt wurde. Der Richtlinientext wurde – nach einer Überarbeitung in allen Amtssprachen – von den Organen im Oktober 2024 förmlich angenommen⁶ und im November 2024 im Amtsblatt veröffentlicht.⁷ Die Richtlinie ist am 1. Dezember 2024 in Kraft getreten (Art. 31 PA-RL) und ist von den Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren umzusetzen (Art. 29 Abs. 1 UAbs. 1 PA-RL).

2. Grundkonzeption der Richtlinie

Die Richtlinie hat im Ausgangspunkt eine doppelte Stoßrichtung: Mit Blick auf die Unternehmerinteressen soll sie »gleiche Wettbewerbsbedingungen für digitale Arbeitsplattformen und Offline-Dienstleistungsanbieter [...] schaffen und das nachhaltige Wachstum digitaler Arbeitsplattformen in der Union [...] unterstützen« (ErwG 14 S. 5, vgl. auch ErwG 14 S. 2⁸). Dabei handelt es sich freilich nicht um das primäre Anliegen des Richtliniengebers, was schon an der Verortung innerhalb der Richtlinie deutlich wird: Anders als im Kommissionsentwurf⁹ findet sich diese wachstumsfördernde Stoßrichtung in der finalen Fassung nicht mehr in der Zielbestimmung in Art. 1 Abs. 1 PA-RL, sondern nur noch in einem Erwägungsgrund wieder. Im Vordergrund steht klar der Schutz der Plattformtätigen. Das Schutzkonzept der Richtlinie besteht dabei im Wesentlichen aus zwei Säulen:

Zum einen soll die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus von Plattformtätigen gefördert,¹⁰ also Scheinselbstständigkeit bekämpft werden.¹¹ Damit befasst sich Kapitel II (Art. 4 bis 6 PA-RL), das als Herzstück eine widerlegliche gesetzliche Vermutung des Arbeitnehmerstatus enthält (Art. 5 PA-RL). Um diese war im Laufe des Richtliniengabungsverfahrens intensiv gerungen worden – sowohl hinsichtlich des »Ob« als auch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung, namentlich des Zuschnitts des Kriterienkatalogs.¹² Die Vermutung hat den Weg in die Richtlinie schließlich geschafft – der Katalog wurde allerdings vollständig gestrichen.

Die zweite Säule bildet die Regulierung des algorithmischen Managements in Kapitel III (Art. 7 bis 15 PA-RL). Mit diesem reagiert der Richtliniengeber auf spezifische Gefahren algorithmischer Arbeitsorganisation im Kontext der Plattformarbeit, für die das allgemeine Arbeits- und Datenschutzrecht keine (ausreichenden) Schutzinstrumente kennt. Diese Regelungen waren zwar im Entstehungsprozess weniger umstritten als die gesetzliche Vermutung, sind in ihrer Bedeutung

aber nicht zu unterschätzen: Mit Kapitel III der PA-RL wurde zum ersten Mal auf europäischer Ebene¹³ ein Regelungskomplex geschaffen, der speziell auf die digitale Organisation von Arbeit zugeschnitten ist¹⁴; er könnte als Vorlage für einen allgemeinen, branchenübergreifenden Rechtsakt zum algorithmischen Management dienen.¹⁵ Angesichts dieser Perspektive lohnt weiterhin ein kritischer Blick auf die verabschiedeten Regelungen. Diese werfen zudem zahlreiche Auslegungs- und Umsetzungsfragen auf, die in diesem Beitrag ebenfalls näher in den Blick genommen werden.

Die weiteren Kapitel der Richtlinie enthalten überwiegend flankierende Regelungen: Auf Kapitel IV (Art. 16 und 17 PA-RL), das die Sichtbarkeit der Plattformarbeit insbesondere gegenüber den nationalen Behörden erhöhen soll,¹⁶ folgen in Kapitel V (Art. 18 bis 24 PA-RL) Regelungen zur Rechtsdurchsetzung. Letzteres enthält überwiegend *Private-enforcement*-Instrumente, die man in gleicher oder ähnlicher Form bereits aus früheren (arbeitsrechtlichen) Richtlinien kennt,¹⁷ aber auch Neuerungen, die Spezifika der Plattformarbeit in den Blick nehmen.¹⁸ Aus dem Kreis der Schlussbestimmungen in Kapitel VI (Art. 25 bis 32 PA-RL) verdienen vor allem Art. 25, Art. 28 und Art. 29 Abs. 3 und 4 PA-RL Erwähnung, die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hinzugekommen sind und mit denen die Rolle der Sozialpartner in der Plattformökonomie weiter¹⁹ gestärkt werden soll. Soweit Regelungen aus diesen Kapiteln in einem unmittelbaren funktionalen Zusammenhang zum algorithmischen Management (Kapitel III) stehen, werden sie in diesem Beitrag mitberücksichtigt.

II. Grundlagen zum algorithmischen Management

1. Begriffliche Einordnung

Der Begriff des »algorithmischen Managements« stammt nicht aus der Rechtswissenschaft, sondern aus der Betriebswirtschaftslehre (Personalmanagement). Er beschreibt dort die »Gesamtheit von technologischen Instrumenten und Techniken zum Remote-Management von Arbeitskräften, die sich auf die Erfassung von Daten und die Überwachung von Arbeitnehmern stützen, um automatische oder halbautomatische Entscheidungen zu ermöglichen.«²⁰ Die PA-RL greift den Begriff

6 <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/10/14/platform-workers-council-adopts-new-rules-to-improve-their-working-conditions/> (4.12.2024).

7 Richtlinie (EU) 2024/2831 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, ABl. EU v. 11.11.2024, L 26, S. 1 ff.

8 Nicht anders bezeichnete Erwägungsgründe sind im Folgenden solche der PA-RL.

9 Vgl. Art. 1 Abs. 1 Halbs. 2 PA-RL-E: »[...] gleichzeitig sollen die Bedingungen für ein nachhaltiges Wachstum digitaler Arbeitsplattformen in der Union unterstützt werden«.

10 Vgl. die Zielbestimmung in Art. 1 Abs. 1 lit. a PA-RL.

11 So explizit ErwG 25 S. 1 (vgl. auch ErwG 30 S. 5).

12 Zur Kritik *Eichenhofer*, ZESAR 2022, 459, 463 ff.; *Gräf*, ZFA 2023, 209, 249 ff.; *Greiner/Baumann*, ZESAR 2023, 409, 415 f.; *Junker*, EuZA 2022, 141 f.; *Kocher*, SR 2022, 125, 126 f.; *Krause*, NZA 2022, 521, 527 ff.; *Lelley/Bruck*, RdA 2023, 257, 266 ff.; *Rolfs*, in: Verhandlungen des 74. DJT Stuttgart 2024, Bd. I, Gutachten, 2024, B 76 f.; *Schubert*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit, München 2023, S. 69, 83 ff.; *dies.*, NZA-Beilage 2022, 5, 11; *Söllner*, ZESAR 2022, 212, 217 f.; *Stöhr*, EuZA 2022, 413, 421 ff.; *Thüsing*, BB 5/2022, I; *Waas*, ZRP 2022, 105, 107; *Wank*, EuZA 2023, 22, 45; *ders.*, EuZW 2023, 747; *ders.*, NZA 2024, 1094, 1096; eher befürwortend etwa *Deinert*, JZ 2024, 740, 744 f.

13 Zu plattformsspezifischen Regelungen in den Mitgliedstaaten s. die Überblicke bei *Aloisi*, ELLJ 13 (2022), 4, 7 ff.; *De Stefano/Durri/Stylogiannis/Wouters*, Platform work an the employment relationship, ILO Working Paper 27, 2021, S. 18 ff.; speziell zu Spanien *Todolf-Signes*, ELLJ 12 (2021), 399; zu Frankreich *Schubert*, ZVgRWiss 118 (2019), 341, 350 f.

14 *Waas*, ZRP 2022, 105, 107 spricht von einer »Pionierat«; ebenso *Gruber-Risak/Warter*, DRdA 2024, 266, 272.

15 Dazu unten IV.3.

16 Vgl. auch die Zielbestimmung in Art. 1 Abs. 1 lit. c PA-RL.

17 S. Art. 18, 22 und 23 PA-RL.

18 S. Art. 19 bis 21 PA-RL.

19 Vgl. bereits die »Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen« (ABl. EU vom 30.9.2022 – C-374, S. 2 ff.); s. hierzu etwa *Bretzigheimer/Maturana*, NZKart 2022, 246 ff.; *Höpfner*, VSSAR 2023, 105, 120 ff.; *Kocher*, SR 2022, 125, 134 f.; *Schubert*, ZESAR 2022, 318. Mit diesen sollen Tarifverträge insb. für Solo-Selbstständige in der Plattformarbeit »EU-Kartellrechts-immun« gemacht und damit rechtliche Schranken der Tarifautonomie in der Plattformwirtschaft abgebaut werden. Dem tatsächlichen Problem, dass Plattformtätige für die Gewerkschaften »unsichtbar« sind, soll mit Art. 20 PA-RL begegnet werden, der ein digitales Zugangsrecht der Gewerkschaften vorsieht. Nimmt man all diese Regelungen zusammen, könnte man die Tarifautonomie auch als *dritte Säule* des unionsrechtlichen Schutzkonzepts zugunsten von Plattformtätigen ansehen.

20 Ins Deutsche übersetzt aus *Mateescu/Nguyen*, Explainer: Algorithmic Management in the Workplace, 2019, S. 2.

auf, allerdings nicht als Rechtsbegriff, sondern nur programmatisch in der Überschrift zu Kapitel III und in der allgemeinen Zielbestimmung in Art. 1. Als Rechtsbegriffe, an welche die eigentliche Regulierung anknüpft, werden vielmehr die Termini »automatisierte Beobachtungssysteme«²¹ und »automatisierte Entscheidungssysteme« eingeführt.²²

2. Chancen und Risiken

Um diese Begriffe und die Regelungsinhalte des Kapitels III (teleologisch) interpretieren zu können, muss man sich zuerst die Interessenlage vergegenwärtigen.

Die Vorteile, die mit dem Einsatz algorithmischen Managements verbunden sind, liegen auf der Hand: Durch das Sammeln, die Analyse und die Nutzung großer Datenmengen lassen sich in Echtzeit Arbeitsabläufe optimieren, etwa durch das sog. Task-Matching.²³ Die Automatisierung hat dabei aus unternehmerisch-betriebswirtschaftlicher Sicht den positiven Effekt, dass menschliche Entscheider (teilweise) verzichtbar werden.²⁴ Unter dem Strich steht ein erheblicher Effizienzgewinn²⁵, den sich nicht nur Betreiber von Arbeitsplattformen, sondern auch Unternehmen außerhalb der Plattformindustrie zunehmend zunutze machen.²⁶ In der Plattformökonomie ist algorithmisches Management aber besonders relevant, weil es hier eine Voraussetzung für das Geschäftsmodell bildet. Händisch ließe sich die Masse der Plattformtätigen (der »Crowd«) nicht mit der Masse der Angebotsnachfrager (den »Crowdsourcern«) zusammenführen und koordinieren – jedenfalls nicht ausreichend schnell und auf wirtschaftlich vertretbare Weise. Dieses Geschäftsmodell wird von der PA-RL nicht etwa in Frage gestellt, sondern – wie erwähnt – sogar ausdrücklich anerkannt.

Aus Sicht der Plattformtätigen steht dem aber eine Reihe unterschiedlicher Risiken gegenüber, die mit algorithmischem Management einhergehen. Diese werden schon seit einigen Jahren intensiv interdisziplinär erforscht;²⁷ an dieser Stelle kann nur eine stark vereinfachende Systematisierung versucht werden:

(1) Wird ein Plattformtätiger permanent überwacht, bewertet und sein Verhalten analysiert, werden also massenhaft Daten erhoben, handelt es sich um einen besonders intensiven Eingriff in sein *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* (Art. 7, 8 GRCh, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG).²⁸

(2) Zugleich zeigen Studien, dass permanente Überwachung das Stresslevel erhöht und dadurch Gefahren für die

psychische und körperliche Gesundheit mit sich bringt.²⁹ Zusätzliche Gesundheits- und Sicherheitsrisiken drohen dadurch, dass in die Plattform-Apps häufig spielerische Anzeielemente eingebaut werden (»Gamification«)³⁰, zB. Levelsysteme, wie sie aus der Crowdworker-Entscheidung des BAG³¹ bekannt sind. Diese können positiv-motivierend wirken. Sie können aber gerade dann, wenn mit ihnen »Nudging« verbunden ist,³² den Stress verstärken oder sogar zu handfesten Unfällen führen. Man denke an das Beispiel eines Riders, der sich mit hoher Geschwindigkeit durch den Großstadtverkehr schlängelt, um seinen Auftrag möglichst schnell zu erledigen und ein höheres Nutzerlevel zu erreichen.³³

(3) Plattformtätige haben in der Regel keinen Einblick in die Funktionsweise der Algorithmen, denen sie unterliegen. Sie können nur ahnen, wie in der »Black box«³⁴ ihre Leistungsdaten zustande kommen oder welchen Einfluss diese auf die Auswahl der ihnen unterbreiteten Auftragsangebote oder deren Entlohnung haben.³⁵ Durch diese einseitige Verteilung der »Kontrolle über die Daten« wird die *Informationsasymmetrie*, die für Arbeitsverhältnisse ohnehin schon typisch ist, nochmals erheblich verstärkt.³⁶ Dies hat auch mittelbare Auswirkungen auf die Effektivität des allgemeinen Arbeitsrechts – jedenfalls dann, wenn man mit dem im Vordringen begriffenen Ansatz davon ausgeht, dass es für die Arbeitnehmereigenschaft keiner klassischen Weisungsabhängigkeit bedarf, sondern die faktische Kontrolle durch eine algorithmische Verhaltenssteuerung genügt³⁷: Gerade diese faktische Kontrolle wird durch die Intransparenz der Algorithmen verschleiert, sodass es den Plattformtätigen erschwert wird, ihre *Arbeitnehmereigenschaft zu erkennen* und Arbeitnehmerrechte geltend zu machen.³⁸

(4) Hinzu kommt die schon vielfach beschriebene Anfälligkeit von Algorithmen für Diskriminierung ua. wegen des Geschlechts oder des Alters. Algorithmen neigen dazu, Scheinrelationen herzustellen, anstatt nach Kausalitäten zu fragen.³⁹ Diesen Effekt kennt man vor allem aus dem Bereich der algorithmengestützten Bewerberauswahl (»E-Recruiting«)⁴⁰; er kann im Plattformkontext aber auch bei der Entscheidung eine

21 Im Zuge des Corrigendum-Verfahrens (s. oben I.1.) wurde der Begriff »Überwachungssysteme«, der in der deutschen Fassung des Kommissionsentwurfs und den weiteren Materialien als Übersetzung für »monitoring systems« verwendet worden war, durch den passenderen Begriff »Beobachtungssysteme« ersetzt.

22 Zu den Begriffsfunktionen, den Legaldefinitionen und den offenen Auslegungsfragen unten V.

23 Vgl. etwa die Auftragszuordnung bei Lieferplattformen, die sich ua. nach der aktuellen Verfügbarkeit und dem aktuellen Standort der Fahrer richtet. Bei höherqualifizierten Tätigkeiten kann die Analyse der fachlichen Eignung eine Rolle spielen.

24 Vgl. ErWG 8 S. 1; s. zur Kostenersparnis *Sabanova/Badoi*, Online Platforms & Plattform Work – The Complex European landscape, 2022, S. 11.

25 Vgl. ErWG 8 S. 2.

26 Dazu unten noch IV.3.

27 S. die umfangreichen Nachw. bei *Krause*, NZA 2022, 521, 522 (unter Fn. 9); vgl. zusammenf. auch ErWG 4 S. 4.

28 Vgl. ErWG 4 S. 4 (»Recht auf Privatsphäre«) und ErWG 47 S. 1 (»Eingriff in die Privatsphäre«); näher *Adams-Prassi/Abraham/Kelly-Lyth/Silberman/Rakshita*, ELLJ 14(2), 2023, 124, 127 f.

29 S. ErWG 4 S. 4, 44 S. 1, 47 S. 2 und insb. 50 S. 2 bis 4; s. auch *Backhaus*, in: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.), Review zur Wirkung elektronischer Überwachung am Arbeitsplatz und Gestaltung kostenintensiver Assistenzsysteme, Dortmund 2018, S. 23 ff. mwN.; s. auch *Cefaliello/Moore/Donoghue*, ELLJ Vol. 14(2), 2023, 192 ff.; *Hampel/E.-L. Krause*, Plattformarbeit: Neue Arbeit, alte Regeln?, Berlin 2023, S. 45. S. auch zu Gesundheits- und Sicherheitsrisiken speziell bei ortsgebundener Plattformarbeit, die durch Gewalt und Belästigung drohen können, ErWG 51.

30 Hierzu – auch unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenzverschärfung zwischen den Plattformtätigen und der dadurch erschwerten kollektiven Interessenwahrnehmung – *Loschert/Hampel/Ebehöh*, Neue Formen, Akteure und Koalitionen der Interessenvertretung in der Plattformarbeit, Berlin 2024, S. 13 f. mwN.

31 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132 (insb. Rn. 50 f.).

32 S. hierzu *Möhlmann*, Harvard Business Review, 22.4.2021 (<https://hbr.org/2021/04/algorithmic-nudges-dont-have-to-be-unethical> – 4.12.2024).

33 *Daum*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit, München 2023, S. 91, 100.

34 Vgl. Folgenabschätzung der Kommission, 10.12.2021, SWD(2021) 396 final/2, S. 179.

35 Vgl. ErWG 4 S. 4 und ErWG 8 S. 3 und 5.

36 Näher *Daum* (Fn. 33), S. 96 f.; *Sabanova/Badoi*, Online Platforms & Plattform Work – The Complex European landscape, 2022, S. 13 mwN.

37 Vgl. nur BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132 (insb. Rn. 35 f.); vgl. zur Bedeutung von Anreizsystemen in der Rspr. anderer Mitgliedstaaten *Hiefl*, Comp. Labor Law & Policy J. 42 (2021), 465, 488 f., 500 ff. Dazu, dass auch die PA-RL einen entsprechenden Ansatz verfolgt, unten noch V.1.

38 Vgl. Folgenabschätzung der Kommission, 10.12.2021, SWD(2021) 396 final/2, S. 171.

39 *Daum* (Fn. 33), S. 99; *Freyler*, NZA 2020, 284, 286; *Preis/Vogt*, VSSAR 2024, 310 f. mwN.

40 Statt vieler *Freyler*, NZA 2020, 284, 285 f.; *Hartmann*, EuZA 2019, 421 ff.; *Sesing/Tschech*, MMR 2022, 24 ff.; ausf. *Herpich*, Die Verwendung von Algorithmen im Einstellungsverfahren, Baden-Baden 2025 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 2024) – erscheint in Kürze, S. 473 ff. mwN.

Rolle spielen, welchen Plattfortmätigen vorrangig Aufträge angeboten oder wie diese vergütet werden. Hinzu kommt, dass in die automatisierte Leistungsbewertung der Plattfortmätigen typischerweise Kundenbewertungen einfließen, die nicht selten auf diskriminierenden Vorurteilen beruhen – etwa hinsichtlich der ethnischen Herkunft.⁴¹ Verstärkt wird das Problem dadurch, dass automatisierte Systeme den Nutzern Objektivität vorgaukeln und zu einem übersteigerten Vertrauen führen (sog. *algorithmic bias*).⁴² Algorithmen gestützte Entscheidungen werden daher häufig nicht in Frage gestellt – weder von den menschlichen Letztentscheidern auf Seiten der Plattform, noch von den betroffenen Plattfortmätigen, die dann objektiv benachteiligende Entscheidungen auch seltener anfechten.⁴³

All diese Risiken werden in den Regelungen des Kapitels III, den Erwägungsgründen und den Materialien der PA-RL mehr oder minder deutlich angesprochen. Grob zusammengefasst kommen sie in Art. 1 Abs. 1 lit. b PA-RL zum Ausdruck. Danach sollen »die Transparenz, Fairness, Aufsicht durch Menschen, Sicherheit und Rechenschaft beim algorithmischen Management bei Plattfortarbeit gefördert werden«.

III. Verhältnis zur DSGVO und zur KI-VO

1. Abgestufter Schutz

Die in der PA-RL geregelten Materien berühren mehrere andere europäische Rechtsakte⁴⁴, insbesondere die DSGVO und die KI-VO. Dies führt zu einem dreistufigen Schutzsystem: Werden iSd. Art. 2 Abs. 1 DSGVO personenbezogene Daten verarbeitet, gelten jedenfalls die Vorgaben der DSGVO bzw. des § 26 BDSG (soweit unionsrechtskonform⁴⁵). Werden diese von einer digitalen Arbeitsplattform unter Einsatz automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme verarbeitet⁴⁶, gilt zusätzlich die PA-RL bzw. das nationale Umsetzungsrecht. Handelt es sich darüber hinaus um ein »KI-System« iSd. KI-VO, greifen zudem die dortigen Vorgaben.

2. PA-RL als *lex specialis* zur DSGVO

Nicht eindeutig ist das Verhältnis zwischen DSGVO und PA-RL. Die Erwägungsgründe der PA-RL gehen davon aus, dass es sich bei der PA-RL, soweit sich ihr Anwendungsbereich mit dem der DSGVO überschneidet, um »spezifische Vorschriften« iSd. Art. 88 DSGVO handelt.⁴⁷ Gegen diesen Ansatz spricht bereits der Umstand, dass die meisten Regelungen in Kapitel III der PA-RL nicht nur auf Arbeitnehmer, sondern auch auf selbstständige Plattfortmätige Anwendung finden⁴⁸; demgegenüber erlaubt die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO spezifischere

Vorschriften nur für Arbeitnehmer (im unionsrechtlichen Sinne).⁴⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die DSGVO und die PA-RL als sekundäres EU-Recht normhierarchisch auf einer Stufe stehen;⁵⁰ ein Vorrangverhältnis von Verordnungen gegenüber Richtlinien nach dem Rangprinzip gibt es nicht. Daher sind die Rechtmäßigkeit der PA-RL und deren Auslegung auch nicht an den Vorgaben der DSGVO (nach Maßgabe der Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO) zu messen.⁵¹

Vielmehr handelt es sich bei den Regelungen der PA-RL um *leges speciales*⁵² im Verhältnis zur DSGVO – und damit auch im Verhältnis zu Art. 88 DSGVO.⁵³ Allerdings ist für jeden einzelnen Regelungskomplex der PA-RL zu prüfen, ob bzw. inwieweit er gegenüber der DSGVO abschließende Regelungen trifft; nur insoweit wird die DSGVO nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz verdrängt. Problematisch ist dies etwa im Rahmen des Art. 7 PA-RL hinsichtlich der Einwilligungsoption⁵⁴, im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Transparenzpflichten in Art. 9 PA-RL und in Art. 12 bis 15 DSGVO⁵⁵, im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Art. 11 Abs. 1, 2 PA-RL und Art. 22 DSGVO⁵⁶ sowie im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Rechten auf Datenportabilität aus Art. 9 Abs. 6 PA-RL und aus Art. 22 DSGVO⁵⁷.

In diesen Grenzen gilt der *Lex-specialis*-Vorrang nicht nur zugunsten der PA-RL, sondern konsequenterweise auch zugunsten des zukünftigen nationalen Umsetzungsrechts; dieses wird daher nur an den Vorgaben der PA-RL und nicht zusätzlich an denen des Art. 88 DSGVO zu messen sein. Dies würde auch dann gelten, wenn der deutsche Gesetzgeber im Anwendungsbereich der PA-RL über die Mindestvorgaben der Richtlinie inhaltlich hinausgehen sollte (»vertikal überschneidende Umsetzung«⁵⁸, »qualitative Richtlinienverstärkung«⁵⁹), was die Günstigkeitsklausel in Art. 26 Abs. 2 PA-RL explizit zulässt.⁶⁰ Auf die umstrittene Frage, inwieweit Art. 88 DSGVO eine mitgliedstaatliche Abweichung »nach oben« zulässt,⁶¹ käme es daher nicht an. Der Schutz digitaler Plattformen vor einer zu starken Verschärfung des Datenschutzes ist anderweitig gewährleistet, nämlich durch die Unionsgrundrechte (Art. 16 GRCh)⁶² und durch die PA-RL selbst; denn Art. 26 Abs. 2 PA-RL lässt günstigere nationale Vorschriften nur »im Einklang mit den Zielen dieser Richtlinie« zu. Und dazu gehört – wie erwähnt – auch die Förderung des nachhaltigen Wachstums von Arbeitsplattformen in der Union. Innerhalb dieses Rahmens

41 S. nur Wenckebach, SR 2020, 165, 170 mwN.

42 Deziert angesprochen in Art. 14 Abs. 4 lit. b KI-VO.

43 Daum (Fn. 33), S. 98.

44 S. dazu ErWG 10 ff. S. auch die spezielle Kollisionsregel in Art. 11 Abs. 5 PA-RL mit Blick auf die P2B-VO und hierzu ErWG 49 S. 7, 54 S. 5 und 6; s. zum Anwendungsbereich der P2B-VO im Bereich der Plattfortarbeit Schneider-Dörr, AuR 2020, 358; dies., DRdA 2022, 145, 149 f.

45 S. zur vermutlichen Unionsrechtswidrigkeit jedenfalls des § 26 Abs. 1 BDSG infolge der Entscheidung des EuGH vom 30.3.2023 (C-34/21, AP Nr. 2 zu Art. 88 DSGVO) nur Meinecke, NZA 2023, 492 f.; Wünschelbaum, NZA 2023, 542, 543 f.

46 Beide Begriffe (»automatisiertes Beobachtungssystem« und »automatisiertes Entscheidungssystem«) setzen die Verarbeitung personenbezogener Daten voraus; dazu und zu den weiteren Begriffsmerkmalen unten noch V.2.

47 S. ErWG 38, 43 S. 3, 64; in ErWG 38 S. 2 wird Art. 88 DSGVO sogar ausdrücklich erwähnt; s. auch schon die Entwurfsbegründung der Kommission, COM(2021) 762 final, S. 9; ebenso Brameshuber/Höllwarth, ASoK 2024, 170, 178; Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867; Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 274 f.

48 Dazu unten IV.2.a).

49 Statt vieler Maschmann in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Aufl., München 2024, Art. 88 DS-GVO Rn. 12 ff. Nach hM. fallen auch arbeitnehmerähnliche Personen nicht unter die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO, s. nur Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, Baden-Baden 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 19 mwN.

50 Allg. zur Gleichrangigkeit von Verordnungen und Richtlinien Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 6. Aufl., München 2022, Art. 288 AEUV Rn. 14.

51 So aber Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867; Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 274 f.

52 Zur Anwendbarkeit des *Lex-specialis*-Grundsatzes im Verhältnis unterschiedlicher Arten von Sekundärrechtsakten Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 50), Art. 288 AEUV Rn. 14.

53 Zutr. Daum (Fn. 33), S. 104 f.; s. auch schon Gräf, ZFA 2023, 209, 224, 230 ff.

54 Dazu unten VI.1.b).

55 Dazu unten VI.2.b)(4).

56 Dazu unten VI.4 und VI.5.a)(2) und (3).

57 Dazu unten VI.6.

58 Latzel/Reichert, JZ 2023, 648, 652.

59 Höpfer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024 (im Folgenden: EuArbRK), Art. 288 AEUV Rn. 70.

60 S. auch ErWG 14 S. 2: »Mindestrechte«; s. außerdem die Art. 28 S. 1 PA-RL geregelte Befugnis, in Bezug auf Art. 9 bis 11 PA-RL »spezifischere Vorschriften« vorzusehen.

61 Dazu unten noch IV.3.

62 Auf Art. 16 GRCh weist ErWG 2 S. 5 hin.

hätte sich der nationale Gesetzgeber im Falle einer »vertikal überschießenden Richtlinienumsetzung« zu bewegen.⁶³

3. Parallele Anwendung von PA-RL und KI-VO

Was das Verhältnis zwischen KI-VO und PA-RL betrifft, ist zunächst zu betonen, dass nicht jedes automatisierte Beobachtungs- und Entscheidungssystem iSd. PA-RL zugleich ein KI-System iSd. Art. 3 Nr. 1 KI-VO⁶⁴ darstellt.⁶⁵ Ist dies im konkreten Fall gegeben, so ist weiter zu prüfen, ob auch die Voraussetzungen einer »Hochrisiko-KI« iSd. Art. 6 KI-VO vorliegen. Dazu muss es sich um ein System iSd. Art. 6 Abs. 2 iVm. Anhang III KI-VO handeln,⁶⁶ das nicht unter die Ausnahme des Art. 6 Abs. 3 KI-VO (»kein erhebliches Risiko der Beeinträchtigung in Bezug auf die Gesundheit, Sicherheit oder Grundrechte natürlicher Personen«) fällt. Ist auch dies zu bejahen, gelten – je nachdem, ob der Plattformbetreiber Anbieter oder Betreiber des jeweiligen Systems ist – die Pflichten nach Art. 16 ff. oder nach Art. 26 f. KI-VO.⁶⁷ Diese stehen grundsätzlich neben denen der DSGVO (Art. 2 Abs. 7 S. 2 KI-VO) und neben denen der PA-RL (ErwG 9 S. 6 KI-VO)⁶⁸; allerdings können sich zwischen den Pflichtenprogrammen Überschneidungen ergeben.⁶⁹

IV. Anwendungsbereich (insbesondere des Kapitels III der PA-RL)

Welche praktische Bedeutung der Regulierung des algorithmischen Managements in Kapitel III der PA-RL zukommen wird, hängt zunächst vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie ab.⁷⁰

1. Sachlicher Anwendungsbereich: »digitale Arbeitsplattform«

Die Richtlinie gilt nach Art. 1 Abs. 3 für »digitale Arbeitsplattformen«. Dabei handelt es sich um den Schlüsselbegriff für den sachlichen Anwendungsbereich; er wird in Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 PA-RL legaldefiniert.

a) Erfordernis mindestens einer Dreiecksbeziehung

Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen mindestens⁷¹ einer Dreiecksbeziehung, die erstens aus dem Plattformbetreiber (als dem »Erbringer« der ua. in Art. 2 Abs. 1 lit. a Einls. PA-RL erwähnten »Dienstleistung«), zweitens aus dem Kunden⁷² (»Empfänger der Dienstleistung« iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL) und drittens aus dem Plattformtätigen (»Einzelperson«,

die »Arbeit« leistet, Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL) besteht.⁷³

Daraus wurde auf Basis des Kommissionsentwurfs gefolgert, dass das sog. interne Crowdfunding nicht erfasst ist.⁷⁴ Dafür spricht, dass Art. 2 Abs. 1 lit. a Einls. PA-RL auf den Rechtsträger der Plattform abstellt (»natürliche oder juristische Person«). Wenn sodann Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL voraussetzt, dass dieser Plattformbetreiber die Dienstleistung »auf Verlangen eines Empfängers« erbringt, legt dies nahe, dass es sich dabei um einen anderen Rechtsträger handeln muss.⁷⁵ Erhebliche Zweifel daran weckt aber der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hinzugekommene ErwG 19 S. 5; dieser sieht die Möglichkeit vor, dass »digitale Arbeitsplattformen eine Dienstleistung erbringen, deren Empfänger die digitale Arbeitsplattform selbst« ist; damit ist gerade das interne Crowdfunding angesprochen, bei dem es an einer Personenverschiedenheit zwischen Plattformbetreiber und Dienstleistungsempfänger fehlt. Ganz eindeutig ist allerdings auch die Aussagekraft des ErwG 19 S. 5 der PA-RL nicht; denn man könnte die zitierte Passage auch so lesen, dass es sich hier nur um eine phänomenologische Beschreibung der Plattformrealität ohne normativen Anspruch handelt. Dagegen spricht aber, dass sich ErwG 19 nicht etwa in einem vor die Klammer gezogenen allgemeinen Teil, sondern in der Abfolge der Erwägungsgründe genau dort befindet, wo es um die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a PA-RL geht. Zudem wird ErwG 19 unter ausdrücklicher Erwähnung des zu definierenden Rechtsbegriffs eingeleitet (»Digitale Arbeitsplattformen unterscheiden sich von anderen Online-Plattformen dadurch, [...]«); auch im fraglichen ErwG 19 S. 5 selbst wird der Begriff der »digitalen Arbeitsplattform« verwendet. Vieles spricht daher dafür, dass die Aufnahme des internen Crowdfunding in ErwG 19 S. 5 Ausdruck einer im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens getroffenen bewussten Entscheidung des Richtliniengebers ist. Diese ließe sich im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL im Wege der subjektiv-historischen Auslegung auch umsetzen; dass der »Empfänger« der Dienstleistung ein gesonderter Rechtsträger sein muss und nicht auch ein abgrenzbarer Empfänger innerhalb desselben Rechtsträgers sein kann, erscheint bei unvoreingenommener Gesetzeslektüre nicht zwingend. Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL wäre bei einer solchen Lesart auch nicht etwa seiner anwendungsbereichsbergrenzenden Wirkung beraubt; dies schon deshalb nicht, weil durch das Merkmal »auf Verlangen eines Empfängers«⁷⁶ Fälle der Leistungserbringung »auf Vorrat« ausgeklammert werden. Unzweifelhaft von der Richtlinie erfasst sind wohlgemerkt Plattformen unter Beteiligung zweier unterschiedlicher Konzernunternehmen.⁷⁷

b) Erfassung des Leistungsketten- und des Agenturmodells

Für das Verständnis der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 lit. a PA-RL ist eine weitere Differenzierung wichtig: Die vom Plattformbetreiber gegenüber dem Kunden zu erbringende »Dienstleistung« muss in der *Organisation* der Arbeit (vgl. Art. 2 Abs. 1

63 Zu einer möglichen »horizontal überschießenden Umsetzung«, also einer Erweiterung des Anwendungsbereichs, unten noch IV.3.

64 S. zur Definition etwa Becker/Feuerstack, KIR 2024, 62, 63; ausf. Wendehorst/Nessler/Aufreiter/Aichinger, MMR 2024, 605.

65 Wendehorst, in: Martiny/Wedehorst (Hrsg.), KI-VO, München 2024, Art. 5 Rn. 104.

66 Hier dürfte häufig Anhang III Nr. 4 (Beschäftigung, Personalmanagement und Zugang zu Selbständigkeit) einschlägig sein (vgl. Preis/Vogt, VSSAR 2024, 289, 292), wobei aber nach dem Status des Plattformtätigen (Arbeitnehmer oder Selbständiger) zu unterscheiden ist.

67 Vgl. hierzu Frank/Heine, NZA 2024, 433, 436 ff.; Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 238 f.

68 S. allerdings zur Subsidiaritätsklausel in Art. 86 Abs. 3 KI-VO unten VI.5.a.(2).

69 S. dazu noch Fn. 250.

70 Ausgeklammert werden soll hier der – weit gefasste – internationale Anwendungsbereich; s. dazu Gräf, ZFA 2023, 209, 227 f.; Schubert, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 12), S. 77.

71 Zur Situation bei zusätzlicher Einschaltung eines »Vermittlers« unten f).

72 Der Begriff »Kunde« wird in ErwG 5 S. 1 und 3 und 19 S. 6 verwendet.

73 Schubert, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 12), S. 74; dies., NZA-Beilage 2022, 5, 10 f.; iE. auch Fischels/Sokoll, NZA 2024, 721, 724; uneindeutig Lembke, NZA 2024, 153, 164: »in der Regel«.

74 So etwa Krause, NZA 2022, 521, 524; Gräf, ZFA 2023, 209, 218; ebenso auf Basis des finalen RL-Texts Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867.

75 In diese Richtung Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867.

76 Hervorh. durch Verf.

77 Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867; Krause, NZA 2022, 521, 524; s. insofern auch ErwG 19 S. 5 (»eigenständiges Unternehmen innerhalb derselben Unternehmensgruppe«).

lit. a iii) PA-RL), zB. im Task-Matching, bestehen. Sie ist streng von der vom Plattformtätigen erbrachten »Arbeit« selbst, also der *Ausführung* des Tasks (zB. einer Essenslieferung), zu unterscheiden; Letztere ist gesondert in Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) und lit. b PA-RL angesprochen.

Aus dieser Unterscheidung folgt zunächst, dass der Plattformbetreiber dem Kunden nicht die Erbringung der eigentlichen »Arbeit« (zB. der Essenslieferung) schulden muss. Für die Anwendbarkeit der Richtlinie kann es vielmehr genügen, wenn der Plattformbetreiber nur als eine Art Makler tätig wird und lediglich einen Vertragsschluss zwischen dem Kunden und dem Plattformtätigen vermittelt; es reicht aus, wenn die »Arbeit« nur in der Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Plattformtätigen geschuldet wird. Von der PA-RL ist damit nicht nur das sog. Leistungskettenmodell (»indirektes Crowdfunding«), sondern auch das sog. Agenturmodell (»direktes Crowdfunding«) erfasst.⁷⁸ Diese Konsequenz wird durch Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL bestätigt: Dort wird klargestellt, dass es der Anwendbarkeit des RL-E nicht entgegensteht, wenn auf Vermittlung des Plattformbetreibers ein Vertragsverhältnis unmittelbar zwischen dem Plattformtätigen und dem Kunden zustande kommt.⁷⁹

Auch im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen der vom Plattformbetreiber zu erbringenden »Dienstleistung« und der vom Plattformtätigen zu leistenden »Arbeit« von Bedeutung. Denn die weiteren Eingrenzungen in der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 PA-RL knüpfen entweder an das eine oder das andere Kriterium an (dazu im Folgenden c und d).

c) Voraussetzungen hinsichtlich der vom Plattformbetreiber zu erbringenden »Dienstleistung«

(1) »Organisation« als »notwendiger und wesentlicher Bestandteil« der Dienstleistung

Was zunächst die »Dienstleistung« des Plattformbetreibers betrifft, so kommt dem Merkmal der »Organisation« in Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL eine zentrale Eingrenzungsfunktion zu: Die Dienstleistung muss die »Organisation« der vom Plattformtätigen geleisteten Arbeit »als notwendigen und wesentlichen Bestandteil« erfassen.⁸⁰ Welches Maß an Organisation erforderlich ist, wird wohl zu den praktisch wichtigsten und zugleich schwierigsten Fragen bei der Richtlinieninterpretation gehören. Eine präzise Umsetzung dürfte angesichts der Vielgestaltigkeit der in der Praxis vorkommenden Geschäftsmodelle kaum möglich sein; die Abgrenzung ist stark einzelfallbezogen und nach der typologischen Methode im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu bestimmen.

Einen Anhaltspunkt gibt immerhin ErwG 20 S. 1 und 3 der PA-RL. Danach ist »mindestens«, also als notwendige Bedingung, zu verlangen, »dass die digitale Arbeitsplattform eine wichtige Rolle bei der Zusammenführung der Nachfrage nach der Dienstleistung und des Arbeitsangebots der Einzelperson übernimmt [...]«. Nicht erfasst sein sollen demgegenüber

78 So auch *Schubert*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 12), S. 74 f.; *dies.*, NZA-Beilage 2022, 5, 11; wohl auch *Benkert*, NJW-Spezial 2024, 434, 435. Im Ausgangspunkt anders *Krause*, NZA 2022, 521, 524 f.; demgegenüber *Gräf*, ZFA 2023, 209, 218 f.; krit. *Fischels/Sokoll*, NZA 2024, 721, 726 f.

79 S. Art. 2 Abs. 1 lit. b aE. PA-RL: »unabhängig davon, ob ein Vertragsverhältnis zwischen der Einzelperson [...] und dem Empfänger der Dienstleistung besteht.«

80 S. auch ErwG 20 S. 5: »notwendige und wesentliche Komponente [...] und nicht nur untergeordneter und rein nebensächlicher Natur.«

Plattformen, die »lediglich die Mittel bereitstellen, mit denen Dienstleistungsanbieter den Endnutzer erreichen können, indem sie beispielsweise Angebot oder Nachfrage nach Dienstleistungen auflisten oder verfügbare Dienstleistungsanbieter in einem bestimmten Bereich aggregieren und anzeigen [...]«. Reine Online-Branchenverzeichnisse sind danach vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Zu fordern ist vielmehr ein Mindestmaß an »Sortieren und Selektieren«.⁸¹

Aus dem Gesagten folgt, dass es einer Einflussnahme auf die vom Plattformtätigen geleistete Arbeit selbst nicht zwingend bedarf. Aus der Richtliniensystematik ergibt sich ohnehin, dass eine »Steuerung« oder »Kontrolle« der Arbeitsleistung, wie sie die gesetzliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses auf der Ebene der Vermutungsbasis verlangt (Art. 5 Abs. 1 S. 1 PA-RL), für den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht erforderlich ist; denn die Richtlinie gilt auch für Selbständige.⁸²

Sehr weitgehend erscheint ErwG 20 S. 2 der PA-RL, wonach auch die bloße Zahlungsabwicklung zur »Organisation« gehören kann.⁸³ Dies darf man allerdings nicht so verstehen, dass die Zahlungsabwicklung für eine Organisation iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL bereits hinreichend ist⁸⁴; sie spielt lediglich als eines der maßgeblichen Unterkriterien im Rahmen der Gesamtbetrachtung eine – wenn auch gewichtige – Rolle.

(2) Bereitstellung zumindest teilweise auf elektronischem Wege

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a i) PA-RL muss die so eingegrenzte Organisationsdienstleistung »zumindest teilweise auf elektronischem Wege [...] aus der Ferne bereitgestellt« werden, »z.B. über eine Website oder eine mobile Anwendung«. Für das »Bereitstellen« genügt nicht das bloße elektronische *Anbieten*; erforderlich ist vielmehr, dass der Plattformbetreiber seine Dienstleistung auch (zumindest teilweise) auf elektronischem Wege *erbringt*⁸⁵, also auf diese Weise seine Organisationsleistung erledigt. Deswegen sind zB. gewöhnliche Handwerksunternehmen nicht erfasst, selbst wenn diese ihre Leistungen über eine Website anbieten. Auch das bloße Verschicken einzelner Arbeitsanweisungen per E-Mail oder WhatsApp-Nachricht an die Mitarbeiter des Handwerksbetriebs stellt noch keine ausreichende Organisationsleistung auf elektronischem Wege dar.⁸⁶ Erst recht nicht erfasst sind rein »analoge Plattformen«⁸⁷ wie zB. Messen.

(3) Unter Einsatz »automatisierter Beobachtungs- oder Entscheidungssysteme«

In diesem Zusammenhang steht das Kriterium in Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) PA-RL, das erst im Laufe des Richtliniengabungsverfahrens hinzugekommen ist. Danach muss die vom Plattformbetreiber erbrachte Dienstleistung »mit dem Einsatz automatisierter

81 *Krause*, NZA 2022, 521, 526.

82 *Schubert*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 70), S. 74. Zum persönlichen Anwendungsbereich unten noch z.B.); ebenso *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 866.

83 Krit. hierzu *Krause*, NZA 2022, 521, 525.

84 So in der Tendenz auch *Fischels/Sokoll*, NZA 2024, 721, 724.

85 Dies wird in anderen Sprachfassungen noch deutlicher, s. etwa in der englischen (»providing«, »is provided«).

86 Anders der – nicht in die PA-RL übernommene – Änderungsvorschlag des »Gualmini-Berichtsentwurfs« (Fn. 3, Änderung 65). Danach sollte es für das Vorliegen einer »digitalen Arbeitsplattform« bereits genügen, wenn ein Unternehmen Computerprogramme oder -verfahren für die Vermittlung, Überwachung oder Organisation von Arbeit nutzt. S. dazu bereits *Gräf*, ZA 2023, 209, 217 f.

87 Vgl. hierzu *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 305 f.

Beobachtungssysteme oder automatisierter Entscheidungssysteme einhergehen«.⁸⁸ Diesen Begriffen kommt innerhalb der PA-RL eine mehrfache Funktion zu; sie werden deshalb noch gesondert betrachtet.⁸⁹

(4) Nicht nur »kommerzielle« Dienstleistungen

Als weitere Eingrenzung hatte der Kommissionsentwurf noch vorgesehen, dass die vom Plattformbetreiber erbrachte Dienstleistung »kommerzieller« Art sein muss.⁹⁰ Dieses Merkmal ist in der finalen Richtlinienfassung entfallen. Damit kommen auch Plattformen in Betracht, die von der öffentlichen Hand oder von gemeinnützigen Vereinen betrieben werden.⁹¹

d) Voraussetzungen hinsichtlich der vom Plattformtätigen zu erbringenden »Arbeit«

(1) »Entgeltliche« Arbeit

Was weiterhin die vom Plattformtätigen geleistete »Arbeit« betrifft, verlangt Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL, dass es sich um »entgeltlich geleistete« Arbeit handeln muss.⁹² In diesem Zusammenhang ist ErWG 20 S. 4 zu sehen; dort wird klargestellt, dass Plattformen, die Freiwilligentätigkeit organisieren, nicht unter die Richtlinie fallen.

(2) Ortsgebundene und nicht-ortsgebundene Arbeit

Keinen Unterschied macht die Richtlinie hingegen zwischen ortsgebundener und nicht-ortsgebundener Arbeit. Beides ist erfasst, wie Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL klarstellt.⁹³ Damit bezieht die Richtlinie nicht nur das eigentliche Crowdfunding iSv. zu Hause am Computer geleisteter Arbeit⁹⁴, sondern auch sog. Gig-Work⁹⁵ mit ein.

(3) Ausschluss von Verkaufs- und Vermietungsplattformen

Ebenfalls als Konkretisierung des Begriffs der vom Plattformtätigen geleisteten »Arbeit« iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) und lit. b PA-RL ist der Ausnahmetatbestand in Art. 2 Abs. 2 PA-RL einzuordnen.⁹⁶ Vom Anwendungsbereich der PA-RL ausgeschlossen sind danach zum einen Vermietungsplattformen (zB. *Airbnb*) – diese fallen nach ErWG 20 S. 4 PA-RL unter die Tatbestandsalternativen »Nutzung und Angebot von Gütern« –, zum anderen Anbieter, »über die Einzelpersonen privat Waren weiterverkaufen können« (zB. *Kleinanzeigen*). Dass das »Verkaufen« nicht als »Arbeit« anzusehen ist, hätte nicht zwingend einer gesonderten Regelung bedurft. Deshalb fällt der in Absatz 2 nicht ausdrücklich geregelte Fall von Plattformen, über

die Einzelpersonen *gewerblich* Waren verkaufen (zB. *eBay-Powerseller*), ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

In den Grenzbereichen kommt es auf eine Schwerpunkt-betrachtung an. Dies wird in Art. 2 Abs. 2 PA-RL zwar nur für die erste Tatbestandsalternative explizit festgeschrieben (»Hauptzweck«), folgt aber allgemein schon aus Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL (»umfasst als [...] *wesentlichen* Bestandteil die Organisation der [...] Arbeit«⁹⁷). Um einen (scheinbaren) Grenzfall handelt es sich bei Verkaufsplattformen wie *Amazon*, bei denen der Verkauf mit logistischem Aufwand einhergeht: Hier könnte man daran denken, auf die Tätigkeit der Mitarbeiter, die in *Amazon*-Logistikzentren die Pakete befüllen, oder auf die Tätigkeit der *Amazon*-Paketzusteller abzustellen. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich zweifellos um »Arbeit« iSd. PA-RL; auch wird diese durch *Amazon* »organisiert«. Um diese Arbeit geht es aber aus Sicht des Kunden nicht schwerpunktmäßig; sie ist nur »Mittel zum Zweck«. Dem *Amazon*-Kunden geht es mit seiner Bestellung im Kern vielmehr um den Warenerwerb; *dieser* ist wesentlicher Gegenstand seines »Verlangens« iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL.⁹⁸

Eine andere – rechtspolitische – Frage ist, ob die Regelungen zum algorithmischen Management im Rahmen einer überschießenden Richtlinienumsetzung auf Beschäftigte in der Logistikbranche (oder allgemein: außerhalb der Plattformwirtschaft) ausgedehnt werden sollten. Darauf wird zurückgekommen.⁹⁹

(4) Merkmal der »Arbeit« als Anknüpfungspunkt für eine weitere Eingrenzung?

Fraglich ist, ob das Merkmal der »Arbeit« (iVm. der Schwerpunktbetrachtung) über den Bereich des Vermietens und Verkaufens hinaus als normativer Anknüpfungspunkt für weitere, ungeschriebene Eingrenzungen des Anwendungsbereichs der RL dienen kann. Zu denken ist etwa an den Bereich der Rechtsdienstleistungsplattformen¹⁰⁰, den der Richtlinienggeber – mangels Anhaltspunkten in den Gesetzgebungsmaterialien – wohl nicht speziell im Blick hatte. Problematisch wäre die Einbeziehung solcher Plattformen vor allem aus Sicht des deutschen Berufsrechts, allerdings vorwiegend mit Blick auf die gesetzliche Vermutung¹⁰¹, weniger mit Blick auf die Schutzzwecke des Kapitels III. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber wird diesen Konflikt daher nicht schon auf der Ebene des Anwendungsbereichs lösen können, sondern eher bei der Umsetzung der statusrechtlichen Vorgaben zu versuchen haben.

e) Zwischenschaltung von Vermittlern

Es wurde bereits dargelegt, dass es für den Anwendungsbereich der PA-RL nicht darauf ankommt, ob eine Vertragsbeziehung

88 Diese Einfügung beruht auf einem Kompromissvorschlag der tschechischen Ratspräsidentschaft, s. AStV, Institutionelles Dossier 2021/0414(COD), ST 15338/1/22, S. 5, 38. Vgl. dazu auch ErWG 19 S. 1 bis 3, wo diese Anforderung besonders betont wird.

89 Dazu unten V.

90 S. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Einls. PA-RL-E.

91 Vgl. in Bezug auf den Kommissionsentwurf Krause, NZA 2022, 521, 525.

92 Krit. DGB-Bundesvorstand, Kurzbewerbung, https://www.dgb.de/fileadmin/download_center/Stellungnahmen/240516_DGB_Kurzbewertung_EU-Plattformrichtlinie_fin.pdf (4.12.2024), S. 2.

93 S. auch ErWG 5 S. 4.

94 Vgl. die Beschreibung dieses Phänomens in ErWG 19 S. 6 und 7; als Bsp. wird hier das sog. Tagging erwähnt. S. zur Phänomenologie auch Henssler, FS Preis, 2021, S. 433, 438; Risak, in: Risak/Lutz (Hrsg.), Arbeit in der Gig Economy, Wien 2017, S. 16.

95 ErWG 20 S. 5 erwähnt die Personen- und Warenbeförderung sowie Reinigungsdienstleistungen.

96 Der auf die »Dienstleistung« abstellende Wortlaut ist missverständlich. Tatsächlich geht es beim Ausschluss von Waren- und Vermietungsplattformen nicht um eine Eingrenzung der Art der »Dienstleistung« (diese beinhaltet – wie dargelegt – das Organisieren), sondern der Art der organisierten »Arbeit«.

97 Hervorh. durch Verf.

98 Art. 2 Abs. 1 lit. a ii) PA-RL lässt sich die Wertung entnehmen, dass es bei der Schwerpunktbetrachtung auf die Sichtweise des Kunden ankommt.

99 S. unten 3.

100 Vgl. *Fischels/Sokoll*, NZA 2024, 721, 724, die sogar sämtliche Rechtsanwalts-, Wirtschafts- und Steuerberatungskanzleien für potenziell erfasst halten. Bei diesen fehlt es allerdings am Merkmal der Erbringung der Organisationsdienstleistung »auf elektronischem Wege« iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a i) PA-RL; dazu oben c)(2).

101 Rechtsanwälte dürfen ihren Beruf nach § 46 Abs. 1 und 4 BRAO nur für Arbeitgeber ausüben, die selbst zugelassene Rechtsanwälte sind. Da Plattformbetreiber keine Rechtsanwälte sind, wäre eine Anwendung der gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses mit erheblichen Risiken (Bußgelder, Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB) verbunden.

des Kunden zum Plattformbetreiber (Lieferkettenmodell) oder zum Plattfortmätigen selbst (Agenturmodell) zustande kommt. Grundsätzlich erforderlich ist allerdings eine Vertragsbeziehung zwischen dem Plattformbetreiber und dem Plattfortmätigen. Nach dem Kommissionsentwurf musste sogar eine *unmittelbare* Vertragsbeziehung in diesem Verhältnis vorliegen,¹⁰² etwa in Form eines Nutzervertrags.

Nach der finalen Fassung des Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL genügt es nunmehr, wenn im Rahmen einer Vertragskette ein »Vermittler« iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. e PA-RL zwischengeschaltet ist. Bei dieser Ergänzung dürfte es sich um die Reaktion auf Geschäftsmodelle handeln, wie sie insbesondere im Bereich der Fahrdienstplattformen (zB. bei *Uber*) praktiziert werden: Über die App des Plattformbetreibers können Kunden eine Fahrdienstleistung bestellen. Der Auftrag wird automatisch an ein Taxiunternehmen vermittelt, das mit dem Plattformbetreiber in einer Geschäftsbeziehung steht. Die Fahrten werden dann von Fahrern erledigt, die wiederum vertraglich mit dem Taxiunternehmen verbunden sind. Der Plattformbetreiber übernimmt dabei die Vermittlung der Fahrer, legt die Preise fest und wickelt die Bezahlung ab – übernimmt also die Organisation iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. a iii) PA-RL. In solchen Konstellationen sorgt Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL dafür, dass der Plattformbetreiber die Anwendbarkeit der PA-RL durch das Zwischenschalten eines Taxiunternehmens nicht aushebeln kann.

Daran schließt sich die Frage an, wie sich ein solcher Einsatz von Vermittlern auf den Inhalt des Pflichtenprogramms des Kapitels III auswirkt. Dieses Problem adressiert Art. 3 PA-RL in recht allgemeiner Form: Die Kernaussage der Regelung ist, dass den Plattfortmätigen der gleiche Schutz zuteilwerden muss wie in der oben skizzierten¹⁰³ klassischen Dreieckskonstellation. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten »geeignete Mechanismen« zu schaffen; als Beispiel wird die Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung genannt. Prozessual flankiert wird diese Vorgabe durch Art. 4 Abs. 3 PA-RL. Danach haben Behörden bzw. Gerichte, wenn sie in einem Statusverfahren das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellen, zugleich zu bestimmen, welche Parteien für die Erfüllung welcher Pflichten aus der Richtlinie verantwortlich sind.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Plattformbetreiber

Der persönliche Anwendungsbereich der PA-RL wird auf Seiten der Plattform in Art. 2 Abs. 1 lit. a PA-RL angesprochen: Verpflichtet wird die »natürliche oder juristische Person«, die Dienstleistungen iSd. oben skizzierten Definition (Organisation von Arbeit) erbringt, also der Rechtsträger der digitalen Arbeitsplattform – mit anderen Worten der Plattformbetreiber. Dies gilt nach ErWG 55 unabhängig davon, ob die algorithmischen Systeme durch den Plattformbetreiber selbst oder durch einen externen Dienstleister verwaltet werden.

b) Arbeitnehmer und Selbständige

Auf Seiten der Plattfortmätigen ist die PA-RL durch einen Begriffsdualismus gekennzeichnet: Der Begriff »*Personen, die*

Plattformarbeit leisten« unterscheidet nicht nach der Qualifikation des Vertragsverhältnisses (Art. 2 Abs. 1 lit. c PA-RL), so dass er neben Arbeitnehmern auch (echte) Selbständige erfasst. Der Einfachheit halber werden »Personen, die Plattformarbeit leisten« im Folgenden weiterhin als »Plattfortmätige« bezeichnet. Als eine Teilmenge dessen führt die Richtlinie den Begriff des »*Plattfortmbeschäftigten*« ein, der lediglich Arbeitnehmer erfasst (Art. 2 Abs. 1 lit. d PA-RL).

Die meisten Regelungen zum algorithmischen Management (Kapitel III) knüpfen an den weiteren Begriff an. Die damit verbundene weitgehende Einbeziehung von Selbständigen ist rechtspolitisch zu begrüßen; denn selbständige Plattfortmätige unterliegen (nahezu) in gleicher Weise den oben skizzierten Gefahren, die von einer algorithmischen Arbeitsorganisation ausgehen.¹⁰⁴

Was die Verbandskompetenz der EU betrifft, ist dieser weite persönliche Geltungsbereich nicht ganz unproblematisch¹⁰⁵: Art. 153 Abs. 2 lit. b iVm. Abs. 1 lit. b AEUV (»Arbeitsbedingungen«) ist in personaler Hinsicht auf Arbeitnehmer begrenzt. Um auch selbständige Plattfortmätige erfassen zu können, wurde die Richtlinie zusätzlich auf Art. 16 Abs. 2 AEUV, die Kompetenzgrundlage für das Datenschutzrecht, gestützt. Art. 16 Abs. 2 AEUV deckt allerdings nur Schutzinstrumente im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten ab.¹⁰⁶ Daher hat der Richtliniengeber den Anwendungsbereich in Art. 1 Abs. 2 UAbs. 2 PA-RL auf den Schutz natürlicher Personen »im Zusammenhang mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten« begrenzt. Zudem können auf Art. 16 Abs. 2 AEUV keine Regelungen mit genuin arbeitsrechtlichem Inhalt gestützt werden; ansonsten umginge man das in Art. 153 AEUV ausdifferenzierte Kompetenzgefüge.¹⁰⁷ Dem hat der Richtliniengeber mit zwei Ausnahmen Rechnung getragen: Art. 12 (Arbeitsschutz) und Art. 14 PA-RL (subsidiäre Unterrichtung der Arbeitnehmer bei Fehlen von »Vertretern«¹⁰⁸), die originär arbeitsrechtliche Aspekte regeln,¹⁰⁹ gelten nur für »Plattfortmbeschäftigte«, also nur für Arbeitnehmer.¹¹⁰

c) Vertreter von Arbeitnehmern und Selbständigen

(1) »Arbeitnehmervertreter« und »Vertreter von Personen, die Plattformarbeit leisten«

Der begriffliche Dualismus setzt sich auf kollektiv-rechtlicher Ebene fort. Die PA-RL kennt zwei unterschiedliche Arten von »Vertretern«:

»*Arbeitnehmervertreter*« sind nach Art. 2 Abs. 1 lit. f PA-RL nur die Vertreter von Plattfortmbeschäftigten, wobei es sich um Gewerkschaften¹¹¹ und gewählte betriebliche Interessenvertreter (aus deutscher Sicht insbesondere um den Betriebsrat) handeln kann. Ob in den einzelnen Richtlinienbestimmungen, die an den Begriff »Arbeitnehmervertreter« anknüpfen,

¹⁰⁴ S. auch ErWG 54 S. 2.

¹⁰⁵ S. zu den Kompetenzfragen bereits ausf. Gräf, ZFA 2023, 209, 225 f.

¹⁰⁶ Aloisi/Potocka-Sionek, Ital. LLeJ 15 (2022), 30, 36; Krause, NZA 2022, 521, 526.

¹⁰⁷ Vgl. EuArbRK-Franzen (Fn. 59), Art. 153 AEUV Rn. 76; Art. 153 Abs. 1 AEUV als gegenüber Art. 16 Abs. 2 AEUV speziellere Rechtsgrundlage.

¹⁰⁸ Zu den »Vertretern« sogleich c).

¹⁰⁹ S. zu Art. 12 PA-RL Lippert/Pfeiffer, ZD-Aktuell 2024, 01646: kein unmittelbarer Datenschutzbezug.

¹¹⁰ S. dazu auch ErWG 54 S. 4.

¹¹¹ S. zu kompetenzrechtlichen Zweifeln Gräf, ZFA 2023, 209, 240 f.

¹⁰² Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 PA-RL-E: »Vertragsverhältnis zwischen der digitalen Arbeitsplattform und der Person«.

¹⁰³ S. oben a).

nur Betriebsräte, nur Gewerkschaften oder beide gemeint sind, ist vom jeweiligen Regelungskontext abhängig.¹¹²

Aus dem Wortlaut (»Vertreter [...], wie Gewerkschaften und Vertreter, die [...] frei gewählt werden«¹¹³) folgt, dass grundsätzlich auch andere Vertreterkategorien in Betracht kommen. Zu denken ist an informelle Kollektive, die sich in der Praxis bei einigen Arbeitsplattformen – nicht zuletzt infolge gescheiterter Betriebsratsgründungen – etabliert haben¹¹⁴, oder an sog. Plattformbeiräte, also plattformspezifische Interessenvertretungen jenseits der gesetzlich geregelten Betriebsverfassung¹¹⁵. Diese dürften allerdings durch den Passus »im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« jedenfalls für Deutschland ausgeklammert sein.

Der weitere Begriff der »Vertreter von Personen, die Plattformarbeit leisten« (Art. 2 Abs. 1 lit. g PA-RL) schließt zusätzlich *Selbständigen*vertreter mit ein.

(2) Verteilung der Vertreterbefugnisse

Diesen beiden Vertreterkategorien (Art. 2 Abs. 1 lit. f und lit. g PA-RL) werden in Kapitel III unterschiedliche Beteiligungsrechte zugewiesen. Die Regelungssystematik ist dabei recht unübersichtlich:

- An drei Stellen werden Rechte, die an sich allen Plattformtätigen (Arbeitnehmern und Selbständigen) zustehen, auf Vertreter erstreckt, allerdings im Ausgangspunkt nur auf *Arbeitnehmer*vertreter. Dabei handelt es sich um Art. 8 Abs. 2 (Zur-Verfügung-Stellen der Datenschutz-Folgenabschätzung), Art. 9 Abs. 1 und 4 (Informationspflichten) und Art. 10 Abs. 4 S. 1 PA-RL (Information über die Bewertung automatisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme).
- In diese drei Rechte bezieht Art. 15 PA-RL zusätzlich sonstige »Vertreter von Personen, die Plattformarbeit leisten«, also *Selbständigen*vertreter, mit ein. Letztere dürfen die genannten Rechte allerdings nur »im Namen« der von ihnen vertretenen Selbständigen und nur »in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten« geltend machen. Diese Einschränkungen sollen vermutlich sicherstellen, dass die Erstreckung auf Selbständigenvertreter noch durch die Kompetenzgrundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV gedeckt ist.¹¹⁶ Mit dem unionsrechtlichen Terminus »im Namen« ist nicht etwa eine Stellvertretung im Sinne des deutschen Rechts gemeint; die in Art. 15 PA-RL angesprochenen Befugnisse bestehen nämlich nicht in der Abgabe von Willenserklärungen. Eher handelt es sich um eine Art der Ermächtigung (zur Geltendmachung fremder Rechte).

- An zwei Stellen werden *ausschließlich Arbeitnehmervertretern* Rechte eingeräumt, die auch in Art. 15 PA-RL nicht auf Selbständigenvertreter erstreckt werden. Das gilt zum einen für Art. 12 Abs. 2 PA-RL (Beteiligung beim Gesundheitsschutz) und zum anderen für Art. 13 Abs. 2 und 3 PA-RL (Unterrichtung und Anhörung bei der Einführung und Änderung automatisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme). Auch dies ist jeweils kompetenziell bedingt, da es sich im ersten Fall um originäre Arbeitnehmerrechte iSd. Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV (»Arbeitsbedingungen«)¹¹⁷ und im zweiten Fall um originäre Unterrichts- und Anhörungsrechte iSd. Art. 153 Abs. 1 lit. e AEUV handelt¹¹⁸; die EU-Kompetenz ist hier jeweils auf Arbeitnehmer (im unionsrechtlichen Sinne) beschränkt.¹¹⁹
- Einen Sonderfall bildet Art. 11 Abs. 2 S. 1 PA-RL (Überprüfung von Entscheidungen durch Menschen). Hier sind sämtliche »Vertreter von Personen, die Plattformarbeit leisten« (also Arbeitnehmer- und Selbständigenvertreter) einbezogen. Beide (auch die Arbeitnehmervertreter) können die Rechte nur »im Namen« der jeweiligen Plattformtätigen geltend machen; dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 S. 1 PA-RL selbst. Aus der Erwähnung des Art. 11 Abs. 2 S. 1 PA-RL in Art. 15 PA-RL folgt zusätzlich die Beschränkung »in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten«.

(3) Vertreterbefugnisse im Prozess

Eine ähnliche Vorschrift findet sich außerhalb des Kapitels III, nämlich in Art. 19 S. 2 PA-RL (Kapitel V): Im Fall von Verstößen gegen Rechte oder Pflichten aus der Richtlinie sollen Arbeitnehmer- und Selbständigenvertreter¹²⁰ »im Namen oder zur Unterstützung« eines oder mehrerer Plattformtätiger handeln können. Im Gegensatz zu den vorgenannten, in Kapitel III selbst geregelten Vertreterbefugnissen geht es bei Art. 19 PA-RL allerdings allein um Befugnisse im Rahmen der *prozessualen* Geltendmachung von Rechten. Dabei kommen *sämtliche* Rechte der Plattformtätigen aus Kapitel III in Betracht. Dass Art. 19 PA-RL die »Verletzung« von Rechten oder Pflichten voraussetzt, heißt nicht, dass nur Prozesse über Sekundäransprüche (zB. von Schadensersatzansprüchen) gemeint sind; auch die prozessuale Geltendmachung nicht erfüllter primärer Erfüllungsansprüche ist erfasst. Der Normzweck greift hier gleichermaßen: Es sollen psychologische und finanzielle Hürden, die Plattformtätige vor einer Klageerhebung zurückschrecken lassen, abgebaut werden.¹²¹

Art. 19 S. 2 PA-RL überlässt es den Mitgliedstaaten, ob sie die Alternative »im Namen« oder »zur Unterstützung« (oder beide) umsetzen. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber kann daher zwischen einer bloßen Prozessbegleitung¹²², einer Prozessvertretung, einer Prozessstandschaft oder einer Ver-

112 S. zur Kontextabhängigkeit bereits auf Basis des PA-RL-E Krause, NZA 2022, 521, 529 (dort unter Fn. 102); zust. Gräf, ZFA 2023, 209, 230.

113 Hervorh. durch Verf.

114 S. Loschert/Hampel/Ebehöh (Fn. 30), S. 49 f. mit verschiedenen Beispielen (ua. »Flink Workers Collective«, »Lieferando Workers Collective«) und mwN. Aloisi/Potocka-Sionek, Ital. LLeJ 15 (2022), 30, 41, sprechen von »Graswurzelbewegungen« und halten diese vom Vertreterbegriff erfasst (auf Basis des PA-RL-E).

115 S. zu einem entsprechenden Pilotprogramm bei der Plattform Zenwork den Bericht bei Fairwork Deutschland, Ratings 2021, Arbeitsstandards in der Plattformökonomie, 2022, S. 19; zur Idee der »Plattformbeiräte« allg. Loschert/Hampel/Ebehöh (Fn. 30), S. 46 ff.

116 Vgl. auch Brameshuber/Höllwarth, ASoK 2024, 170, 179.

117 Die Erstreckung auf Arbeitnehmervertreter dürfte durch eine entsprechende Annexkompetenz gedeckt sein.

118 Allerdings ist diese Kompetenznorm in der Richtlinie nicht angegeben.

119 Ausf. EuArbRK-Franzen (Fn. 59), Art. 153 AEUV Rn. 5 ff. mwN.

120 Außerdem genannt sind juristische Personen, die ein besonderes Interesse an der Verteidigung von Rechten der Plattformtätigen haben.

121 Vgl. ErwG 61 S. 2.

122 S. zB. § 23 Abs. 2 AGG: Auftreten als Beistände.

bandsklage¹²³ wählen.¹²⁴ Eine Pflicht zur Schaffung einer Verbandsklage besteht wohlgerne nicht.¹²⁵

3. Nationale Umsetzung: Erstreckung des Kapitels III auf Erwerbstätige außerhalb der Plattformwirtschaft?

Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde die naheliegende Frage diskutiert, warum die Schutzvorschriften zu automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssystemen in Kapitel III Plattformtätigen vorbehalten sein sollen.¹²⁶ Schließlich wird algorithmisches Management heutzutage vielfach auch schon außerhalb der Plattformökonomie eingesetzt,¹²⁷ etwa in der bereits erwähnten Logistikbranche.¹²⁸ Von einer Erstreckung des Anwendungsbereichs des Kapitels III auf sämtliche Arbeitnehmer und Solo-Selbständige, die algorithmischem Management unterliegen¹²⁹, hat der Richtlinienggeber aber abgesehen.

Allerdings könnte der deutsche Gesetzgeber erwägen, diejenigen Regelungen zum algorithmischen Management, die nicht auf plattformspezifische Risiken zugeschnitten sind, freiwillig branchenübergreifend auszugestalten. Jedenfalls wäre daran zu denken, im Rahmen der Richtlinienumsetzung das interne Crowdfunding einzubeziehen¹³⁰, soweit man es nicht ohnehin schon als von der PA-RL erfasst ansieht¹³¹. Dazu gezwungen wäre der deutsche Gesetzgeber allerdings jeweils nicht – weder durch Art. 3 Abs. 1 GG noch durch Art. 20 GRCh.¹³² Vielmehr könnten sich aus höherrangigem Recht sogar Hürden für eine richtlinienüberschießende Umsetzung ergeben, namentlich aus der DSGVO mit ihrem vollharmonisierenden¹³³ Charakter: Anders als in der bereits behandelten Situation (qualitative Richtlinienverstärkung »nach oben«¹³⁴) würde es sich hier – bei einer Erweiterung des Anwendungsbereichs – um eine »horizontal überschießende Umsetzung«¹³⁵ handeln. Die DSGVO wäre im überschießenden Bereich nicht verdrängt. Der überschießende Regelungsbereich wäre daher an der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO zu messen.¹³⁶ Die Grenzen des Art. 88 DSGVO wären jedenfalls dann über-

schritten, wenn der deutsche Gesetzgeber Regelungen zum algorithmischen Management auf *Selbständige* außerhalb des Plattformbereichs erstrecken würde; Art. 88 DSGVO ermöglicht spezifische nationale Regelungen nämlich nur für Arbeitnehmer (im unionsrechtlichen Sinne).¹³⁷ Insgesamt erschiene ein nationales Vorpreschen daher mit nicht unerheblichen unionsrechtlichen Risiken behaftet. Im Übrigen erscheint fraglich, ob eine neue Bundesregierung überhaupt gewillt wäre, weitere Branchen wie den Logistikbereich einer unionsrechtlich nicht gebotenen Regulierung zu unterziehen.

Diesen Schritt müsste also der europäische Gesetzgeber gehen. Der scheidende EU-Kommissar *Nicolas Schmit* hatte bereits erklärt, dass er die PA-RL als »Blaupause« für einen allgemeinen, branchenübergreifenden Rechtsakt zum algorithmischen Management ansieht.¹³⁸ Den Ball hat die Kommissionspräsidentin *von der Leyen* aufgenommen und in ihrem an die neue zuständige Kommissarin *Roxana Mînzatu* gerichteten *Mission Letter* eine Initiative zum algorithmischen Management in der Arbeitswelt angeregt.¹³⁹

V. »Automatisierte Beobachtungssysteme« und »automatisierte Entscheidungssysteme«

Im Folgenden werden die Begriffe der »automatisierten Beobachtungssysteme«¹⁴⁰ und der »automatisierten Entscheidungssysteme« näher in den Blick genommen.

1. Dreifache Funktion der Begriffe innerhalb der PA-RL

Sie erfüllen innerhalb der Konzeption der Richtlinie gleich drei verschiedene Funktionen:

Erstens dienen sie als Anknüpfungspunkte für die Regulierung des algorithmischen Managements in Kapitel III. Dabei werden teils das automatisierte Beobachtungs- bzw. Entscheidungssystem *als solches* zum Gegenstand der Regulierung,¹⁴¹ teils die *konkreten Datenverarbeitungsvorgänge*, die ein solches System durchführt oder unterstützt.¹⁴² In die zweite Kategorie gehören auch diejenigen Regelungen, die im Fall automatisierter Entscheidungssysteme an die *konkreten Entscheidungen*¹⁴³, die ein solches System trifft oder unterstützt, anknüpfen.

Zweitens spielen die Begriffe auch im – hier nicht näher zu behandelnden – Kapitel zur Statusfeststellung eine erhebliche Rolle: Nach Art. 4 Abs. 2 PA-RL ist bei der Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, zu berücksichtigen, ob bzw. inwieweit automatisierte Beobachtungs- oder Entscheidungssysteme zur Organisation der Plattformarbeit eingesetzt

123 Die Schaffung eines Verbandsklagerechts ist also nicht zwingend; s. auch *Krause*, NZA 2022, 521, 531, der sich aber rechtspolitisch für ein Verbandsklagerecht nach dem Vorbild des Art. 14 Abs. 1 PzB-VO ausspricht.

124 So zu den ähnlichen Regelungen in den Antidiskriminierungsrichtlinien *Grünberger/Husemann*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Köln 2024, Rn. 5, 305 mwN.; enger zu Art. 15 S. 2 EntTranspRL (RL 2023/970/EU) *Köllmann*, SPA 2024, 33, 35; Prozessstandschaft oder Verbandsklage.

125 S. auch *Krause*, NZA 2022, 521, 531, der sich aber rechtspolitisch für ein Verbandsklagerecht nach dem Vorbild des Art. 14 Abs. 1 PzB-VO ausspricht.

126 Krit. insofern etwa *Gruber-Risak/Warter*, DRdA 2024, 266, 269; *Krause*, NZA 2022, 521, 531.

127 S. PPML, Study to support the impact assessment of an EU initiative to improve the working conditions in platform work, final report, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=de&pubId=8428&furtherPubs=yes> (4.12.2024), S. 173, wonach EU-weit schätzungsweise zwischen 72,48 und 101,05 Millionen Menschen in irgendeiner Form algorithmischem Management ausgesetzt sind; ausf. zuletzt *Rolf*, KI und algorithmisches Management im europäischen Dienstleistungssektor, 2024, S. 6 ff.

128 *Höpfner/Daum*, ZFA 2021, 467, 473; *Schubert/Hütt*, ELLJ 10(1), 2019, 3, 4. S. auch *De Stefano*, »Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection, ILO Employment Working Paper No. 246, S. 7, mit dem Beispiel eines Amazon-Warenhauses; ausf. dazu auch *Rozmyslowicz/Krzyżaniak*, Italian Labour Law e-Journal, Vol. 16 No. 2 (2023), 149 ff.

129 So der Vorschlag im »Gualmini-Berichtsentwurf« (Fn. 3), Amendement 133.

130 *Schubert*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 12), S. 75.

131 Dazu oben IV.1.a).

132 Näher dazu *Gräf*, ZFA 2023, 209, 223 mwN.; s. allerdings die Bedenken im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz bei *Junker*, EuZA 2022, 141, 142.

133 HM., s. nur *EuArbBRK-Franzen* (Fn. 59), Art. 88 VO (EU) 2016/679 Rn. 7 ff. mwN.

134 S. oben III.2.

135 *Latzel/Reichert*, JZ 2023, 648, 651 f.

136 S. zur umstr. Frage, ob bzw. inwieweit eine Abweichung von den allgemeinen DSGVO-Vorschriften »nach oben« zulässig ist ausf. *Kühling/Buchner-Maschmann* (Fn. 49), Art. 88 DS-GVO Rn. 30 ff.; großzügig nunmehr *EuGH*, 30.3.2023 – C-34/21 (Hauptpersonalrat) – ECLI:EU:C:2023:270, Rn. 51, 78.

137 Näher *Seifert*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 49), Art. 88 DSGVO Rn. 17 ff.

138 S. <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-commission-mulls-rules-on-algorithmic-management-in-workplace-for-next-mandate/> (4.12.2024); s. auch Rat der Europäischen Union, Allgemeine Ausrichtung, 7.6.2023, Interinstitutionelles Dossier 2021/0414(COD), S. 6; weiterhin *Daum* (Fn. 33), S. 94; *Krause*, NZA 2022, 521, 533.

139 S. https://commission.europa.eu/document/download/27ac73de-6b5c-430d-8504-a76b634d5fd_en?filename=Mission%20letter%20-%20MINZATU.pdf (4.12.2024).

140 Zur Ersetzung des Begriffs »Überwachungssysteme« durch den Begriff »Beobachtungssysteme« s. bereits Fn. 21.

141 S. z.B. die Informationspflichten in Art. 9 PA-RL.

142 S. z.B. die Datenverarbeitungsverbote in Art. 7 PA-RL.

143 S. z.B. das teilweise Verbot vollautomatisierter Entscheidungen in Art. 10 Abs. 5 PA-RL, die Beaufsichtigung von Entscheidungsfolgen in Art. 10 Abs. 1 bis 3 PA-RL und die nachträgliche Überprüfung von Entscheidungen durch Menschen nach Art. 11 PA-RL. Einzelne Regelungen schränken den Kreis der erfassten Entscheidungen allerdings ein, s. dazu unten Fn. 270.

werden.¹⁴⁴ Diese unionsrechtlich autonom auszulegende Vorgabe könnte einen erheblichen Einfluss auf die Fortentwicklung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs entfalten¹⁴⁵ – jedenfalls für den Bereich der Plattformarbeit, möglicherweise sogar mit einer Ausstrahlungswirkung auf andere Bereiche digital organisierter Arbeit. Der EuGH wird durch Art. 4 Abs. 2 PA-RL gezwungen sein, das »digitale Element« der Plattformarbeit¹⁴⁶, das er in seiner *Yodel*-Entscheidung¹⁴⁷ noch weitgehend ignoriert hat, stärker zu berücksichtigen. Auch wenn das BAG diesen Schritt für den nationalen Arbeitnehmerbegriff bereits vollzogen hat,¹⁴⁸ dürfte Art. 4 Abs. 2 PA-RL nicht ohne Auswirkungen auf das deutsche Recht bleiben.¹⁴⁹

Die dritte Funktion wurde schon erwähnt: Bereits auf der vorgelagerten Ebene des Anwendungsbereichs der Richtlinie ist erforderlich, dass der Plattformbetreiber automatisierte Beobachtungssysteme oder automatisierte Entscheidungssysteme einsetzt (Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) PA-RL); eines von beiden genügt¹⁵⁰. Diese Begrenzung erscheint teleologisch nachvollziehbar, führt aber zu einem praktischen Problem: Viele der in Kapitel III vorgesehenen Instrumente zur Regulierung automatisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme (vgl. oben die erste Funktion) zielen gerade auf die Herstellung von Transparenz ab; so muss der Plattformbetreiber etwa nach Art. 9 Abs. 1 bis 3 PA-RL die Plattformtätigen über das »Ob« und »Wie« des Einsatzes automatisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme informieren. Das »Ob« müssen Plattformtätige wegen Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) PA-RL aber erst nachweisen, um überhaupt in den Anwendungsbereich der PA-RL zu gelangen und die (Transparenz-)Rechte aus der PA-RL geltend machen zu können. Aus systematischen Gründen und mit Blick auf das Effektivitätsgebot ist im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) PA-RL daher auf beweisrechtlicher Ebene für eine Erleichterung zu sorgen, etwa durch eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast.

2. Begriffsbestimmungen (Art. 2 Abs. 1 lit. h und i PA-RL)

Die Begriffe »automatisierte Beobachtungssysteme« und »automatisierte Entscheidungssysteme« werden in Art. 2 Abs. 1 lit. h und i PA-RL getrennt voneinander definiert.

a) Gemeinsame Definitionsmerkmale

Es finden sich aber übereinstimmende Definitionselemente. Das erste ist so selbstverständlich, dass es in Art. 2 Abs. 1 lit. h

und i PA-RL nicht ausdrücklich erwähnt wird: Es müssen personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁵¹ Dies ergibt sich aus einer systematischen Zusammenschau mit Art. 1 Abs. 2 S. 2 PA-RL (»Schutz natürlicher Personen im Zusammenhang mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten«).¹⁵² Maßgeblich sind insofern die Definitionen in Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO.¹⁵³

Beide Begriffe verlangen ein »automatisiertes« System. Missglückt ist die Definition insofern, als das Merkmal der »Automatisierung« nur als Bestandteil der zu definierenden Rechtsbegriffe selbst, nicht aber in den Begriffsdefinitionen auftaucht; es ist gleichwohl als konstitutives Merkmal anzusehen.¹⁵⁴ Unter einer »automatisierten« Datenverarbeitung¹⁵⁵ ist wie in Art. 2 Abs. 1 DSGVO die Verarbeitung anhand eines vorgegebenen Programms ohne weiteres menschliches Zutun zu verstehen;¹⁵⁶ es muss aber kein besonders intelligentes, autonomes oder gar selbstlernendes System sein.¹⁵⁷ Keine eigenständige praktische Bedeutung dürfte demgegenüber dem Merkmal »durch elektronische Hilfsmittel« zukommen.¹⁵⁸ Auch aus diesem ergibt sich keine besondere Erheblichkeitsschwelle in Bezug auf die Technizität. Die Legaldefinitionen in Art. 2 Abs. 1 lit. h und i PA-RL sind – wie Art. 2 Abs. 1 DSGVO¹⁵⁹ – bewusst technologieneutral ausgestaltet.¹⁶⁰

b) Spezielle Voraussetzungen automatisierter Beobachtungssysteme

Um ein automatisiertes *Beobachtungssystem* zu sein, muss das System »zur Kontrolle, Beobachtung oder Bewertung« von Plattformtätigen eingesetzt werden. Dabei muss sich die Kontrolle/Beobachtung/Bewertung auf die »Arbeitsleistung« oder die »Tätigkeiten, die in der Arbeitsumgebung ausgeführt werden« beziehen. Mit der letztgenannten Alternative (»Tätigkeiten [...] in der Arbeitsumgebung«), die gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf hinzugekommen ist, wird auch das Ordnungsverhalten erfasst, solange es noch betrieblichen Charakter hat.¹⁶¹ Und noch eine weitere Ergänzung ist festzustellen: Während der Kommissionsentwurf nur Systeme erfasste, die zur Kontrolle/Beobachtung/Bewertung »eingesetzt werden«, genügen nach der finalen Fassung Systeme, die die Kontrolle etc. lediglich »unterstützen«. Dies trifft etwa auf elektronische Zeiterfassungssysteme zu¹⁶², ebenso auf zum »Taskreview« eingesetzte elektronische Systeme, selbst wenn die Endkontrolle von einem Menschen vorgenommen wird.

¹⁴⁴ Diese Vorgabe (Art. 4 Abs. 2 PA-RL) gilt zum einen im Rahmen der gesetzlichen Vermutung; hier ist sie sowohl bei der Ausgestaltung der Vermutungsbasis (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1 PA-RL: »Steuerung und Kontrolle«) als auch auf der Stufe der Widerlegung (Art. 5 Abs. 1 S. 2 PA-RL) zu berücksichtigen. Zum anderen gilt sie auch dann, wenn die Vermutung im Einzelfall nicht greift, weil die Voraussetzungen der Vermutungsbasis (zB. eines national ausgestalteten Kriterienkatalogs) nicht erfüllt sind, und die für den Arbeitnehmerbegriff maßgeblichen Tatsachen vom Plattformtätigen darzulegen und ggf. zu beweisen sind. Art. 4 Abs. 2 PA-RL ist damit bei jeder Statusfeststellung im Anwendungsbereich der PA-RL relevant.

¹⁴⁵ Anders *Kocher*, NZA-RR 2024, 449, 452: Die Richtlinie lege »gar keine Kriterien für den Arbeitnehmerbegriff fest«.

¹⁴⁶ Insofern geht es im Wesentlichen darum, bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit bzw. Weisungsgebundenheit auch eine *faktische Kontrolle* durch algorithmische Systeme zu berücksichtigen (vgl. auch zur gesetzlichen Vermutung, namentlich zur Ausgestaltung der Vermutungsbasis, Art. 5 Abs. 1 S. 1 PA-RL: »Steuerung und Kontrolle«).

¹⁴⁷ EuGH, 22.4.2020 – C-629/19 – ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*).

¹⁴⁸ BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132.

¹⁴⁹ Zur Vereinheitlichung und Vollharmonisierung des Arbeitnehmerbegriffs durch den EuGH, die trotz Verwendung der »Kombinationsformel« in Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 lit. d, Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 PA-RL zu erwarten ist (nach zutr. Ansicht freilich nur für das unionsrechtlich überlagerte nationale Arbeitsrecht), näher *Gräf*, ZFA 2023, 209, 261 ff.

¹⁵⁰ *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 866.

¹⁵¹ In Art. 2 Abs. 1 lit. h PA-RL selbst ist mit der »Erhebung« nur ein Beispiel für die Verarbeitung personenbezogener Daten genannt.

¹⁵² Hierzu und zum kompetenzrechtlichen Hintergrund (Art. 16 Abs. 2 AEUV) s. oben IV.2.b).

¹⁵³ Nach ErWG 38 S. 6 sind die in der PA-RL nicht gesondert definierten Begriffe entsprechend den Begriffsbestimmungen der DSGVO auszulegen.

¹⁵⁴ IdS. implizit *Daum* (Fn. 33), S. 106.

¹⁵⁵ Die »Automatisierung« bezieht sich wie in Art. 2 Abs. 1 DSGVO auf die Datenverarbeitung, so zutr. *Daum* (Fn. 33), S. 106.

¹⁵⁶ Vgl. *Bäcker*, in: Wolff/Brink/von Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 49. Ed., München 1.8.2023 (im Folgenden: BeckOK Datenschutzrecht), Art. 2 DS-GVO Rn. 2.

¹⁵⁷ *Daum* (Fn. 33), S. 106.

¹⁵⁸ Es schließt etwa rein optische oder akustische Hilfsmittel aus, bei denen es aber ohnehin regelmäßig an der automatisierten Datenverarbeitung fehlen dürfte.

¹⁵⁹ Vgl. ErWG 15 S. 1 der DSGVO; s. aus der Lit. etwa *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 2 DS-GVO Rn. 5.

¹⁶⁰ *Daum* (Fn. 33), S. 106.

¹⁶¹ Vgl. zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG *Schwarze*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), NomosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, § 87 BetrVG Rn. 151 mwN.

¹⁶² *Benkert*, NJW-Spezial 2024, 434, 435.

Dem Normwortlaut nach müssen die Systeme *zum Zweck* («zur») der Kontrolle/Beobachtung/Bewertung eingesetzt werden oder diese Zweckverfolgung zumindest unterstützen. Daraus ergibt sich eine wichtige Eingrenzung: Im Gegensatz zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG genügt es nicht, wenn die Systeme lediglich zu diesem Zweck (objektiv-final) *bestimmt* sind¹⁶³, erst recht nicht, dass sie hierfür nur *geeignet* sind¹⁶⁴. Vielmehr muss der Plattformbetreiber das System *subjektiv-final* zu den genannten Zwecken einsetzen.¹⁶⁵ Da aber ein bloßer (subjektiv-finaler) *Unterstützungszweck*¹⁶⁶ genügt, dürfte auch dieses Kriterium keine erhebliche Hürde darstellen.¹⁶⁷

Nach dem Normwortlaut muss das System *tatsächlich* eingesetzt werden. Dies gilt nach Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) PA-RL («geht mit dem Einsatz [...] einher») auch schon für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie. Diese Einschränkung kann allerdings nicht ausnahmslos gelten. Einzelne Informations- und Beteiligungsrechte knüpfen nämlich bereits an die (geplante) *Einführung* solcher Systeme an, insbesondere Art. 9 Abs. 1 lit. a i), lit. b i), Abs. 4 S. 2 lit. a und Art. 13 Abs. 2 PA-RL. *Diese* Regelungen sind – abweichend von der allgemeinen Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) iVm. lit. h PA-RL – auch schon im Planungsstadium anwendbar.

c) Spezielle Voraussetzungen automatisierter Entscheidungssysteme

Das Vorliegen eines automatisierten *Entscheidungssystems* setzt nach Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL voraus, dass das System eingesetzt wird, »um Entscheidungen zu treffen oder zu unterstützen, die sich erheblich auf Personen, die Plattformarbeit leisten, einschließlich der Arbeitsbedingungen [...] auswirken«.

Welche Entscheidungen¹⁶⁸ als »erheblich« anzusehen sind, wird durch eine nicht abschließende («insbesondere») Aufzählung von Entscheidungskategorien konkretisiert. Genannt sind etwa der Zugang zu Arbeitsaufträgen («Task-Matching»), das Entgelt, die Arbeitszeit und die Beendigung des Nutzerkontos. Die Erheblichkeit wird für das Pflichtenprogramm des Kapitels III allerdings nicht durchgängig verlangt: Einzelne Regelungen greifen ausnahmsweise schon dann, wenn sich eine Entscheidung »in irgendeiner Weise« auf Personen, die Plattformarbeit leisten, auswirkt, namentlich Art. 7 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 lit. c und Art. 12 Abs. 4 PA-RL. Auch insofern ist der Anwendungsbereich der Richtlinie punktuell erweitert auszuweisen.¹⁶⁹ In der Praxis wird der Anwendungsbereich der Richtlinie aber ohnehin häufig schon dadurch eröffnet sein, dass ein automatisiertes Beobachtungssystem vorliegt.

Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL ist zwar nur erforderlich, dass sich eine »Entscheidung« auf die Arbeitsbedingungen erheblich »auswirkt«. Darunter könnte man – als unbenannte Art von Entscheidungen – auch strategische Unternehmerentscheidungen fassen, die spätere personelle

Einzelmaßnahmen im Sinne der Beispielaufzählung (zB. zur Verteilung der Einzelaufträge oder zur Beendigung des Nutzerkontos) beeinflussen.¹⁷⁰ Hierzu passen aber nicht die Art und die inhaltliche Ausgestaltung der Pflichten, die in Kapitel III an »Entscheidungen« geknüpft werden, insbesondere nicht das auf personelle Einzelentscheidungen ausgelegte Überprüfungsverfahren in Art. 11 PA-RL.

Wie erwähnt genügt es, wenn die Letztentscheidung zwar durch einen Menschen getroffen, sie aber durch ein automatisiertes System »unterstützt« wird. Von zentraler Bedeutung ist daher die Frage, welches Maß an »Unterstützung« zu fordern ist. Unzweifelhaft erfasst sind konkrete Entscheidungsempfehlungen des Systems, die der menschliche Entscheider lediglich übernimmt.¹⁷¹ Andererseits kann es nicht genügen, wenn der Entscheider nur einzelne Daten, die durch ein automatisiertes Beobachtungssystem erhoben wurden, für die Entscheidung heranzieht.¹⁷² Zu Recht wird im Schrifttum vielmehr verlangt, dass das automatisierte System einen »eigenständigen Output« generiert (zB. einen Leistungs-Score). Dafür spricht der oben skizzierte Schutzzweck der Regulierung¹⁷³: Ein *algorithmic bias* und diskriminierende Effekte drohen nur dann, wenn das System in irgendeiner Weise eigene Ergebnisse hervorbringt.¹⁷⁴ Und die Gefahr, dass Menschen dem System ein übersteigertes Vertrauen entgegenbringen, setzt voraus, dass das System überhaupt eine eigene Bewertung vornimmt. Nicht erforderlich ist allerdings, dass es sich bei den Daten, aus denen der Output generiert wird, (ausschließlich oder nur zum Teil) um Daten aus einem automatisierten Beobachtungssystem iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL handelt; ein Zugriff allein auf Stammdaten kann genügen.¹⁷⁵

d) Einbeziehung des Einstellungsverfahrens

Umstritten war im Gesetzgebungsverfahren, ob das Bewerbungsstadium in die Regulierung algorithmischer Systeme einbezogen werden soll. Die Kommission hatte sich in ihrem Entwurf noch dagegen entschieden: Unter den in Art. 6 Abs. 1 lit. b PA-RL-E aufgelisteten Beispielen fand sich gerade nicht die Entscheidung über die »Einstellung«. Und nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 PA-RL-E setzte der Anwendungsbereich der Richtlinie voraus, dass Arbeit »auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses« zwischen dem Plattformbetreiber und dem Plattformtätigen ausgeführt wird; das Anbahnungsstadium vor Abschluss des Nutzervertrags war also ausgeklammert.¹⁷⁶ Das Parlament hatte hingegen eine umfassende Einbeziehung des Recruitment-Stadiums gefordert.¹⁷⁷

Die finale Richtlinienfassung erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich: Einerseits findet sich unter den Beispielen, die in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL zur Definition automatisierter Entscheidungssysteme aufgelistet sind, nun explizit

163 Vgl. *Maschmann*, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl., München 2022, § 87 Rn. 513.

164 So die st. Rspr. des BAG zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG seit BAG, 9.9.1975 – 1 ABR 20/74 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 2.

165 IdS. auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865.

166 Das Wort »zur« bezieht sich zwar nur auf die erste Alternative («einsetzen»); im Rahmen der zweiten Alternative («unterstützen») muss der enge subjektiv-finale Ansatz aber erst recht gelten; so zutr. *Frank/Heine*, NZA 2024, 865.

167 Vgl. auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 866.

168 Zum Begriff der »Entscheidung« im Kontext des Art. 22 DSGVO EUGH, 7.12.2023 – C-634/21 (OQ/Land Hessen) – NZA 2024, 24, Rn. 44 ff.; speziell im Beschäftigungskontext *Heine*, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, Berlin 2023 (zugl. Hannover, Univ., Diss. 2022), S. 129 ff.

169 Methodisch handelt es sich um eine analoge Anwendung von Art. 7 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 lit. c und Art. 12 Abs. 4 PA-RL iRd. Art. 2 Abs. 1 lit. a iv) iVm. lit. i PA-RL.

170 Auch strategische Unternehmerentscheidungen können heutzutage durch Algorithmen zumindest unterstützt werden, s. nur *Langenbacher*, EuZW 2024, 854 ff.; *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Aufl., München 2023, § 76 Rn. 27 ff.; ausf. *Knitter*, Digitale Weisungen, Berlin 2022 (zugl. Hamburg, BLS, Diss. 2022), S. 70 ff.

171 So auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 866; s. auch schon *dies.*, ZdiW 2022, 335, 336.

172 Zutr. *Daum* (Fn. 33), S. 108.

173 S. oben II.2.

174 *Daum* (Fn. 33), S. 108 f.

175 *Daum* (Fn. 33), S. 107 f. mit dem Bsp. einer Lohnbuchhaltungssoftware, die anhand der Stammdaten eine Eingruppierung vornimmt.

176 S. dazu bereits *Gräf*, ZFA 2023, 209, 222.

177 S. EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022, PE731.497, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0301_EN.html (3.12.2024), Amendments 41 (S. 40), 115 (S. 80), 119 (S. 81) und 132 (S. 86): »recruitment«.

auch die Entscheidung über die »Einstellung« von Plattformtätigen. Andererseits setzt die Definition der Plattformarbeit in Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL weiterhin das Merkmal »auf Grundlage eines Vertragsverhältnisses« voraus. Ein Blick auf das Pflichtenprogramm in Kapitel III sorgt für wenig Klarheit: In Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 5 PA-RL – aber nur hier – wird ausdrücklich das Einstellungsverfahren erwähnt. Dies könnte zu dem Umkehrschluss verleiten, dass das Einstellungsverfahren aus den sonstigen Vorschriften ausgeklammert ist. Dann hätten Plattformtätige allerdings nicht die Möglichkeit, eine (potenziell diskriminierende) Vorenthaltung des Abschlusses eines Nutzervertrags nach Maßgabe des Art. 11 PA-RL durch Menschen überprüfen zu lassen. Letzteres wäre aber kaum mit Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 PA-RL vereinbar, wonach »jede von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung«¹⁷⁸ überprüfbar sein soll.

Diese Vorgaben lassen sich gleichwohl miteinander in Einklang bringen: Auszugehen ist vom Erfordernis einer bestehenden Vertragsbeziehung (Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL). Dieser bedarf es in zwei Fällen nicht: erstens, soweit sich das Pflichtenprogramm des Kapitels III auf automatisierte *Entscheidungssysteme* bezieht; insofern geht Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL vor, sodass Entscheidungen über die »Einstellung« stets mit einbezogen sind. Was – zweitens – automatisierte *Beobachtungssysteme* betrifft, ist das Einstellungsstadium im Rahmen des Pflichtenprogramms nur ausnahmsweise erfasst, und zwar nur dort, wo dies ausdrücklich angeordnet ist (vgl. die schon erwähnten Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 5 PA-RL). Im Rahmen des übrigen Pflichtenprogramms des Kapitels III werden automatisierte Beobachtungssysteme nur im laufenden Vertragsverhältnis erfasst. Dies bestätigt die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. h PA-RL, die allein die Kontrolle/Beobachtung/Bewertung der »Arbeitsleistung« und Tätigkeiten »innerhalb der Arbeitsumgebung« erfasst.

VI. Pflichtenprogramm des Kapitels III

Auf die unter II.2. skizzierten Risiken des algorithmischen Managements (im Plattformkontext) reagiert Kapitel III der PA-RL mit einem breiten Spektrum an Schutzinstrumenten. Diese sind in ihrer Art nicht vollständig neu; vielmehr handelt es sich überwiegend um Erweiterungen und Konkretisierungen bestehender (zumeist datenschutzrechtlicher) Regelungen. Sie lassen sich grob nach den Phasen des Einsatzes automatisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme unterteilen: Bereits vor deren Einsatz werden Menschen im Rahmen präventiver Unterrichts-, Informations- und Bewertungspflichten eingeschaltet (»human before the loop«¹⁷⁹, dazu 2.). Andere Pflichten sollen eine menschliche Beaufsichtigung während des Betriebs gewährleisten (»human over the loop«, dazu 3.). Entscheidungen, die ein automatisiertes Entscheidungssystem generiert, müssen in bestimmten Fällen von einem menschlichen Letztentscheider getroffen werden (»human in the loop«, dazu 4.) und durch Menschen nachträglich kontrollierbar sein (»human after the loop«, dazu 5.). Für den Fall des Wechsels

zu einer anderen digitalen Arbeitsplattform ist zudem eine Erleichterung der Datenportabilität vorgesehen (dazu 6.).

1. Besondere Datenverarbeitungsverbote (Art. 7 PA-RL)

Am Anfang stehen in Art. 7 PA-RL allerdings klassische datenschutzrechtliche Regelungen zur Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungsvorgängen (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO). Sie verschärfen partiell die allgemeinen Verbote mit Erlaubnisvorbehalt in Art. 6 und 9 DSGVO für den Bereich der Plattformarbeit.

a) Absolute Verarbeitungsverbote

Der Kommissionsentwurf sah noch ein zweistufiges System vor: zum einen ein allgemeines Datenverarbeitungsverbot, das jede Verarbeitung personenbezogener Daten über Plattformbeschäftigte durch Betreiber digitaler Arbeitsplattformen erfasste und das die Rechtmäßigkeit an einen gegenüber Art. 6 Abs. 1 DSGVO verschärften Erforderlichkeitsmaßstab knüpfte, zum anderen für bestimmte Datenkategorien absolute Datenverarbeitungsverbote, die jeglicher Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 oder Art. 9 Abs. 2 DSGVO entzogen sein sollten.¹⁸⁰ Der Richtliniengeber hat sich in der finalen Fassung für ein Mehr an Rechtssicherheit entschieden¹⁸¹: Während sich das erstgenannte Instrument, das weiterhin eine Einzelfallabwägung erfordert hätte, in der finalen Richtlinienfassung nicht mehr wiederfindet, wurden die absoluten Verbote (»red lines«¹⁸²) ausgebaut – und zwar in zweifacher Hinsicht: zum einen durch die schon erwähnte Erstreckung auf das Bewerbungsverfahren (Art. 7 Abs. 2 PA-RL), zum anderen durch eine Erweiterung der erfassten Datenkategorien:

Verboten ist – wie bereits nach dem Kommissionsentwurf – die Verarbeitung von Daten über den emotionalen und psychischen Zustand (Art. 7 Abs. 1 lit. a PA-RL)¹⁸³, von Daten, die während der Inaktivität von Plattformtätigen erhoben werden (lit. c)¹⁸⁴, sowie von Daten über private Gespräche (lit. b)¹⁸⁵; zu letzteren zählt die Richtlinie auch den Austausch mit Arbeitnehmer- und Selbständigenvertretern. Den damit bezweckten Schutz kollektiver Interessenvertretung ergänzt das im Laufe des Richtliniengebungsverfahrens hinzugekommene Verbot in Art. 7 Abs. 1 lit. d PA-RL. Dieses untersagt die Datenverarbeitungen zum Zwecke der Vorhersage einer Grundrechtsausübung; als Beispiele werden die kollektivarbeitsrechtlichen Grundrechte aus Art. 12, 27 und 28 GRCh genannt.

Neu ist gegenüber dem Kommissionsentwurf außerdem Art. 7 Abs. 1 lit. e PA-RL. Hier finden sich Kategorien sensibler personenbezogener Daten, die überwiegend schon aus Art. 9 Abs. 1 DSGVO bekannt sind. Über das dortige Verarbeitungsverbot geht Art. 7 Abs. 1 lit. e PA-RL in zweifacher Hinsicht hinaus: zum einen durch Ergänzung der Datenkategorien »Migrationsstatus« und »emotionaler und psychischer Zustand«. Zum anderen ist nicht nur die Verarbeitung der genannten Daten *an sich* verboten, sondern jede Datenverarbeitung, die dem *Ziel* dient, *Schlüsse auf* solche Daten *zu ziehen*.

¹⁸⁰ Art. 6 Abs. 5 PA-RL-E; dazu Gräf, ZFA 2023, 209, 231.

¹⁸¹ Dies begrüßen Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 273.

¹⁸² Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 272.

¹⁸³ Zum drohenden Zielkonflikt mit den Pflichten des Plattformbetreibers aus Art. 12 PA-RL (Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung etc.) unten 3.b).

¹⁸⁴ Näher hierzu Frank/Heine, NZA 2024, 865, 868.

¹⁸⁵ Zur Einordnung tätigkeitsbezogener Gespräche mit »auch-privatem« Charakter und praktischen Lösungsmöglichkeiten Frank/Heine, NZA 2024, 865, 867 f.

¹⁷⁸ Hervorh. durch Verf.

¹⁷⁹ S. zu diesem und den folgenden Begriffen Adams-Prassl/Abraha/Kelly-Lyth/Silberman/Rakshita, ELLJ 14(2), 2023, 124, 139 ff.; s. auch Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 274.

Auch insoweit ist eine Rechtfertigung nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO ausgeschlossen.¹⁸⁶

Art. 7 Abs. 1 lit. f PA-RL verbietet schließlich die Verarbeitung biometrischer Daten iSd. Art. 4 Nr. 14 DSGVO. Anders als in Art. 9 Abs. 1 DSGVO¹⁸⁷ ist allerdings nur der Datenabgleich mit *mehreren* Personen (»Identifikation«, »1:n-Abgleich«) erfasst¹⁸⁸; nur dieser Verarbeitungszweck ist also einer potenziellen Rechtfertigung nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO entzogen. Möglich bleibt – unter den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der DSGVO – eine Verarbeitung zum Zwecke der Verifikation einer schon zuvor durch den Plattformtätigen (zB. durch Eingabe der User-ID) bekanntgegebenen Identität (»Authentifizierung«, »1:1-Abgleich«).¹⁸⁹

b) Nur partieller Ausschluss der Einwilligung

Nicht erwähnt ist in Art. 7 PA-RL die datenschutzrechtliche Einwilligung. Die nach allgemeinem Datenschutzrecht bestehende Einwilligungsoption (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b, Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO, § 26 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 BDSG) wird nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz verdrängt.¹⁹⁰

Richtigerweise beschränkt sich der Einwilligungsausschluss aber auf die Verarbeitung der in Art. 7 Abs. 1 PA-RL genannten Datenkategorien bzw. Verarbeitungszwecke; denn nur insoweit trifft die Richtlinie speziellere Regelungen. Die Verarbeitung sonstiger Kategorien personenbezogener Daten der Plattformtätigen bzw. die Verarbeitung zu in Art. 7 Abs. 1 PA-RL nicht genannten Zwecken¹⁹¹ wird weiterhin den allgemeinen Erlaubnisregeln der DSGVO überlassen. Zwar ließe sich ErwG 39 S. 3 bis 5 auch so lesen, dass eine Einwilligung der Plattformtätigen gegenüber dem Plattformbetreiber generell ausgeschlossen sein soll. In dieser Passage wird mit dem typischen Machtgefälle argumentiert, das einer Freiwilligkeit (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO) entgegenstehe. Richtigerweise muss die Freiwilligkeit aber – wie auch sonst – einzelfallbezogen geprüft werden.¹⁹² Warum etwa ein Fahrradkurier nicht die Einwilligung in die Datenübermittlung im Rahmen einer Sturzerkennungssoftware erteilen können sollte, erschließt sich nicht.¹⁹³

2. Präventiver Schutz (»human before the loop«)

a) Unterrichtung und Anhörung vor Einführung oder Änderung algorithmischer Systeme

Der präventive Schutz setzt bereits bei der unternehmerischen

Entscheidung über die Einführung oder über eine wesentliche Änderung automatisierter Beobachtungs- oder Entscheidungssysteme an.

(1) Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertreter (Art. 13 PA-RL)

Art. 13 Abs. 2 PA-RL verlangt schon im Planungsstadium eine Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertreter. In Art. 13 PA-RL ist mit »Arbeitnehmervertreter« aus deutscher Sicht nur die gewählte betriebliche Interessenvertretung (Betriebsrat) gemeint, nicht die Gewerkschaften.¹⁹⁴ Dies folgt daraus, dass Art. 13 Abs. 2 PA-RL hinsichtlich der Modalitäten auf die Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (RL 2002/14/EG) verweist und lediglich die dort genannten Gegenstände der Beteiligung¹⁹⁵ erweitert bzw. konkretisiert; und »Arbeitnehmervertreter« iSd. RL 2002/14/EG sind nur Betriebsräte, nicht Gewerkschaften.¹⁹⁶

In Deutschland ist der Betriebsrat in § 90 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BetrVG bereits mit entsprechenden Beteiligungsrechten ausgestattet.¹⁹⁷ § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG genügt den Anforderungen zunächst mit Blick auf den Beteiligungsgegenstand; denn die Einführung oder wesentliche Änderung automatisierter Beobachtungs- oder Entscheidungssysteme (Art. 13 Abs. 2 PA-RL) lässt sich vollständig unter »die Planung [...] von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen« iSd. § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG subsumieren. Im Sinne einer transparenten Richtlinienumsetzung kann es sich freilich empfehlen, das in § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG genannte Beispiel (»einschließlich des Einsatzes Künstlicher Intelligenz«) durch Übernahme der Formulierung in Art. 13 Abs. 2 PA-RL zu ergänzen. Zudem entsprechen die von § 90 Abs. 1 und 2 BetrVG eingeräumten Beteiligungsrechte (»unterrichten«, »beraten«) in ihrer Intensität den Kategorien der »Unterrichtung und Anhörung« iSd. Art. 2 lit. f und g RL 2002/14/EG¹⁹⁸, auf die Art. 13 Abs. 2 PA-RL verweist. Neben § 90 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BetrVG kann im Einzelfall sogar ein Fall der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 (insb. Nr. 6) BetrVG vorliegen¹⁹⁹; von der PA-RL gefordert wird dies aber nicht, sodass in § 87 BetrVG auch kein Änderungsbedarf besteht.

Nach Art. 13 Abs. 3 S. 1 PA-RL haben die Arbeitnehmer das Recht, sich erforderlichenfalls von einem Sachverständigen unterstützen zu lassen. Dies ist in § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG grundsätzlich gewährleistet. Anpassungsbedarf könnte es allenfalls hinsichtlich des Verfahrens bestehen: § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG verlangt eine vorherige Einigung mit dem Arbeitgeber (»nach näherer Vereinbarung«) über alle wesentlichen Modalitäten der Sachverständigenhinzuziehung, insbesondere über die Person des Sachverständigen; die Einigung ist nötigenfalls durch das Arbeitsgericht zu ersetzen.²⁰⁰ Dieses Einigungserfordernis

¹⁸⁶ Art. 6 Abs. 5 S. 2 lit. b PA-RL-E enthielt hinsichtlich der Gesundheitsdaten immerhin einen Verweis auf die Rechtfertigungsgründe des Art. 9 Abs. 2 lit. b bis j DSGVO; zum möglichen Zielkonflikt mit Art. 12 PA-RL unten 3.b). S. zudem zum drohenden Zielkonflikt in Bezug auf Daten wie die »ethnische Herkunft« mit der Pflicht zur Beseitigung systematischer Diskriminierung (Art. 12 Abs. 3 PA-RL) unten 3.a).

¹⁸⁷ Vgl. *Byers/Winkler/Stelter*, NZA 2023, 457, 458; *Gola*, in: *Gola/Heckmann* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl., München 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 119 f.

¹⁸⁸ S. den Wortlaut in Art. 7 Abs. 1 lit. f PA-RL (»Personen«, Hervorh. durch Verf.) und ErwG 41 S. 1.

¹⁸⁹ S. ErwG 41 S. 2.

¹⁹⁰ Vgl. oben III.2.; s. auch schon *Gräf*, ZFA 2023, 209, 231; abl. *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 868, die mit der in Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh vorgesehenen Einwilligungsoption und mit ErwG 14 S. 6 (»nachhaltiges Wachstum digitaler Arbeitsplattformen«) argumentieren.

¹⁹¹ Dazu gehört etwa der erwähnte »1:1-Abgleich« biometrischer Daten.

¹⁹² Eine Ausnahme gilt im Vertragsanbahnungsstadium, soweit sich die Einwilligung auf Daten beziehen soll, die der Arbeitgeber erkennbar zum Zwecke der Entscheidung über das »Ob« der Vertragsbegründung erheben möchte; in dieser Situation ist die Freiwilligkeit *generell* zu verneinen; dazu *Gräf*, in: *Croon-Gestefeld/Korich/Kusche/Sarel/Scholz* (Hrsg.), *Das Private im Privaten*, Baden-Baden 2022, S. 99, 116 f. mwN. auch zu abw. Ansichten.

¹⁹³ Vgl. *Daum* (Fn. 33), S. 122 f. mit weiteren Beispielen.

¹⁹⁴ S. zur Kontextabhängigkeit der Auslegung des Vertreterbegriffs bereits IV.2.c)(1) und Fn. 112.

¹⁹⁵ Vgl. insb. Art. 4 Abs. 2 lit. c RL 2002/14/EG: »Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation mit sich bringen können«.

¹⁹⁶ S. Art. 2 lit. e RL 2002/14/EG und dazu *EuArBRK-Weber* (Fn. 59), Art. 2 RL 2002/14/EG Rn. 18, 20; s. auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 869.

¹⁹⁷ S. hierzu im Kontext algorithmischer Systeme *Knitter* (Fn. 170), S. 163 f.

¹⁹⁸ *EuArBRK-Weber* (Fn. 59), Art. 2 RL 2002/14/EG Rn. 22, 24.

¹⁹⁹ Vgl. *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 869; zum PA-RL-E bereits *Gräf*, ZFA 2023, 209, 233; *Krause*, NZA 2022, 521, 530; s. auch *Hoffmann*, NZA 2022, 19, 24.

²⁰⁰ *Ganz* hM., s. nur *Weber*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommunikationsbetriebsverfassungsgesetz*, 12. Aufl., München 2022 (im Folgenden: GK-BetrVG), § 80 Rn. 160 f. mit zahlreichen Nachw. auch zur BAG-Rspr.

dient als verfahrensmäßiger »Filter« zur Verhinderung einer übermäßigen Kostenbelastung.²⁰¹ Demgegenüber geht Art. 13 Abs. 3 S. 1 PA-RL scheinbar von einem einschränkungslosen Wahlrecht der Arbeitnehmervertreter aus (»von einem Sachverständigen ihrer Wahl«), solange nur das Kriterium der Erforderlichkeit objektiv erfüllt ist; überhaupt ist das Erfordernis einer vorherigen Vereinbarung in Art. 13 Abs. 3 S. 1 PA-RL nicht vorgesehen. Gleichwohl dürfte es mit den Richtlinienvorgaben vereinbar sein. Dafür spricht ErwG 52 S. 3; danach hat die Auswahl des Sachverständigen »in abgestimmter Weise« zu erfolgen.²⁰² Dass die Richtlinie ein Recht auf Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht unabhängig von der vorherigen Mitwirkung des Plattformbetreibers verlangt, lässt sich auch der Formulierung in Art. 13 Abs. 3 S. 3 PA-RL entnehmen, wonach »um einen Sachverständigen *ersucht werden* darf«²⁰³. Das in § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG enthaltene Erfordernis einer »näheren Vereinbarung« könnte allenfalls insofern richtlinienwidrig sein, als es eine vorherige Einigung auch über sonstige Modalitäten jenseits der Person des Sachverständigen verlangt. Insoweit kommt aber eine einschränkende richtlinienkonforme Auslegung in Betracht.

Kein Umsetzungsbedarf besteht mit Blick auf Art. 13 Abs. 3 S. 2 PA-RL, der – in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit – eine Kostentragungspflicht für Plattformbetreiber mit mindestens 250²⁰⁴ Arbeitnehmern vorsieht. Dies ist im deutschen Recht bereits gewährleistet (§ 40 Abs. 1 BetrVG)²⁰⁵, sogar unabhängig von einem Schwellenwert.

(2) Subsidiäre Information der betroffenen Plattformbeschäftigten (Art. 14 PA-RL)

Ein Zwang zur Bildung eines Betriebsrats oder einer »Ad-hoc-Vertretung« folgt aus Art. 13 Abs. 2 BetrVG nicht; dass die Plattformbeschäftigten die *Möglichkeit* zur Bildung eines Betriebsrats haben, genügt.²⁰⁶ Gerade im Fall von Arbeitsplattformen hat sich die Bildung von Betriebsräten aus strukturellen Gründen allerdings als sehr schwierig erwiesen.²⁰⁷ Daher sieht Art. 14 PA-RL subsidiär – also für den Fall, dass bei der jeweiligen Plattform keine Arbeitnehmervertretung existiert – die Pflicht des Plattformbetreibers zur Unterrichtung der Plattformbeschäftigten selbst vor. Diese beschränkt sich allerdings auf eine *Informationspflicht*; eine Anhörung wird nicht verlangt. Die Information ist ausschließlich gegenüber den »be-

treffenden« Plattformbeschäftigten zu erfüllen; es handelt sich also um ein Individualrecht.

Dieser Vorgabe trägt das deutsche Recht grundsätzlich bereits mit dem Individualrecht in § 81 Abs. 4 S. 1 BetrVG Rechnung. Das BetrVG geht sogar insofern über die Richtlinienvorgaben hinaus, als § 81 Abs. 4 BetrVG auch bei Existenz eines Betriebsrats greift und § 81 Abs. 1 BetrVG den betroffenen Arbeitnehmern zusätzlich ein Anhörungs- und Stellungnahme-recht einräumt. Umsetzungsbedarf besteht allerdings hinsichtlich der in Art. 14 S. 2 PA-RL vorgesehenen Form: Während die Unterrichtung nach § 81 BetrVG formlos, also auch mündlich, erfolgen kann²⁰⁸, verlangt Art. 14 S. 2 PA-RL ein »schriftliches Dokument«, wobei es sich auch um ein »elektronisches Dokument« handeln kann. Zudem macht Art. 14 S. 3 PA-RL Vorgaben zur transparenten Gestaltung der Information²⁰⁹; diesen dürften die für § 81 BetrVG anerkannten Anforderungen²¹⁰ ebenfalls nicht genügen.²¹¹ Auf die in Art. 14 S. 2 und 3 PA-RL nicht explizit geregelte Frage, wie mit fremdsprachigen Plattformbeschäftigten umzugehen ist²¹², kommt es aus deutscher Sicht nicht an; im Rahmen des § 81 BetrVG ist bereits anerkannt, dass die Unterrichtung erforderlichenfalls in der jeweiligen Heimatsprache zu erfolgen hat.²¹³

b) Transparenzpflichten (Art. 9 PA-RL)

Während Art. 13 und 14 PA-RL in einem frühen Stadium ansetzen und *Planungstransparenz* gewährleisten wollen, geht es bei Art. 9 PA-RL um Transparenz hinsichtlich der konkreten *Funktionsweise* der zur Anwendung bestimmten automatisierten Beobachtungs- und Überwachungssysteme.²¹⁴ Bei Art. 9 PA-RL handelt es sich um das zentrale Richtlinien-Instrument, mit dem der eingangs skizzierten Informationsasymmetrie begegnet und scheinselfständigen Plattformtätigen die Geltendmachung ihres Arbeitnehmerstatus erleichtert werden soll.²¹⁵ Im Rahmen gerichtlicher und behördlicher Verfahren wird Art. 9 durch die prozessrechtliche Vorgabe in Art. 21 PA-RL (Zugang zu Beweismitteln) flankiert. Anders als im Kommissionsentwurf ist der Anwendungsbereich des Art. 21 PA-RL nicht mehr auf »Verfahren betreffend die korrekte Bestimmung des Beschäftigungsstatus« beschränkt²¹⁶, sodass die Norm Plattformtätigen auch bei der prozessualen Geltendmachung von Rechten aus Kapitel III zugute kommen kann. Darüber hinaus können Art. 9 und 21 PA-RL auch zur Vorbereitung sonstiger Prozesse dienen, etwa von Antidiskriminierungsklagen.²¹⁷

201 Zu dieser Funktion des Einigungserfordernisses GK-BetrVG-Weber (Fn. 200), § 80 Rn. 159. Diese Filterfunktion hat das Einigungserfordernis selbst iRd. § 80 Abs. 1 S. 2 BetrVG (Entfallen der Erforderlichkeitsprüfung im Zusammenhang mit KI-Einsatz); denn auch hier bedarf es noch einer Einigung über die Kostenfrage (s. RegE zum Betriebsrätemodernisierungsgesetz, BT-Drs. 19/28899, S. 14 f.).

202 In der deutschen Fassung des ErwG 52 S. 3 bezieht sich »in abgestimmter Weise« zwar nicht auf die Sachverständigenauswahl, sondern auf die damit bezweckte Vorbereitung der Anhörung (»in abgestimmter Weise auf die Anhörung vorbereiten können«). Der Vergleich mit anderen Sprachfassungen zeigt aber, dass es sich dabei um eine Ungenauigkeit bei der Übersetzung handelt (s. insb. die englische Fassung: »chosen by the platform workers or their representatives in a concerted manner«).

203 Hervorh. durch Verf.

204 In Art. 9 Abs. 3 S. 2 PA-RL-E war ein Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern vorgesehen.

205 Näher dazu GK-BetrVG-Weber (Fn. 200), § 40 Rn. 45 ff., § 80 Rn. 159.

206 Vgl. zur RL 2002/14/EG Greiner, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 21 Rn. 22; EuArbRK-Weber (Fn. 59), Art. 2 RL 2002/14/EG Rn. 19; aA. bzgl. »Ad-hoc-Vertretungen« Kohte/Schulze-Doll, in: Düwell (Hrsg.), NomosKommentar Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Baden-Baden 2022, RL 2002/14/EG Rn. 35.

207 Nationale Akademie der Wissenschaft Leopoldina, Die Zukunft der Arbeit, 2024, S. 55. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in der digitalen Vereinzelung. Diesem Problem will Art. 20 PA-RL (Kommunikationskanäle) begegnen.

208 GK-BetrVG-Franzen (Fn. 200), § 81 Rn. 9 mwN.

209 Die Form- und Gestaltungsvorgaben in Art. 14 S. 2 und 3 PA-RL entsprechen denen des Art. 9 Abs. 2 S. 2 PA-RL, s. dazu unten b)(3).

210 Gefordert wird eine »Verständlichkeit« der Information, s. nur GK-BetrVG-Franzen (Fn. 200), § 81 Rn. 10.

211 Eine ausdr. Normierung der Transparenzanforderungen des Art. 14 S. 3 PA-RL dürfte jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des unionsrechtlichen Gebots einer transparenten Richtlinienumsetzung erforderlich sein.

212 Dazu im Kontext des gleichlautenden Art. 9 Abs. 2 PA-RL unten noch b)(3).

213 S. nur GK-BetrVG-Franzen (Fn. 200), § 81 Rn. 10; einschränkend Richardi-Thüsing (Fn. 163), § 81 Rn. 16: andere Sprache als die des Arbeitsvertrags im Zweifel nur auf Verlangen des Arbeitnehmers.

214 Frank/Heine, NZA 2024, 865, 869 erkennen allerdings inhaltliche Überschneidungen.

215 S. oben II.2.

216 Vgl. Art. 16 Abs. 1 PA-RL-E und dazu Gräf, ZFA 2023, 209, 239.

217 S. auch Herpich (Fn. 40), S. 318 f.: Schaffung einer *pre-trial discovery*.

(1) Informationsempfänger und -inhalte

Art. 9 Abs. 1 UAbs. 1 PA-RL benennt zunächst die *Informationsempfänger*, namentlich Plattformtätige, Vertreter²¹⁸ der Plattformtätigen²¹⁹ und zuständige Behörden. Sodann werden in UAbs. 2 die *mitzuteilenden Informationen* aufgelistet – und zwar getrennt in Bezug auf automatisierte Beobachtungs- und Entscheidungssysteme:

Die in Bezug auf automatisierte *Beobachtungssysteme* mitzuteilenden Informationen (lit. a) wurden gegenüber dem Kommissionsentwurf erweitert: Neben dem »Ob« des Einsatzes eines solchen Systems (i) und den Daten- und Tätigkeitskategorien, die von dem System kontrolliert/beobachtet/bewertet werden (ii)²²⁰, sind nun auch das Ziel und die Art und Weise der Beobachtung (iii) sowie eine etwaige Datenübermittlung an Dritte und die Empfänger (iv) anzugeben.

In Bezug auf automatisierte *Entscheidungssysteme* (lit. b) sind das »Ob« des Einsatzes solcher Systeme (i) und die Kategorien der von ihnen getroffenen oder unterstützten Entscheidungen (ii)²²¹ und der dazu verarbeiteten Daten (iii) mitzuteilen. Weiterhin sind die wichtigsten Entscheidungsparameter und deren relative Bedeutung zueinander anzugeben (iii). Nicht offenzulegen sind die Algorithmen selbst; diese unterliegen dem – in der finalen Richtlinienfassung leider nicht mehr explizit²²² erwähnten²²³ – Geschäftsgeheimnisschutz.²²⁴ Freilich kann es hier im Detail zu Abgrenzungsproblemen kommen.²²⁵ Zu informieren ist schließlich über die Gründe für Entscheidungen, die von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffen oder unterstützt werden (iv), wobei der Kreis der Entscheidungen an dieser Stelle durch einen abschließenden Katalog auf bestimmte besonders wichtige Entscheidungen begrenzt ist.²²⁶ Zu beachten ist, dass es an dieser Stelle – im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b iv) PA-RL – nur um eine abstrakte Vorabinformation über die Gründe für Entscheidungen geht, die von dem automatisierten Entscheidungssystem, das der jeweilige Plattformbetreiber nutzt, *generell* getroffen oder unterstützt werden (können).²²⁷ Nicht gemeint ist hier die Benennung der Gründe für eine *konkrete* Entscheidung; diese sind

218 Hier sind neben den Betriebsräten auch die Gewerkschaften gemeint, da Art. 9 PA-RL nicht nur die betriebliche Mitbestimmung fördern, sondern auch die Voraussetzungen für Kollektivverhandlungen auf Augenhöhe schaffen will; so zum PA-RL-E bereits Gräf, ZFA 2023, 209, 230 f. (auch zu kompetenzrechtlichen Bedenken); allg. zur Kontextabhängigkeit der Auslegung des Vertreterbegriffs bereits IV.2.c) (1) und Fn. 112. Ebenfalls für eine Einbeziehung der Gewerkschaften Frank/Heine, NZA 2024, 865, 869 (jdf. in der Tendenz und mit der Einschränkung, dass an die Gewerkschaft nur die zur Aufgabenwahrnehmung erforderlichen Informationen zu übermitteln sind).

219 S. insofern Art. 15 PA-RL und dazu oben IV.2.c).

220 Ausdrücklich genannt sind die Kundenbewertungen.

221 Abweichend von der allgemeinen Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL genügt hier nach Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c PA-RL, dass Entscheidungen sich nicht »erheblich«, sondern nur »in irgendeiner Weise« auf Plattformtätige auswirken, s. dazu oben V.2.c). Deswegen dürfte es nicht ausreichen, bei der Information über die verschiedenen Entscheidungs-Kategorien nur nach den in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL genannten Kategorien zu differenzieren; so der Vorschlag von Frank/Heine, NZA 2024, 865, 869.

222 S. lediglich an anderer Stelle (Art. 21 Abs. 2 PA-RL): »vertrauliche Informationen«.

223 Anders noch ErWG 33 des PA-RL-E (hierzu Krause, NZA 2022, 521, 529). Vgl. auch den Änderungsvorschlag des Parlaments (EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022, Fn. 3, Amendment 45), der den Geschäftsgeheimnisschutz wohl weiter zurückgedrängt hätte.

224 So auch Herpich (Fn. 40), S. 355: iE. keine Veränderung durch die Anpassung im Gesetzgebungsverfahren.

225 S. zum Streitpotenzial im Einzelfall bereits Daum (Fn. 33), S. 102 (auf Basis des PA-RL-E).

226 S. zu den verschiedenen großen Kreisen von Entscheidungen, an die die einzelnen Regelungen der PA-RL anknüpfen, noch Fn. 270.

227 Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b ii) und iii) PA-RL, wo jeweils von »Kategorien« die Rede ist.

Gegenstand der nachträglichen Entscheidungsüberprüfung im Einzelfall gemäß Art. 11 Abs. 1 PA-RL.²²⁸

(2) Zeitpunkte der Information

In Art. 9 Abs. 3 bis 5 PA-RL findet sich ein differenziertes System zu den *Zeitpunkten*, zu denen die Informationen zur Verfügung zu stellen sind. Dabei wird im Ausgangspunkt nach den Empfängergruppen differenziert:

Für die Information der *Plattformtätigen* selbst sieht Art. 9 Abs. 3 PA-RL ein abgestuftes System vor, das nach dem Detailgrad der mitzuteilenden Informationen abgeschichtet ist: In einem ersten Schritt (Absatz 3 UAbs. 1) sind nur Informationen über die Systeme und ihre Merkmale zur Verfügung zu stellen, die sich »direkt« auf die Plattformtätigen oder ihre Arbeitsbedingungen auswirken; die Information ist »in prägnanter Form« zu übermitteln. Diese Kurzinformation hat spätestens am ersten Arbeitstag und vor jeder relevanten Änderung automatisch zu erfolgen. Erst in einem zweiten Schritt (Absatz 3 UAbs. 2), nämlich auf Anfrage des Plattformtätigen, sind »alle« Informationen iSd. Absatz 1 »in umfassender und detaillierter Form« zur Verfügung zu stellen. Auf Anfrage kann sich der Plattformtätige aber auch zu jedem späteren Zeitpunkt erneut die prägnante Kurzinformation nach Absatz 3 UAbs. 1 zur Verfügung stellen lassen. Diese letztgenannte Option verdeutlicht, dass es bei der Abstufung in Absatz 3 nicht darum geht, den Plattformbetreiber organisatorisch zu entlasten²²⁹, sondern vielmehr darum, eine Überforderung der Plattformtätigen durch eine Informationsflut (»information fatigue«, »information overload«²³⁰) zu vermeiden.

Die Information der anderen Empfängergruppen erfolgt demgegenüber ohne inhaltliche Abstufung: Den *Vertretern der Plattformtätigen* sind sämtliche Detailinformationen (»in umfassender und detaillierter Form«) automatisch²³¹ vor der ersten Anwendung dieser Systeme und vor jeder relevanten Änderung sowie jederzeit auf Anfrage zur Verfügung zu stellen (Art. 9 Abs. 4 UAbs. 1 PA-RL), den zuständigen *Behörden* nur auf Anfrage (UAbs. 2).

Gesondert geregelt ist die Situation von *Personen, die sich in einem Einstellungsverfahren befinden* in Art. 9 Abs. 5 PA-RL.²³² Diesen müssen (zunächst) nur Informationen über diejenigen Systeme zur Verfügung gestellt werden, die im Einstellungsverfahren zum Einsatz kommen. Da diese »vor Beginn« des Einstellungsverfahrens bereitgestellt werden müssen, genügt es nicht, wenn sie dem Bewerber erst nach Absendung seines Antrags auf Abschluss eines Nutzervertrags übermittelt werden; sie müssen vielmehr schon vor dem Registrierungsvorgang auf der Website oder in der App abrufbar sein, also der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Die Informationspflicht hinsichtlich *sämtlicher* Systeme, denen Plattformtätige während ihrer Tätigkeit unterliegen, trifft den Plattformbetreiber dann nicht schon mit Zustandekommen des Nutzervertrags. Für die *ipso iure* zu erteilende Kurzinformation nach Absatz

228 Diff. hingegen Frank/Heine, NZA 2024, 865, 870. S. zu Art. 11 PA-RL unten noch 5.a).

229 Dieser hat dadurch, dass er einmal Kurzinformationen »in prägnanter Form« und einmal ausführliche Informationen »in ausführlicher und detaillierter Form« zusammenstellen muss, sogar einen höheren Aufwand.

230 Gruber-Risak/Warter, DRdA 2024, 266, 273.

231 Anders noch Art. 6 Abs. 4 PA-RL-E: nur »auf deren Ersuchen« hin. Der Verzicht auf dieses Erfordernis geht wohl auf das Parlament zurück, s. EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022 (Fn. 3), Amendments 113 und 124.

232 S. hierzu bereits allg. V.2.d).

3 UAbs. 1 genügt eine Übermittlung bis zum ersten Arbeitstag (UAbs. 1 lit. a). Auf Anfrage dürfte die Information über sämtliche Systeme²³³ aber schon nach Abschluss des Nutzervertrags geschuldet sein, da es sich ab diesem Zeitpunkt begrifflich bereits um eine »Person, die Plattformarbeit leistet«, handelt²³⁴ und die Information nach Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 lit. c PA-RL »jederzeit« auf Anfrage geschuldet ist.

Soweit nach Art. 9 Abs. 1 bis 5 PA-RL Informationen auf Anfrage zu erteilen sind, stellt sich die Frage, innerhalb welcher Frist der Plattformbetreiber dieser Pflicht nachkommen muss. Da sich hierzu in der PA-RL keine spezielle Regelung findet, ist auf die Fristenregelung in Art. 12 Abs. 3 DSGVO (unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats) zurückzugreifen.

(3) Form und transparente Gestaltung der Information

Die Form der Informationserteilung regelt Art. 9 Abs. 2 S. 1 PA-RL: Es bedarf der Übermittlung in einem »schriftlichen Dokument«, wobei es sich auch um ein »elektronisches Dokument« handeln kann. Damit dürften dieselben Anforderungen wie in Art. 12 Abs. 1 S. 2 DSGVO gemeint sein, obwohl die Formulierung von der dortigen (»schriftlich«, »elektronisch«) geringfügig abweicht.²³⁵ Möglich ist damit eine Übermittlung über die Plattform-App.²³⁶ Die Informationen sind nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 PA-RL »in transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in klarer und einfacher Sprache« darzustellen. Dies entspricht (im Wesentlichen²³⁷) Art. 12 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 DSGVO.

Weder Art. 9 Abs. 2 S. 2 PA-RL noch Art. 12 Abs. 1 DSGVO verhalten sich zu der Frage, ob und in wie viele Landessprachen die Informationen zu übersetzen sind. Art. 1 Abs. 3 PA-RL lässt sich immerhin die Wertung entnehmen, dass die Informationen jedenfalls in den Landessprachen der Orte erfolgen müssen, an denen die Plattformtätigen, die zu der jeweiligen Plattform gehören, tatsächlich ihre Arbeit verrichten. Darüber hinaus wird man nach dem Regelungszweck des Art. 9 Abs. 2 PA-RL Informationen in den jeweiligen Muttersprachen der Plattformtätigen als geschuldet ansehen müssen.²³⁸ Vor dem Hintergrund dieser Informationspflichten dürfte es nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO (Erforderlichkeit zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung) zulässig sein, bei der Begründung des Nutzervertrags die Muttersprache der (künftigen) Plattformtätigen abzufragen; dabei ist wegen Art. 5 Abs. 1 lit. a und b DSGVO auf den Zweck dieser Abfrage hinzuweisen. Bei Informationen, die nach Art. 9 Abs. 1 bis 4 PA-RL auf Anfrage eines Plattformtätigen zu erfolgen haben, kann den Anfragenden auch die Möglichkeit eingeräumt werden, die Sprache

(neu) zu wählen.²³⁹ Hinsichtlich der Informationen, die nach Art. 9 Abs. 5 PA-RL schon vor Abschluss des Nutzervertrags der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen sind, dürfte es erforderlich sein, die Informationen in den Sprachen sämtlicher Länder anzubieten, in denen der jeweilige Plattformbetreiber die Möglichkeit der Plattformarbeit eröffnet.²⁴⁰

(4) Verhältnis zu Art. 12 bis 15 DSGVO

Die skizzierten Regelungen in Art. 9 Abs. 1 bis 5 PA-RL konkretisieren und erweitern die Informations- und Auskunftspflichten der Art. 13 bis 15 DSGVO.²⁴¹ Wie weit das Spezialitätsverhältnis der PA-RL²⁴² genau reicht, wird – anders als noch im Kommissionsentwurf²⁴³ – leider nicht konkretisiert. In ErWG 44 S. 1 heißt es lediglich, Art. 9 PA-RL gelte »zusätzlich«.

Richtigerweise richtet sich die Verdrängungswirkung nach den Informationsgegenständen: Art. 9 Abs. 1 PA-RL überschneidet sich (partiell) mit Art. 13 Abs. 1 lit. c Alt. 1, lit. e, Abs. 2 lit. f, mit Art. 14 Abs. 1 lit. c Alt. 1, lit. d und e, Abs. 2 lit. g und mit Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2²⁴⁴ lit. b, c und h DSGVO. Im Überschneidungsbereich werden nicht nur die genannten Regelungen verdrängt, sondern auch die zugehörigen Ausnahmegvorschriften (Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 4 DSGVO) sowie die Regelungen zu den Erfüllungsmodalitäten in Art. 12 DSGVO; letzteres gilt allerdings nur, soweit Art. 9 Abs. 2 bis 5 PA-RL zu diesen Modalitäten speziellere Regelungen trifft²⁴⁵. Hinsichtlich der von Art. 9 Abs. 1 PA-RL nicht erfassten Informationsgegenstände bleibt es bei der vollen Anwendbarkeit der Art. 13 bis 15 DSGVO (einschließlich der Ausnahmen in Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 4 DSGVO und der Modalitätenregelung in Art. 12 DSGVO).

(c) Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 8 PA-RL)

Art. 8 PA-RL konkretisiert und ergänzt²⁴⁶ die Vorgaben des Art. 35 DSGVO zur Datenschutz-Folgenabschätzung: Nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 PA-RL wird zunächst unwiderleglich vermutet, dass bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine digitale Arbeitsplattform mittels automatisierter Beobachtungs- oder Entscheidungssysteme das nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO

²³³ Und zwar nach Wahl des Plattformtätigen entweder die »prägnante« Kurzversion nach Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 PA-RL oder die ausführliche Version nach UAbs. 2.

²³⁴ Das nach Art. 2 Abs. 1 lit. b PA-RL erforderliche »Vertragsverhältnis« ist dann gegeben.

²³⁵ Ein tatsächlicher inhaltlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass in Art. 9 Abs. 2 PA-RL anders als in Art. 12 Abs. 1 S. 3 DSGVO ein Ausweichen auf die mündliche Form auf Verlangen des Betroffenen nicht vorgesehen ist. In der Plattform-Praxis dürfte eine mündliche Information aber ohnehin ausscheiden.

²³⁶ Frank/Heine, ZdiW 2022, 335, 339.

²³⁷ In Art. 12 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 DSGVO findet sich zusätzlich das Erfordernis einer »präzisen« Form. Warum dieses in Art. 9 Abs. 2 S. 2 PA-RL fehlt, ist nicht ersichtlich. Es sollte bei der Umsetzung mitaufgenommen werden, da nicht davon auszugehen ist, dass der Richtlinienggeber für Plattformtätige hinter den allgemeinen Vorgaben der DSGVO zurückbleiben wollte.

²³⁸ Dies ist gerade bei ortsbundener Plattformarbeit von Bedeutung, weil hier der Anteil Zugewanderter besonders hoch ist, s. Loschert/Hampel/Ebehöh (Fn. 30), S. 7, 61.

²³⁹ Vgl. zu Art. 12 bis 15 DSGVO Paal/Pauly-Paal/Hennemann (Fn. 159), Art. 12 DS-GVO Rn. 35; Sprache der Antragsstellung als geschuldete Sprache der Informationserteilung.

²⁴⁰ Vgl. zu ähnlichen Überlegungen im Rahmen der DSGVO mit Blick auf das dort geltende Markortprinzip Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 3. Aufl., München 2024, Art. 12 Rn. 19.

²⁴¹ S. dazu bereits Otto, Ital. LLeJ 15 (2022), 51, 55 f. (zum PA-RL-E).

²⁴² Dazu oben bereits allg. III.2.

²⁴³ S. ErWG 31 des PA-RL-E und dazu Gräf, ZFA 2023, 209, 230 (dort insb. Fn. 132).

²⁴⁴ Gänzlich unberührt bleibt von der PA-RL der Auskunftsanspruch nach Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 DSGVO samt Recht auf Datenkopie (Abs. 3).

²⁴⁵ Wie erwähnt ist dies etwa hinsichtlich der Form (Art. 12 Abs. 1 S. 2 und 3 DSGVO), nicht aber hinsichtlich der Frist (Art. 12 Abs. 3 DSGVO) der Fall. Geltung beansprucht im Anwendungsbereich des Art. 9 PA-RL etwa auch der Grundsatz der Unentgeltlichkeit (Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO). Die Frage, ob dies auch für den Rechtsmissbrauchseinwand nach Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO gilt – denkbar ist dies im Fall »exzessiver Anträge« (in der PL-RL-Terminologie: »Anfragen«) durch Plattformtätige –, dürfte ohne große praktische Relevanz sein; denn es handelt sich bei den nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO mitzuteilenden Informationen um Meta-Informationen, die nicht ständig aktualisiert und auf einzelne Plattformtätige angepasst werden müssen, sodass sie die Plattformbetreiber ohnehin vorhalten müssen und beliebig oft elektronisch übermitteln können.

²⁴⁶ ErWG 43 S. 3 spricht von »spezifischen Vorschriften«, womit solche iSd. Art. 88 DSGVO gemeint sind; dazu, dass es sich tatsächlich um ein *Lex-specialis*-Verhältnis handelt, oben bereits III.2.

tatbestandlich geforderte Risiko²⁴⁷ stets gegeben ist; damit ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung im Anwendungsbereich der PA-RL immer durchzuführen.²⁴⁸ Art. 8 Abs. 1 S. 2 PA-RL verpflichtet die Plattformbetreiber, den Standpunkt der Plattformtätigen und deren Vertreter einzuholen, und präzisiert für den Bereich der Plattformarbeit damit Art. 35 Abs. 9 DSGVO. Eine Neuerung gegenüber Art. 35 DSGVO enthält Art. 8 Abs. 2 DSGVO; danach haben die Plattformbetreiber den Vertretern der Plattformtätigen²⁴⁹ die Datenschutz-Folgenabschätzung zur Verfügung zu stellen.

3. Beaufsichtigung automatisierter Systeme (»human over the loop«)

Nach dem Konzept des Richtliniengebers sollen Menschen nicht nur zum präventiven Schutz vor algorithmenbedingten Gefahren, sondern auch im laufenden Betrieb zur Beaufsichtigung algorithmischer Systeme eingeschaltet werden (»human over the loop«).

a) Beseitigung systemischer Mängel (Art. 10 Abs. 1 bis 4 PA-RL)

Art. 10 PA-RL adressiert dabei speziell die Gefahren, die von algorithmischen Entscheidungssystemen ausgehen, genauer gesagt von den Entscheidungen, die von einem solchen System getroffen oder unterstützt werden; algorithmische Beobachtungssysteme sind von Art. 10 PA-RL nicht erfasst. Die Auswirkungen solcher Entscheidungen auf die Plattformtätigen und die Arbeitsbedingungen hat der Plattformbetreiber nach Art. 10 Abs. 1 PA-RL ständig zu beaufsichtigen und mindestens alle zwei Jahre zu bewerten.²⁵⁰ Die Bewertung ist nach Art. 10 Abs. 4 PA-RL den Vertretern der Plattformtätigen²⁵¹ und – allerdings nur auf Anfrage – den Plattformtätigen selbst sowie den zuständigen Behörden zu übermitteln.

Nach Art. 10 Abs. 2 PA-RL hat der Plattformbetreiber mit dieser Beaufsichtigungs- und Bewertungsaufgabe eine ausreichende Zahl²⁵² von Personen zu betrauen (Satz 1), die über entsprechende Kompetenz und ausreichende Befugnisse verfügen müssen (Satz 2); dazu gehört insbesondere die Befugnis zur Aufhebung konkreter Entscheidungen, die gegenüber Plattformtätigen ergangen sind. Diese Personen, die man als »Algorithmusbeauftragte« bezeichnen könnte, sind nach Satz 3 durch ein Maßregelungsverbot vor Entlassungen und anderen benachteiligenden Maßnahmen zu schützen. Ein absoluter Kündigungsschutz, wie ihn das deutsche Recht für den Datenschutzbeauftragten kennt (§ 6 Abs. 4 iVm. § 38 Abs. 2 BDSG), ist durch die Richtlinie nicht gefordert, wäre aber unions- und verfassungsrechtlich zulässig.²⁵³

247 Allg. zum Erfordernis einer Risikoprognose Kühling/Buchner-Jandt (Fn. 49), Art. 35 DS-GVO Rn. 7; s. auch die nicht abschließenden Regelbeispiele in Art. 35 Abs. 3 DSGVO; zur Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 35 Abs. 1 und 3 DSGVO beim Einsatz von Algorithmen außerhalb der PA-RL ausf. Herpich (Fn. 40), S. 243 ff. (und speziell zu Arbeitsplattformen S. 285 ff.); Schindler, Zulässigkeit und Grenzen algorithmischer Systeme bei arbeitsrechtlichen Auswahlentscheidungen, Hamburg 2023 (zugl. Hamburg, BLS, Diss. 2023), S. 241 ff.

248 S. auch ErWG 43 S. 2.

249 Zur Differenzierung nach Art. 15 PA-RL s. oben IV.2.c).

250 Hier können sich Überschneidungen mit Art. 14 KI-VO ergeben. Werden die dortigen Anforderungen erfüllt, dürften idR. auch den Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 und 3 PA-RL genüge getan sein.

251 S. insofern Art. 15 PA-RL und dazu oben IV.2.c).

252 Zur möglichen Umsetzungsoption, im Sinne der Rechtssicherheit gestaffelte Mindestzahlen vorzugeben, bereits Gräf, ZFA 2023, 209, 232.

253 Hierzu und zu den rechtspolitischen Einwänden Gräf, ZFA 2023, 209, 232.

Eine Neuerung gegenüber dem Kommissionsentwurf findet sich in Art. 10 Abs. 3 PA-RL. Dort ist gesondert der Fall geregelt, dass bei der Bewertung nach Absatz 1 ein hohes Diskriminierungsrisiko oder die Verletzung (sonstiger) Rechte der Plattformtätigen²⁵⁴ festgestellt wird. Der Plattformbetreiber hat dann geeignete Abhilfemaßnahmen einzuleiten, die von technischen Änderungen bis hin zu einer Einstellung des jeweiligen Systems reichen können. Anders als in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PA-RL geht es in Art. 10 Abs. 3 PA-RL nicht um die Reaktion auf individuelle Rechtsverstöße zum Nachteil einzelner Plattformtätiger, sondern um die Beseitigung aktueller »systematischer Mängel« (ErWG 47 S. 7).²⁵⁵

Solche Mängel können etwa auftreten, wenn es bei der Bewertung von Plattformtätigen durch Kunden bestimmte benachteiligende Muster gibt, zB. wenn Plattformtätige wegen ihrer ethnischen Herkunft gehäuft schlechtere Kundenbewertungen erhalten.²⁵⁶ Dabei steht der Plattformbetreiber vor dem Problem, dass er zur Feststellung einer solchen strukturellen Diskriminierung entsprechende Daten erheben müsste, was ihm allerdings durch das absolute Verarbeitungsverbot in Art. 7 Abs. 1 lit. e PA-RL ausnahmslos untersagt ist. Man könnte daran denken, diesen Zielkonflikt mittels einer teleologischen Reduktion des Art. 7 Abs. 1 lit. e PA-RL aufzulösen und eine Verarbeitung auf Grundlage des – dann nicht mehr gesperrten – Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO (Erfüllung von Pflichten aus dem Arbeitsrecht) zuzulassen; die Verarbeitung wäre streng auf die in Art. 10 Abs. 3 PA-RL genannten Zwecke zu beschränken. Damit wäre freilich ein Einfallstor für eine missbräuchliche Nutzung dieser Daten geschaffen. Im Zweifel wird man sich an den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 lit. e PA-RL halten müssen; dann muss sich der Plattformbetreiber aber im Rahmen des Art. 10 Abs. 3 PA-RL auf (teilweise) rechtliche Unmöglichkeit berufen dürfen.

b) Arbeitsschutz und Meldekanäle (Art. 12 PA-RL)

Art. 12 PA-RL reagiert auf die eingangs skizzierten Sicherheits- und Gesundheitsrisiken algorithmengesteuerter Plattformarbeit mit arbeitsschutzrechtlichen Instrumenten ua. in Form einer besonderen Gefährdungsbeurteilung. Insofern handelt es sich um eine *lex specialis* im Verhältnis zur Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie (RL 89/391/EWG).²⁵⁷ Zur Umsetzung bedarf es einer entsprechenden Konkretisierung des § 5 ArbSchG, die sich im Rahmen einer gesonderten arbeitsschutzrechtlichen Rechtsverordnung auf Grundlage des § 18 ArbSchG verwirklichen ließe.

Auch in diesem Zusammenhang erweist sich Art. 7 PA-RL als zu eng: Um psychische und physische Belastungen der Plattformtätigen feststellen zu können, bedürfte es einer entsprechenden Datenerhebung; die Verarbeitung von Daten über den emotionalen und psychischen Zustand sowie über den Gesundheitszustand ist aber nach Art. 7 Abs. 1 lit. a und e PA-RL

254 Aus kompetenzrechtlichen Gründen dürften hier nur Rechte aus dem Unionsrecht in Betracht kommen; s. dazu (in anderem Kontext) bereits Gräf, ZFA 2023, 209, 235 f.; tendenziell zust. Frank/Heine, NZA 2024, 865, 870 (unter Fn. 47).

255 Allerdings verlangt auch Art. 11 Abs. 3 S. 3 PA-RL anlässlich individueller Rechtsverstöße erforderliche Abhilfemaßnahmen »in die Breite«.

256 Zu solchen Diskriminierungsrisiken oben bereits II.2.

257 Insofern bildet die PA-RL einen neuen Bestandteil des besonderen Teils des europäischen Arbeitsschutzrechts, s. dazu Witschen, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, München 1.9.2024, § 618 Rn. 32.

ohne Rechtfertigungsmöglichkeit verboten.²⁵⁸ Auch dies wird man bei der Bestimmung der Pflichtenintensität iRd. Art. 12 PA-RL zu berücksichtigen haben.

Auf besondere Risiken, die im Rahmen ortsgebundener Plattformarbeit durch Gewalt und Belästigung von Seiten der Kunden auftreten können²⁵⁹, reagiert Art. 12 Abs. 5 PA-RL. Danach sind Plattformbetreiber insbesondere zur Einrichtung wirksamer Meldekanäle verpflichtet. Hier ergeben sich Überschneidungen mit der Whistleblower-Richtlinie (RL 2019/1937/EU) und mit dem HinSchG.

4. Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall («human in the loop»)

Eine zentrale Vorschrift, die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ergänzt wurde²⁶⁰, findet sich an versteckter Stelle: Nach Art. 10 Abs. 5 PA-RL müssen bestimmte Entscheidungen, die sich ganz besonders nachteilig auf Plattformtätige auswirken, zwingend von einem Menschen getroffen werden («human in the loop»). Bei den erfassten Entscheidungen handelt es sich um einen in Art. 10 Abs. 5 PA-RL abschließend benannten Ausschnitt aus dem Kreis derjenigen Entscheidungen, die in der Definition automatisierter Entscheidungssysteme in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL genannt werden, nämlich um solche »in Bezug auf die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Vertragsverhältnisses oder Kontos« sowie um »jede andere Entscheidung mit gleichwertigen nachteiligen Auswirkungen«²⁶¹. Solche – mit eigenen Worten »bestandsgefährdenden« – Entscheidungen dürfen also nicht von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffen, sondern nur unterstützt werden.

Bei diesem Verbot handelt es sich um eine Spezialnorm im Verhältnis zum Verbot²⁶² automatisierter²⁶³ Entscheidungen im allgemeinen Datenschutzrecht (Art. 22 Abs. 1 DSGVO). Art. 10 Abs. 5 PA-RL führt dabei in zweifacher Hinsicht zu einem verbesserten Schutz von Plattformtätigen: Zum einen wird in Art. 22 Abs. 1 DSGVO der Kreis der Entscheidungen, die unter dieses Verbot fallen, durch ein Erheblichkeitskriterium

bestimmt und ist insofern recht ungenau definiert²⁶⁴; Art. 10 Abs. 5 PA-RL ist mit dem gerade zitierten Katalog von Entscheidungsarten deutlich konkreter ausgestaltet und sorgt dadurch für mehr Rechtssicherheit. Zum anderen sieht Art. 10 Abs. 5 PA-RL ein *absolutes* Verbot automatisierter Entscheidungen vor; die in Art. 22 Abs. 2 DSGVO geregelten Ausnahmen²⁶⁵ werden nach dem *Lex-specialis*-Grundsatz mitverdrängt.²⁶⁶

Art. 22 Abs. 1 und 2 PA-RL tritt im Anwendungsbereich der PA-RL allerdings nicht vollständig zurück, sondern nur hinsichtlich der in Art. 10 Abs. 5 PA-RL genannten besonders erheblichen («bestandsgefährdenden») Entscheidungen. Was sonstige Entscheidungen iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL betrifft, bleibt es beim (schwächeren) Schutz durch Art. 22 Abs. 1 und 2 DSGVO; deren Rechtmäßigkeit ist wie bisher einzelfallbezogen unter Einbeziehung der Ausnahmetatbestände zu prüfen.

5. Nachträgliche Entscheidungskontrolle («human after the loop»)

a) Erklärungs-, Begründungs- und Remonstrationsrecht (Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL)

In einem engen systematischen Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 5 PA-RL steht Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL. Danach haben Plattformtätige im Einzelfall das Recht, Entscheidungen iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL durch Menschen überprüfen zu lassen.

(1) Ausgestaltung des Verfahrens

Dabei handelt es sich zwar »nur« um Verfahrensrechte; ein Sachgrunderfordernis im Sinne eines materiellen Kündigungsschutzes ist nicht vorgesehen.²⁶⁷ Diese Verfahrensrechte sind allerdings üppig ausgestaltet. Es handelt sich um ein mehrstufiges System, das durch strenge Form- und Fristvorgaben flankiert ist:

Auf der *ersten Stufe* (Art. 11 Abs. 1 PA-RL) ist zu unterscheiden: Bei bestimmten besonders wichtigen («zentralen») Entscheidungen, die von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffen oder unterstützt werden, muss die Plattform unaufgefordert aktiv werden und eine schriftliche²⁶⁸ Begründung liefern (Abs. 1 UAbs. 2). Dies hat unverzüglich²⁶⁹, spätestens aber an dem Tag, an dem die Entscheidung wirksam wird, zu geschehen. Der Kreis dieser Entscheidungen ist enger als derjenige in der allgemeinen Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL, aber weiter als derjenige, für den nach Art. 10 Abs. 5

258 Zu Recht krit. schon die Stellungnahme Nr. 06/2022 des DAV durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Vorschlag der EU-Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, S. 14 f.

259 S. dazu ErWG 51.

260 S. den Vorschlag des Parlaments: EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022 (Fn. 3), Amendment 122 und dazu Gräf, ZFA 2023, 209, 235. Die finale Fassung der Norm ist gegenüber der vom Parlament vorgeschlagenen Formulierung, die keine Erheblichkeitschwelle enthielt, deutlich abgeschwächt.

261 Darunter könnte man Abmahnungen (vgl. in anderem Regelungskontext Ch. Picker, ZEuP 2020, 305, 319) sowie die Vertragsanfechtung fassen.

262 In diesem Sinne wird der als Unterlassungsanspruch formulierte Art. 22 Abs. 1 DSGVO ganz überwiegend interpretiert, s. etwa Paal/Pauly-Martini (Fn. 159), Art. 22 DSGVO Rn. 29a f. mwN. (auch zur Gegenansicht). Nichts anderes kann für Art. 10 Abs. 5 PA-RL gelten, zumal die Norm als objektive Pflicht und damit »verbotsähnlicher« als Art. 22 Abs. 1 DSGVO formuliert ist.

263 Die Frage, wann eine Entscheidung unerlaubterweise durch das System selbst getroffen (und nicht lediglich unterstützt) wird bzw. wann eine ausreichende menschliche Letztentscheidung vorliegt, dürfte bei Art. 10 Abs. 5 PA-RL trotz des abweichenden Wortlauts nach den für Art. 22 Abs. 1 DSGVO geltenden Maßstäben (ausf. hierzu im Beschäftigungskontext Heine [Fn. 168], S. 131 ff., 257 ff.; Herpich [Fn. 40], S. 195 ff.; Knitter [Fn. 170], S. 115 ff.; Köhn, Robot-Recruiting, Berlin 2024 [zugl. Bonn, Univ., Diss. 2023], S. 141 ff.; Preis/Vogt, VSSAR 2024, 289, 307 f.; Schindler [Fn. 247], S. 214 ff.; s. auch EuGH, 7.12.2023 – C-634/21 [OQ/Land Hessen] – NZA 2024, 24, Rn. 47 ff.) zu beurteilen sein.

264 Von Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist jede Entscheidung erfasst, die gegenüber der betroffenen Person »rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt«. S. zu der Unsicherheit, die bei den mitgliedstaatlichen Gerichten bei der Auslegung des Erheblichkeitskriteriums im Beschäftigungskontext besteht, und der Tendenz, die Hürden eher zu hoch zu legen, Hießl, Jurisprudence of national courts in Europe on algorithmic management at the workplace, 2022, S. 38 f.; s. auch die Einschätzung der Kommission, Entwurfsbegründung, COM(2021) 762 final, S. 8; krit. insofern Aloisi/Potocka-Sionek, Ital. LLeJ 15 (2022), 30, 42. Ausf. zum Meinungsstand in der Lit. hinsichtlich der Anforderungen an die Erheblichkeit im Beschäftigungskontext Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 235 f.; Heine (Fn. 168), S. 131 ff. (und zu einzelnen Fallgruppen S. 137 ff.); Knitter (Fn. 170), S. 119 ff.; Köhn (Fn. 263), S. 143 ff.; Preis/Vogt, VSSAR 2024, 289, 302 ff.

265 S. zu diesen im Beschäftigungskontext Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 236 f.; Preis/Vogt, VSSAR 2024, 289, 309; ausf. Heine (Fn. 168), S. 135 (und zu einzelnen Fallgruppen S. 137 ff.); Herpich (Fn. 40), S. 213 ff.; Knitter (Fn. 170), S. 119 ff.; Köhn (Fn. 263), S. 147 ff.; Schindler (Fn. 247), S. 224 ff.

266 So iE. auch Frank/Heine, NZA 2024, 865, 869.

267 S. auch Art. 11 Abs. 4 PA-RL, wonach der nationale Kündigungsschutz unberührt bleibt. Für echte kündigungsschutzrechtliche Regelungen hätte es nach Art. 153 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 UAbs. 2 AEUV auch eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens mit Einstimmigkeit im Rat bedurft.

268 Die Möglichkeit eines elektronischen Dokuments ist hier nicht vorgesehen.

269 S. auch ErWG 49 S. 4: »zum frühestmöglichen Zeitpunkt«.

PA-RL das Verbot automatisierter Entscheidungen gilt; er entspricht trotz leicht abweichender Formulierung demjenigen in Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b iv) PA-RL.²⁷⁰

Bei sonstigen (»normal-erheblichen«) Entscheidungen iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL bedarf es der Initiative der Plattformtätigen (Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 PA-RL): Diese haben das Recht, eine Erklärung für eine solche Entscheidung zu verlangen (Absatz 1 UAbs. 1 S. 1). Die Erklärung ist nicht formgebunden; es sind aber die schon erwähnten Anforderungen an eine transparente Gestaltung²⁷¹ einzuhalten (Absatz 1 UAbs. 1 S. 2). Zu diesem Zweck²⁷² muss der Plattformbetreiber ausreichend qualifizierte »Kontaktpersonen« zur Verfügung stellen, mit denen die Plattformtätigen die für die Entscheidung erheblichen Umstände klären können (Absatz 1 UAbs. 1 S. 3 und 4). Die Rechte nach Absatz 1 UAbs. 1 müssen Plattformtätige nach der Gesetzessystematik sowie nach ihrem Sinn und Zweck auch dann haben, wenn es um eine »zentrale« Entscheidung iSd. Absatz 1 UAbs. 2 geht; die Pflichten aus Abs. 1 UAbs. 1 und UAbs. 2 bestehen nebeneinander.

Auf der zweiten Stufe (Art. 11 Abs. 2 PA-RL) können Plattformtätige, die mit der Erklärung bzw. den Gründen nicht einverstanden sind²⁷³, eine zusätzliche menschliche Überprüfung der Entscheidung verlangen. Unverzüglich, spätestens innerhalb von zwei Wochen²⁷⁴, ist eine »hinreichend genau und angemessen begründete Antwort« zu übermitteln. Insofern lässt sich von einem »Remonstrationsrecht« sprechen.²⁷⁵ Hier genügt ein elektronisches Dokument. Neben den Plattformtätigen können auch deren Vertreter²⁷⁶ die Überprüfung verlangen.

Unter dem Strich können auf Seiten der Plattform bis zu drei Personen an einer einzigen Entscheidung zu beteiligen sein: erstens (in Fällen, in denen die Entscheidung von einem automatisierten Entscheidungssystem nur unterstützt wird) der menschliche Erstentscheider, zweitens die Kontaktperson nach Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 S. 3 PA-RL und drittens die mit der Remonstration nach Art. 11 Abs. 2 PA-RL betraute Person.²⁷⁷ Der Schutzzweck des Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL spricht dafür, dass es sich im Sinne eines Mehr-Augen-Prinzips jeweils um unterschiedliche Personen handeln muss. Gerade für kleine Plattformen und Start-ups dürfte dies zu einer erheblichen Belastung führen. Ob der »Algorithmusbeauftragte« nach Art. 10 Abs. 2 PA-RL wiederum personenverschieden sein muss, erscheint weniger eindeutig.²⁷⁸ Dagegen sprechen in systematischer Hinsicht die getrennte Verortung in unterschiedlichen

Richtlinien-Artikeln und der strukturelle Unterschied zwischen den beiden Aufgabenkategorien (»human over the loop« vs. »human after the loop«).

(2) Verhältnis zu den Interventionsrechten in Art. 22 Abs. 3 DSGVO

Der Wortlaut des ErwG 49 S. 1 (»Zusätzlich«) spricht dafür, dass das skizzierte Verfahren nicht die Interventionsrechte des allgemeinen Datenschutzrechts (Art. 22 Abs. 3 DSGVO) verdrängt, sondern neben diesen Anwendung findet.²⁷⁹

Art. 22 Abs. 3 DSGVO dürfte neben Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL aber keine praktische Bedeutung haben; denn Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL geht deutlich über den Schutz des Art. 22 Abs. 3 DSGVO hinaus – in mehrfacher Hinsicht: Erstens gilt Art. 11 PA-RL auch für Entscheidungen, die durch ein algorithmisches System lediglich *unterstützt* wurden²⁸⁰, während Art. 22 DSGVO nur Entscheidungen erfasst, die ausschließlich auf einer Automatisierung beruhen²⁸¹. Der für Betroffene in der Praxis oft nur schwer zu führende Nachweis, dass an der fraglichen Entscheidung kein Mensch beteiligt war²⁸², fällt im Rahmen des Art. 11 PA-RL also weg. Zweitens sind die Verfahrensrechte nach Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL deutlich stärker ausgestaltet als die Interventionsrechte nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO²⁸³, außerdem wesentlich präziser. Drittens verlangt auch die Anwendbarkeit der Interventionsrechte des Art. 22 Abs. 3 DSGVO eine »erhebliche Beeinträchtigung« der betroffenen Person iSd. Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Auch insofern – hinsichtlich des Erforderlichkeitskriteriums – sorgt Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL iVm. der Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL für mehr Rechtssicherheit²⁸⁴; denn die relevantesten »erheblichen« Entscheidungen sind in Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL als Beispiele aufgelistet.

Nur am Rande sei erwähnt, dass auch die KI-VO ein Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung kennt (Art. 86 Abs. 1 KI-VO). Dieses ist aber – wie aus Art. 86 Abs. 3 KI-VO folgt – subsidiär gegenüber den Rechten aus Art. 23 Abs. 3 DSGVO²⁸⁵ und aus Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL.

(3) Verhältnis zum Verbot automatisierter Entscheidungen in Art. 10 Abs. 5 PA-RL und Art. 22 Abs. 1 DSGVO

Die Verfahrensrechte des Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL werden auch dann, wenn es sich im konkreten Fall um eine der »bestandsgefährdenden« Entscheidungen iSd. Art. 10 Abs. 5 PA-RL handelt, nicht durch das dort geregelte Verbot obsolet. Denn die Rechtswirkungen des Verbots (zB. die Unwirksamkeit einer Willenserklärung, die auf die Beendigung des Nutzervertrags gerichtet ist) muss der Plattformtätige uU. auch erst gegenüber dem Plattformbetreiber durchsetzen, damit sie auch *praktische* Wirkung entfalten. Dies kann er im Klagewege tun (vgl. Art. 18 PA-RL)²⁸⁶ oder zunächst mit den deutlich niederschwelligeren Mitteln des Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL

270 Die Normen weisen insofern einen sachlichen Zusammenhang auf, als es in beiden Fällen um eine Begründungspflicht geht; vgl. *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 870. Im Ergebnis lassen sich innerhalb der PA-RL drei Wichtigkeits-Kategorien von Entscheidungen unterscheiden: die »normal-erheblichen« (Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL), die »zentralen« (Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b iv) und Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 PA-RL) und die »ganz zentralen« (»bestandsgefährdenden«) Entscheidungen (Art. 10 Abs. 5 PA-RL).

271 S. zum nahezu gleichlautenden Art. 9 Abs. 2 PA-RL oben 2.b)(3).

272 So die Formulierung in ErwG 49 S. 2.

273 Vgl. ErwG 49 S. 5: »Sind die Erklärung oder Begründung nicht zufriedenstellend oder sind die Plattformarbeit leistenden Personen der Auffassung, dass ihre Rechte durch eine Entscheidung verletzt wurden, [...]«. Darin ist allerdings keine konstitutive Voraussetzung für die Stufe 2 zu sehen.

274 Im PA-RL-E war eine Frist von nur einer Woche und eine Verlängerungsoption auf zwei Wochen nur für KMU vorgesehen. Eine Fristverlängerungsoption für Überforderungsfälle wie in Art. 12 Abs. 3 S. 2 und 3 DSGVO enthält Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 PA-RL nicht; Art. 12 DSGVO ist insoweit verdrängt.

275 So *Daum* (Fn. 33), S. 112.

276 S. insofern auch Art. 15 PA-RL und dazu oben IV.2.c).

277 Zutr. bereits festgestellt von *Daum* (Fn. 33), S. 112.

278 Nach *Frank/Heine*, ZdiW 2022, 335, 340 kann die Kontaktperson auch die Funktion des Algorithmusbeauftragten übernehmen; dafür spreche, dass in beiden Funktionen gleichermaßen Sachverstand verlangt wird.

279 So auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 871.

280 Zum Begriff der Entscheidungsunterstützung oben V.2.c).

281 S. zu den Anforderungen die Nachw. in Fn. 263.

282 S. die länderübergreifende Analyse der hierzu vorliegenden Gerichtsentscheidungen bei *Hießl* (Fn. 264), S. 38 f.

283 Ausf. zu diesen im Beschäftigungskontext etwa *Heine* (Fn. 168), S. 351 ff.; *Herpich* (Fn. 40), S. 227 ff.; *Knitter* (Fn. 170), S. 142 ff.; *Köhn* (Fn. 263), S. 176 ff.

284 Zur Unsicherheit, die in der Praxis hinsichtlich des Erforderlichkeitskriteriums besteht, s. bereits Fn. 264.

285 *Herpich* (Fn. 40), S. 344 f.

286 Etwa durch Einklagen des Beseitigungsanspruchs nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 PA-RL.

versuchen. Der dort vorgesehene »Schutz durch Verfahren« ergänzt also das Verbot des Art. 10 Abs. 5 PA-RL und wird nicht durch dieses verdrängt.

Ebenso wenig ist Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL im Fall von »normal-erheblichen« Entscheidungen iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL verdrängt, die zwar nicht gegen das Verbot des Art. 10 Abs. 5 PA-RL, aber im Einzelfall gegen dasjenige des Art. 22 Abs. 1 DSGVO verstoßen; auch hinter Art. 22 Abs. 1 DSGVO treten die Verfahrensrechte aus Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL nicht zurück. Erst recht kommt Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL zur Anwendung, wenn eine an sich nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO verbotene Entscheidung ausnahmsweise nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO zulässig ist.²⁸⁷

b) Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch (Art. 11 Abs. 3 PA-RL)

Art. 11 Abs. 3 S. 1 PA-RL sieht für den Fall rechtswidriger Entscheidungen (zB. einer diskriminierenden Nichtberücksichtigung bei der Vergabe eines Einzelauftrags) einen Beseitigungsanspruch vor. Dieser kann auch auf einen *actus contrarius* (im Beispiel: Erteilung des Auftrags) gerichtet sein. Für den Fall, dass die Beseitigung unmöglich ist (zB. weil der Auftrag inzwischen anderweitig vergeben wurde), hat der betroffene Plattformtätige nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 PA-RL einen Entschädigungsanspruch. Trotz des ungewöhnlichen Wortlauts (der Plattformbetreiber hat eine Entschädigung »anzubieten«) ist davon auszugehen, dass es sich um einen einklagbaren Anspruch des betroffenen Plattformtätigen handelt.²⁸⁸ In diesem Regelungskontext systemfremd und zudem überflüssig ist Art. 11 Abs. 3 S. 3 PA-RL, der eine Pflicht zur Beseitigung systemischer Mängel vorsieht; hier wird lediglich Art. 10 Abs. 3 PA-RL wiederholt²⁸⁹, sodass es keiner gesonderten Umsetzung bedarf.

Alle drei Komponenten des Art. 11 Abs. 3 PA-RL setzen einen Verstoß gegen »Rechte« des Plattformtätigen voraus. Nach ErwG 49 S. 6 kommen dafür ua. das Recht auf Nichtdiskriminierung²⁹⁰, Datenschutzrechte und nicht näher bezeichnete (sonstige) »grundlegende Arbeitnehmerrechte« in Betracht. Dabei kann es sich aber nur um Rechte handeln, die dem Unionsrecht entstammen, da der EU die Kompetenz zur Effektuierung nationalen Rechts fehlt²⁹¹; diese Einschränkung ist in Art. 11 Abs. 3 S. 1 und 2 PA-RL im Wege der primärrechtskonformen Auslegung hineinzulesen.²⁹² Als weitere Beispiele sind etwa Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht denkbar, soweit dieses unionsrechtlich überlagert ist.²⁹³ Aus der PA-RL selbst kommt als Rechtswidrigkeitsgrund das Verbot automatischer Entscheidungen nach Art. 10 Abs. 5 PA-RL in Betracht.²⁹⁴ Hingegen fallen Verstöße gegen die Verfahrensrechte des Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL nicht unter Art. 11 Abs. 3 PA-RL, da diese nicht die Entscheidung selbst rechtswidrig machen. Solche

Verstöße gegen (sonstige) Vorgaben der PA-RL fallen vielmehr unter Art. 18 PA-RL und können den dort genannten Schadensersatzanspruch auslösen.

Im Übrigen ist Art. 11 Abs. 3 S. 2 PA-RL tendenziell großzügig ausgestaltet: Der Begriff »Entschädigung« dürfte sowohl den Ersatz des materiellen als auch des immateriellen Schadens umfassen.²⁹⁵ Wie in Art. 82 Abs. 1 DSGVO²⁹⁶ muss zwar ein immaterieller Schaden stets nachgewiesen werden; dies dürfte aber regelmäßig gelingen, weil Art. 11 Abs. 3 PA-RL von vornherein nur im Fall von Entscheidungen iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. i PA-RL greift und dort eine Erheblichkeitsschwelle vorgesehen ist.²⁹⁷ Bemerkenswert (und kritikwürdig) ist, dass Art. 11 Abs. 3 S. 2 PA-RL – anders als Art. 82 Abs. 3 DSGVO – keine Exkulpationsmöglichkeit vorsieht; dies spricht für einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch.²⁹⁸ Art. 11 Abs. 3 S. 2 PA-RL verdrängt Art. 82 DSGVO aber nicht, ebenso wenig § 15 AGG; die Ansprüche finden vielmehr nebeneinander Anwendung.²⁹⁹

6. Datenportabilität (Art. 9 Abs. 6 PA-RL)

Als ein wesentliches Defizit des Kommissionsentwurfs war das Fehlen spezieller Regelungen zur Portabilität sog. Reputationsdaten ausgemacht worden.³⁰⁰ Solche Interoperabilitäts-Vorschriften, mit denen plattformtypischen »Lock-in-Effekten« begegnet werden soll³⁰¹, finden sich in verschiedenen Unionsrechtsakten; sie sind aber nur schlecht aufeinander abgestimmt.³⁰² Zu diesen Vorschriften gehört Art. 6 Abs. 9 DMA, der zwar trotz seines vorwiegend wettbewerbsrechtlichen Charakters dem Endnutzer einen privatrechtlichen Anspruch vermittelt³⁰³, der allerdings nur auf sog. Gatekeeper Anwendung findet; dazu zählen digitale Arbeitsplattformen (derzeit) nicht.³⁰⁴

Zwar können sich Plattformtätige auf das allgemeine Recht auf Datenübertragbarkeit in Art. 20 DSGVO berufen. Die Regelung weist aber ein wesentliches Manko auf: Sie erfasst nur die Übertragung von Daten, »die [die betroffene Person] einem Verantwortlichen bereitgestellt hat«, nicht aber Daten, die vom Verantwortlichen erst generiert werden³⁰⁵. Damit sind gerade die im Plattformkontext relevanten Reputationsdaten ausgeklammert. Diese Schutzlücke schließt Art. 9 Abs. 6 PA-RL, der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hinzugekommen ist: In Art. 9 Abs. 6 UAbs. 1 PA-RL werden von

287 Zu diesen beiden Konstellationen bereits *Gräf*, ZFA 2023, 209, 234 f.

288 Vgl. auch ErwG 49 S. 6, wo die Entschädigungsleistung immerhin als Pflicht formuliert ist.

289 S. zu dieser Doppelung auch *Frank/Heine*, NZA 2024, 865, 871.

290 S. zum Diskriminierungsschutz nach dem AGG im Einstellungsverfahren (und bei der Vergabe einzelner Aufträge) ausf. *Herpich* (Fn. 40), S. 459 ff.; *Köhn* (Fn. 263), S. 198 ff.; *Schindler* (Fn. 247), S. 279 ff. mwN.

291 Näher dazu *Gräf*, ZFA 2023, 209, 235 (und dort Fn. 173).

292 Vgl. bereits *Daum* (Fn. 33), S. 117 f. (zum PA-RL-E).

293 *Daum* (Fn. 33), S. 117.

294 Hinsichtlich nicht »bestandsgefährdender« Entscheidungen kommt auch Art. 22 Abs. 1 DSGVO in Betracht; dazu oben 4.

295 S. bereits zum PA-RL-E *Daum* (Fn. 33), S. 117; *Krause*, NZA 2022, 521, 530; *Gräf*, ZFA 2023, 209, 236.

296 EuGH, 4.5.2023 – C-300/21 (UI/Österreichische Post AG) – AP DSGVO Art. 82 Nr. 2; BAG, 20.6.2024 – 8 AZR 124/23 – AP DSGVO § 82 Nr. 7.

297 S. bereits *Gräf*, ZFA 2023, 209, 236.

298 So schon zum PA-RL-E *Krause*, NZA 2022, 521, 530; ebenso *Herpich* (Fn. 40), S. 653; zur rechtspolitischen Kritik *Daum* (Fn. 33), S. 115 f.; *Gräf*, ZFA 2023, 209, 236.

299 So zu Art. 82 DSGVO auch *Herpich* (Fn. 40), S. 654.

300 *Aloisi/Potocka-Sionek*, Ital. LLeJ 15 (2022), 30, 34 f.; *Krause*, NZA 2022, 521, 533; *Mangold*, RDi 2022, 478, 481. Die Kommission hatte eine solche Regelung erwogen, hiervon aber ua. mit Rücksicht auf die daraus resultierende (vermeintlich) unverhältnismäßige Kostenbelastung für die Plattformbetreiber abgesehen, s. Folgenabschätzung, SWD(2021) 396 final/2, S. 45. Das Parlament hat sich sodann für eine solche Regelung ausgesprochen, s. EMPL-Ausschuss, Bericht v. 21.12.2022 (Fn. 3), Amendment 135.

301 Ausf. *Fix*, Das Recht auf Datenportabilität, Berlin 2022 (zugl. Saarbrücken, Univ., Diss., 2021), S. 72 ff.

302 Prägnant BeckOK Datenschutzrecht-von *Lewinski* (Fn. 152), Art. 20 DS-GVO Rn. 69: »Insgesamt scheint es, als seien die verschiedenen Definitionen von Interoperabilität auf europäischer Ebene [...] selbst nicht interoperabel«.

303 *Wolf-Posch*, in: Podszun (Hrsg.), NomosHandkommentar Digital Markets Act: DMA, Baden-Baden 2023, Art. 6 Abs. 9 Rn. 181, 197.

304 S. zu den aktuellen Gatekeepern *Drewes/Meyer/Moss*, RDi 2024, 310, 311.

305 Sog. *inferred data* oder *derived data*, s. *Brandt/Grewe*, MMR 2023, 928, 929.

der digitalen Arbeitsplattform generierte Daten ausdrücklich einbezogen.³⁰⁶ UAbs. 2 verpflichtet die Plattformbetreiber zudem, unentgeltlich wirksame Instrumente zur Ausübung des Rechts auf Übertragbarkeit zu schaffen (Satz 1) und die Daten auf Verlangen des Plattfortmätigen direkt an einen Dritten zu übertragen (Satz 2)³⁰⁷.

Aus der Formulierung in UAbs. 2 S. 1 (»wirksame Ausübung ihrer in Artikel 20 der Verordnung [EU] 2016/679 und in Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes genannten Rechte«³⁰⁸) sowie aus ErwG 45 S. 1 (»Zusätzlich zu dem Recht [...]«) ergibt sich, dass Art. 9 Abs. 6 PA-RL einen gesonderten Anspruch neben Art. 20 DSGVO begründen soll. Daraus folgt, dass die Anspruchsvoraussetzungen voneinander abweichen können.³⁰⁹ Relevant ist dies vor allem für die Voraussetzung in Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO, wonach die Verarbeitung auf einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder auf einem Vertrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO beruhen muss. Diese Voraussetzung fehlt in Art. 9 Abs. 6 PA-RL und kann aufgrund des Nebeneinanders der beiden Ansprüche wohl auch nicht aus Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO in Art. 9 Abs. 6 PA-RL hineingelesen werden. Dadurch relativiert sich ein Stück weit die praktische Bedeutung der Frage, ob Art. 9 PA-RL die Einwilligungsoption vollständig – und damit auch mit Blick auf die Verarbeitung von Reputationsdaten – sperrt.³¹⁰

Mit Art. 9 Abs. 6 PA-RL und dessen nationaler Umsetzung werden *rechtliche* Hürden abgebaut. In den Fokus rücken damit die *praktischen* Hürden bei der technischen Umsetzung.³¹¹ Während die Übertragbarkeit von Feedback-Daten in Form von Sternchenbewertungen noch als machbar erscheint, dürfte dies bei Freitext-Kommentaren schon schwerer fallen; sind darin Informationen über Dritte enthalten, kommen datenschutzrechtliche Einschränkungen hinzu.³¹² Außerdem richten sich sowohl Art. 20 DSGVO als auch Art. 9 Abs. 6 PA-RL ausschließlich an den Betreiber der Plattform, über die der Betroffene *bisher* tätig war. Eine Pflicht des Betreibers der Ziel-Plattform, die Reputationsdaten in das eigene System zu integrieren und gar den Plattfortmätigen auf einem seiner Reputation entsprechendem Nutzer-Level zu beschäftigen, ist nicht vorgesehen. Derartiges wäre allerdings auch überschießend, denn einen solchen Anspruch vermittelt auch das Arbeitszeugnis in der analogen Welt nicht.

VII. Gesamtbewertung und Ausblick

Die Regelungen zum algorithmischen Management in Kapitel III der PA-RL adressieren alle relevanten Risiken, die von einer algorithmischen Arbeitsorganisation ausgehen können, und gewährleisten ein insgesamt hohes Schutzniveau. Der Grundansatz, vorwiegend auf »Schutz durch Verfahren« und

nur ausnahmsweise auf Verbote zu setzen³¹³, ist zu begrüßen. Die Richtlinie schießt dabei allerdings punktuell über das Ziel hinaus, insbesondere mit der exzessiven Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens in Art. 11 Abs. 1 und 2 PA-RL, mit dem verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PA-RL und teilweise auch mit den absoluten Datenverarbeitungsverböten in Art. 7 PA-RL, die zu Zielkonflikten mit den in der PA-RL geregelten Beaufsichtigungs- und Gesundheitsschutzpflichten führen können.

Da nicht anzunehmen ist, dass einzelne Mitgliedstaaten über dieses Schutzniveau noch (erheblich) hinausgehen werden, dürfte das Richtlinienziel, für digitale Arbeitsplattformen im Binnenmarkt ein »level playing field« zu schaffen, effektiv erreicht werden.³¹⁴ Die den Mitgliedstaaten in Art. 28 S. 1 PA-RL eingeräumte Möglichkeit, in Bezug auf Art. 9 bis 11 PA-RL »spezifische Vorschriften« zu erlassen, dürfte daran nur geringfügig etwas ändern. Praktisch und finanziell hat der Vereinheitlichungseffekt für die Plattformbetreiber den Vorteil, dass sie ihre jeweiligen algorithmischen Systeme und Apps zum Einsatz innerhalb aller EU-Mitgliedstaaten (weitgehend) gleich konstruieren können. Insbesondere die skandinavischen Länder, die traditionell auf kollektivvertragliche Lösungen setzen, dürften freilich von den in Art. 28 S. 2 und Art. 29 Abs. 4 PA-RL eingeräumten Optionen Gebrauch machen, die Durchführung der Richtlinie auf die Sozialpartner zu übertragen und diesen Abweichungsmöglichkeiten einzuräumen.

Ob auch der deutsche Gesetzgeber diese Gestaltungsmöglichkeiten nutzen wird, lässt sich aktuell nicht vorhersehen; dabei handelt es sich um eine – in der neuen Legislaturperiode zu entscheidende – politische Frage. Dies gilt auch für die Grundsatzfrage, ob die PA-RL zentral in einem gesonderten »Plattformarbeit-Gesetz« oder dezentral in Form von Ergänzungsregelungen, die sich auf die relevanten Normkomplexe (also insbesondere auf das BDSG, auf das BetrVG und – im Falle der gesetzlichen Vermutung – auf § 611a BGB) verteilen, umgesetzt werden. In der zweiten Variante böte es sich an, die für den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich maßgeblichen Definitionen in die Begriffsbestimmungen in § 2 BDSG aufzunehmen und hierauf in den anderen Einzelgesetzen zu verweisen.

Die von Kommissionspräsidentin *von der Leyen* angekündigte und der neuen EU-Kommissarin *Mînzatu* umzusetzende Initiative für einen allgemeinen, branchenübergreifenden Rechtsakt zum algorithmischen Management³¹⁵ dürfte wohl nicht mehr innerhalb der für die PA-RL geltenden zweijährigen Umsetzungsfrist realisiert werden. Ein Abwarten ist dem deutschen Gesetzgeber daher nicht zu raten.

³⁰⁶ Insofern besteht Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 9 DMA.

³⁰⁷ S. zur Direktübermittlung auch Art. 20 Abs. 2 DSGVO.

³⁰⁸ Hervorh. durch Verfasser.

³⁰⁹ S. ebenso zum Verhältnis zwischen Art. 20 DSGVO und Art. 6 Abs. 9 DMA *Bueren/Weck*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., München 2023, Art. 6 DMA Rn. 201, 206.

³¹⁰ Dazu oben 1.b).

³¹¹ Vgl. dazu iRd. Art. 20 DSGVO *Stiftung Datenschutzrecht*, Praktische Umsetzung des Rechts auf Datenübertragbarkeit – Rechtliche, technische und verbraucherbezogene Implikation, 3. Aufl., Leipzig 2018; *Fix* (Fn. 301), S. 275 ff.

³¹² Vgl. Art. 20 Abs. 4 DSGVO und die in diesem Zusammenhang diskutierte »Multi-data-subject-Situation«; dazu etwa *Schneider-Dörr*, DRdA 2022, 145, 149 mwN.

³¹³ Ähnlich der Befund von *Gruber-Risak/Warter*, DRdA 2024, 266, 273.

³¹⁴ Dies gilt hingegen nicht für die gesetzliche Vermutung, deren Ausgestaltung nach der Streichung des Kriterienkatalogs weitgehend in den Händen der Mitgliedstaaten liegt; s. auch *Gruber-Risak/Warter*, DRdA 2024, 266, 275, die die Vermutung aber dennoch begrüßen.

³¹⁵ S. Nachw. in Fn. 139.

Directive (EU) 2022/2041 of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union: an opportunity to promote collective bargaining?

PROF. DR. FILIP DORSSEMONT, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, BELGIEN

DR. PIETER PECINOVSKY, UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, BELGIEN

ZUSAMMENFASSUNG Die Verfasser untersuchen die Mindestlohn Richtlinie (EU) 2022/2041 mit Blick auf die in deren Art. 4 vorgesehene Förderung von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung. Dabei betrachten sie die hierfür erforderlichen Funktionsbedingung, ua. den Zugang zu verhandlungsrelevanten Informationen das Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern und Gewerkschaftsvertretern.

ABSTRACT The authors analyse the Minimum Wage Directive (EU) 2022/2041 regarding the promotion of collective bargaining for wage setting provided for in its Art. 4. In doing so, they consider the functional conditions required for this, including access to information relevant to negotiations and the prohibition of discrimination against employees and trade union representatives.

I. Introduction

On 19 October 2022, Directive (EU) 2022/2041 on adequate minimum wages in the European Union was adopted by the European Parliament and the Council¹ (abbreviated as the AMW Directive or simply also shortened as the directive). Member States must transpose this directive by 15 November 2024 at the latest.

This contribution focuses on the question to what extent the AMW Directive can be a useful tool to promote collective bargaining? A first section looks at the legal basis, objectives and definitions of the directive. A second section examines the four measures a State must take in the hypothesis that it opts to have minimum wages set in a conventional manner. These are four cumulative obligations to promote collective bargaining, more specifically:

- Promoting the capacity of social partners;
- Encouraging constructive, meaningful and informed wage negotiations between social partners, on an equal footing, through access to information;
- The principle of non-discrimination;
- The principle of non-interference.

Last but not least, there is a conclusion.

II. Directive 2022/2041: legal basis, objectives and definitions

1. Legal basis and objectives

The preamble to Directive 2022/2041 on adequate minimum wages in the European Union specifies the legal basis of the

directive. Article 153(2)(b) TFEU gives the Union shared competence with the Member States to adopt directives in the areas listed in Article 153(1) TFEU. The preamble clarifies that the directive covers the very generic area of working conditions². The reference to the field of working conditions in principle legitimises that a qualified majority can suffice for such a directive³, unanimity is not required.

Needless to say, wages are an essential and even constitutive component of the employment relationship. Wages constitute the pre-eminent condition of employment for an employee; they are the causa of the employment contract. However, this observation does not alter the fact that this legal basis is not entirely uncontroversial. First, the last part of Article 153 TFEU contains a vicious coda. Indeed, Article 153(5) TFEU states that the article does not apply to »pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs«. Secondly, where directives on working conditions can be adopted by qualified majority that does not apply to directives that deal in a much more precise way with the following subjects: social security and social protection of workers, the protection of workers on termination of employment contracts, and the representation and collective defense of the interests of workers and employers, including co-determination and conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory.

The most pressing question is whether a directive on adequate minimum wages falls outside that assigned competence. If the answer is no, the question arises whether this directive can be adopted by qualified majority⁴.

This issue is not a mere academic exercise. It is at the heart of proceedings to annul the directive brought by the State of Denmark on 18 January 2023 against the European Parliament

¹ Directive 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union, *OJ L* 275, 25 October 2022, 33–47.

² Article 153(1)(b) TFEU.

³ Article 155(2) TFEU.

⁴ In this context, see *Garben*, in: Ratti/Brameshuber/Pietrogianni (Edt.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, Oxford 2024, p. 25–38.

and the Council of the European Union⁵. The Danish State argues that the challenged directive not only directly affects the determination of the level of wages but that it also concerns the right of association. It raises in subsidiary order that the directive also affects the representation and collective defense of the interests of workers and employers. At the time of submitting this contribution, the Grand Chamber of the European Court of Justice that has to consider the case had not yet ruled.

At first glance, it seems to be the very evidence that a directive on adequate minimum wages touches upon the issue of remuneration. Nevertheless, since Article 153(5) TFEU concerns an exception to an explicitly recognised competence, it is reasonable to interpret (a legislative intervention regarding wages) narrowly.⁶ The 19th recital to the Directive defends the compatibility of the intervention with the exclusion of pay, noting that the Directive does not aim to harmonise the minimum wage and offers Member States a choice between a statutory way of setting the minimum wage and a conventional system based on collective bargaining. Nor does the Directive introduce a particular wage level.

Of a different order is the question of whether the directive does not also directly touch freedom of association. This is, after all, a subject that was expressly excluded as well. That question presupposes that the scope of the notion of freedom of association is delimited in the context of Article 153(5) TFEU. In the context of the title on social policy, freedom of association logically refers to freedom to form and join trade unions. The question arises how broadly this category should be interpreted. It seems tempting to interpret freedom of (trade union) association broadly in the light of the Strasbourg Court case-law. The European Court of Human Rights has not failed to situate freedom of collective bargaining within the *Kernbereich* of Article 11 ECHR.⁷ Without ever affirming that the right to strike is an essential means of defending workers' interests, the Court has, according to a constant jurisprudence, tested restrictions to the right to strike against Article 11 § 2 ECHR. Needless to say, a broad interpretation of the concept of freedom of association would risk being fatal to the validity of the Directive. After all, it is part of the Directive's explicit objective to »promote collective bargaining on wage setting«.⁸

However, there seem to us good reasons to give a narrow interpretation to the notion of freedom of association. Firstly, Article 153(5) TFEU is an exception that should be interpreted narrowly for that reason. Second, this article does not appear in a fundamental rights declaration. Thirdly, at the time this provision was drafted⁹, the concept of trade union had by no means the far-reaching scope that could now be attributed to it. Finally, it seems to us that the very mention of the right to lock-out and the right to strike in Article 153(5) TFEU suggests that freedom of association should be reduced to its hard core: the right to form and join trade unions. It follows that the fact that it refers to freedom of collective bargaining is in no way

problematic. The Union can regulate in this area and, in fact, has done so on many occasions¹⁰.

Article 1.4 of the Directive on Adequate Minimum Wages expressly states:

- › »The application of this Directive shall be in full compliance with the right to collective bargaining. Nothing in this Directive shall be construed as imposing an obligation on any Member State:
 - (a) where wage formation is ensured exclusively via collective agreements, to introduce a statutory minimum wage; or
 - (b) to declare any collective agreement universally applicable.«

This clarification must be read against the background of the constitutional obligation to take into account the differences between national systems of industrial relations.¹¹ That provision is not inspired by the idea that the Union would have no competence in the field of collective bargaining. Nor can it be said that the Directive's provisions would be directly concerned with the representation and collective defense of the interests of workers and employers. The Directive leaves Member States complete freedom to determine the identity of these actors. It in no way aims to interfere directly in this matter. Similarly, directives based on the power to regulate the right to information and consultation have an indirect incidence on the issue of representation and collective defense of the interests of workers and employers¹². These directives were always adopted by qualified majority. However, in the case of Directive 2009/38/EC of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, the interference with the issue of employee representation is evident given that these directives introduced a non-existent collective actor.

It is worth noting, however, that the Adequate Minimum Wages Directive explicitly recognises certain aspects of that *Kernbereich* of the freedom of association. More specifically, there are elements explicitly reflected in one of the International Labour Organisation's fundamental conventions on the freedom of association. Thus, Article 4 of the Directive requires Member States, together with the social partners and in accordance with national law and practice to take measures as appropriate, to protect trade unions and employers' organisations participating or wishing to participate in collective bargaining against any acts of interference by each other or each other's agents or members in their establishment, functioning or administration. Without minimising the importance of

⁵ Case C-19/23, *Denmark v European Parliament and Council of the European Union*.

⁶ S. Garben, in: Ratti/Brameshuber/Pietrogianni (Ed.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, Oxford 2024, p. 27–30.

⁷ See ECHR, 12 November 2008 – no. 34503/97 (*Demir and Baykara v Turkey*), AB 2009, 297, note *Vlemminx*, EHRC 2009/4, note *Dorsemont* and note *Gerards*, NfB 2009, 9 and RvdW 2009, 662.

⁸ Article 1 b) AWM Directive.

⁹ The current provision goes back to the Agreement on Social Policy forming part of the Maastricht Treaty (1992). This convention came into being prior to the ECHR, 12 November 2008 – no. 34503/97 (*Demir and Baykara v Turkey*), AB 2009, 297.

¹⁰ Thus, numerous anti-discrimination directives contain provisions restricting the freedom of collective bargaining (see Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (OJ L 180, 19 July 2000, 22–26); Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ L 303, 2 December 2000, 16–22); Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (OJ L 204, 26 July 2006, 23–36)).

¹¹ Article 152 TFEU.

¹² Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (OJ L 122, 16 May 2009, 28–44) and Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (OJ L 80, 23 March 2002, 29–34).

these measures for trade union freedom, these are provisions to support the freedom of collective bargaining. The prohibition of discrimination and the prohibition of interference cannot be invoked by those workers or union representatives who are outside the collective bargaining on minimum wages.

2. Definitions

The Adequate Minimum Wage Directive is based on a twin-track policy at the discretion of Member States. Member States can opt either to introduce a statutory minimum wage or to promote collective bargaining.¹³ It is therefore relevant to explicitly define these concepts. The directive also defines the hoped-for outcome of collective bargaining: the collective agreement. This seems obvious, were it not for the fact that the term collective agreement does not otherwise appear in the Adequate Minimum Wages Directive. The question then arises whether it was necessary to include a definition of it.

The definitions clearly distinguish the hypothesis of statutory minimum wages and the minimum wages that may be set by a collective agreement declared generally binding. A European Commission Staff Working Document that preceded the drafting of the Adequate Minimum Wages Directive still referred to the setting of minimum wages by way of collective agreements declared generally binding as a form of statutory minimum wage (*»statutory minimum wage«*)¹⁴.

The first definition concerns the notion of minimum wage. It defines the notion of minimum wage as: *»the minimum remuneration set by law or collective agreements that an employer, including in the public sector, is required to pay to workers for the work performed during a given period«*¹⁵. This definition actually sins against the *id-per id* prohibition. A definition that restates the definiendum is very unfortunate. This approach provides a strong argument for denying any community or autonomous meaning to the notion of minimum wage. It is unclear whether wage is to be understood here in an employment-law or a social security-law sense. Article 5(4) of the directive, formulated in a hardly prescriptive way, does refer to gross wages.

In accordance with the directive, the notion of collective agreement is given the following meaning: *»a written agreement on terms and conditions of employment concluded by the social partners who, in accordance with national law and practice, including collective agreements which have been declared universally applicable, have the power to negotiate on behalf of workers and employers respectively«*¹⁶.

According to the Directive, collective bargaining refers to: *»all negotiations which take place according to national law and practice in each Member State between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations on the one hand, and one or more trade unions on the other, for determining working conditions and terms of employment;«*.

It is striking that the directive oscillates in these different definitions in a not very consistent way between a relatively neutral jargon (employer, group of employers, employers' organisations and trade unions) and a more ideologically coloured discourse on social partners. Nor is it very consistent to combine a rather institutional concept like employers' or-

ganisations with a more private-law notion like trade unions. Reserving the word organisation for employer unions to the exclusion of trade unions shows a certain form of favouritism but could equally be the result of linguistic sloppiness. It deviates from the uniform use of the predicate *»organization«* in the ILO Convention No. 87.

III. Means to promote collective bargaining

1. General

The Adequate Minimum Wages Directive allows Member States to opt for (a promotion of) conventional regulation of minimum wages or to set those minimum wages by law. A combination of both options is also possible.¹⁷

There are major differences between the two approaches. These can be explained by the fact that the directive seeks to respect the autonomy that is fundamental to the conventional approach. Thus, Member States that choose the conventional route do not have to ensure that that choice will actually lead to an outcome. Unlike the statutory route, no quantitative criteria are imposed to appreciate the adequacy of the minimum wage. However, quantitative adequacy is required in collective bargaining systems. The conventional way is put down as the first way. Several recitals of the directive express a preference for this approach and suggest that conventional minimum wages tend to be higher.¹⁸

This barely concealed preference for the conventional approach contrasts sharply with the much older ILO Minimum Wage Fixing Convention, 1970 (No. 131)¹⁹. That convention favours a system of minimum wages established by the State (*»undertakes to establish a system of minimum wages which covers all groups of wage earners whose terms of employment are such that coverage would be appropriate.«*). The conventional avenue is only indirectly mentioned in Article 2 of that convention, which states that the statutory route must not prejudice the freedom of collective bargaining (*the freedom of collective bargaining shall be fully respected*).

The Adequate Minimum Wages Directive imposes four obligations on Member States going down the conventional route. These are not formally obligations to respect (*»to respect«*) the outcomes of collective bargaining, but to promote (*»to promote«*) and to some extent enforce collective bargaining in defiance of third parties who would compromise (*»to ensure«*).²⁰

For the record, this is not a catalogue from which member states can choose, but four cumulative obligations.

2. Capacity building

First, Article 4(1)(a) of the Adequate Minimum Wage Directive requires to promote the building and strengthening of the capacity of the social partners to engage in collective bargaining on wage-setting, in particular at sector or cross-industry level.

What is to be understood by capacity? A European Council Recommendation of 12 June 2023 on strengthening social dialogue in the European Union²¹, which followed the adop-

13 Article 1(3) Directive on Adequate Minimum Wages.

14 Brussels, 28 October 2020, SWD(2020), 246 final.

15 Article 3 (1) Directive on Adequate Minimum Wages.

16 Article 3 (3) Directive on Adequate Minimum Wages.

17 Article 1 (3) Directive on Adequate Minimum Wages.

18 Recitals 13, 16 and 25 Adequate Minimum Wages Directive.

19 See https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312276 (8.10.2024).

20 The concepts are taken from the *»seminal contribution«* by Van Hoof, in: Tomaševski/Alston, *The Right to Food*, The Hague 1984, p. 97–110; on this subject, see also *Maes*, *Enforceability of Fundamental Social Rights*, Antwerp 2003, p. 38–41.

21 OJ L 6 December 2023, C/2023/1389 (8.10.2024).

tion of the directive, defines the concept of capacity building as follows: »enhancement of the skills, abilities and powers of the social partners to engage effectively and at different levels in social dialogue«.

This instrument reiterates by way of recommendation the adoption of measures to strengthen the capacity of trade unions and employers' organisations, but does not concretise that recommendation either.

Recital No. 18 of this recommendation is more specific: »Capacity-building activities typically help social partners to improve the size of their membership base, including through the use of technology, the provision of new services and activities at school or university level, and their human and administrative capability, to promote their process-oriented capacities and to support their organisational development. Such activities include the provision of specialised training, technical and logistical support and funding. Capacity building is primarily a bottom-up process, dependent on the will and efforts of the social partners themselves who are best placed to identify their needs and indicate the measures they are already taking to strengthen their capacities. Those efforts can then be complemented and/or supported by public authorities and by making use of Union funding while respecting the autonomy of the social partners.«

This consideration shows that organisations should work mainly on their own capacity building, but that governments can adopt policies that support these efforts. Since this obligation to be supportive is more like a declaration of intent, in our view it need not necessarily be transposed through legislative measures.

A limited comparative law study commissioned by the International Labour Organisation shows that the right of access to the company due to the trade union was legally elaborated in Italy and Spain and in a more conventional way in Denmark. In the German legal system, such a right has been jurisprudentially constructed by the Federal Labour Court and the Federal Constitutional Court²².

3. Constructive, meaningful and matter-of-fact wage negotiations based on access to information

The government facilitates the functioning of these social dialogue bodies. The main (rhetorical) question is whether the generic obligation to promote collective bargaining laid down in Article 1(4)(b) of the Directive is compatible with what constitutes the exact opposite of promotion, namely a policy of wage moderation that interferes with collective autonomy, especially in a system where there is no statutory minimum wage.²³ In any case, the supervisory mechanisms of the ILO and the European Committee of Social Rights set certain conditions for such state interference. Thus, the Belgian Constitutional Court even partially took this into account in its jurisprudence but concluded, via a rather flexible interpretation, that the restriction through the wage standard was justified. Regarding the index jump, the Court only considered the ECtHR's case law on Article 11 ECHR²⁴. In turn, the ILO's Freedom of Association Committee

ruled in 2022 that the legal system of wage restraint was indeed problematic in the light of the right to collective bargaining, and it urged Belgium to restore the freedom of collective wage bargaining²⁵. The question arises whether through the Adequate Minimum Wages Directive, perhaps in conjunction with Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights (freedom of collective bargaining) the Court of Justice will create its own jurisprudence on such restrictions on the autonomy of social partners in the future. In any case, that case-law will have a lot more influence than the rulings and reports of the ILO's Freedom of Association Committee and the Council of Europe's European Committee on Social Rights.

Also interesting is the link between wage bargaining and the right to information. This relationship is discussed in detail in the ILO Recommendation No. 163 on collective bargaining (1981). This recommendation states in Point 7:

- › »(1) Measures adapted to national conditions should be taken, if necessary, so that the parties have access to the information required for meaningful negotiations.
- (2) For this purpose–
 - a) public and private employers should, at the request of workers' organisations, make available such information on the economic and social situation of the negotiating unit and the undertaking as a whole, as is necessary for meaningful negotiations; where the disclosure of some of this information could be prejudicial to the undertaking, its communication may be made conditional upon a commitment that it would be regarded as confidential to the extent required; the information to be made available may be agreed upon between the parties to collective bargaining;
 - b) the public authorities should make available such information as is necessary on the over-all economic and social situation of the country and the branch of activity concerned, to the extent to which the disclosure of this information is not prejudicial to the national interest.«

The Council Recommendation of 12 June 2023 on strengthening social dialogue in the European Union also links social dialogue in European Union member states to the right to information. For example, the third recommendation states that Member States are recommended to

- › »(1) Measures adapted to national conditions should be taken, if necessary, so that the parties have access to the information required for meaningful negotiations.
- (2) For this purpose–
 - a) public and private employers should, at the request of workers' organisations, make available such information on the economic and social situation of the negotiating unit and the undertaking as a whole, as is necessary for meaningful negotiations; where the disclosure of some of this information could be prejudicial to the undertaking, its communication may be made conditional upon a commitment that it would be regarded as confidential to the extent required; the information to

22 See Dorsemont, Facilities for trade union officials and members to exercise their rights – A comparative review, 2020, ilo.org/publications/facilities-trade-union-officials-and-members-exercise-their-rights (8.10.2024).

23 Dorsemont, in: Ratti/Brameshuber/Pietrogianni (Edt.), The EU Directive on Adequate Minimum Wages Context, Commentary and Trajectories, London 2024, p. 379.

24 Pecinovsky, Labour.J. 2016-17, vol. 2, 18–22.

25 In particular, the fact that a stability mechanism has been in place through the wage standards law since 1996 does not meet the requirement that it should only be about an exceptional and temporary restriction of free bargaining. See ILO Freedom of Association Committee, 400th Report, Case No. 3415, Belgium; Dorsemont, Lawyer's Journal 2023, issue 461, 12–13.

be made available may be agreed upon between the parties to collective bargaining;

b) the public authorities should make available such information as is necessary on the over-all economic and social situation of the country and the branch of activity concerned, to the extent to which the disclosure of this information is not prejudicial to the national interest²⁶.

Since the information refers only to the intersectoral and sectoral level, it is plausible that the negotiations being targeted are at this level. Indeed, it goes without saying that an employer as a social partner does not need to be informed about the economic situation of its company.

4. Principle of non-discrimination of workers and union representatives: a new protection against adverse action

According to Article 4(1)(c) of the Adequate Minimum Wage Directive, in order to promote collective bargaining on wage determination, Member States should, together with the social partners, »take measures, as appropriate, to protect the exercise of the right to collective bargaining on wage-setting and to protect workers and trade union representatives from acts that discriminate against them in respect of their employment on the grounds that they participate or wish to participate in collective bargaining on wage-setting«.

However, the specific dismissal protections, discrimination protection and criminal sanctions are mainly targeted at the employer at the enterprise level.²⁷ Of course, employers cannot simply visa their employees either if they are active in sector-level negotiations. One difference is that at the central and sectoral level, union secretaries representing representative workers' organisations are rather opposed to employers' organisations. In principle, this means that they have less to fear from all kinds of adverse or discriminatory measures since negotiations take place on an equal footing and there is no relationship of authority as in negotiations at company level.

Finally, Article 4(1)(d) of the Minimum Wage Adequacy Directive imposes a fourth obligation on Member States: »for the purpose of promoting collective bargaining on wage-setting, take measures, as appropriate, to protect trade unions and employers' organisations participating or wishing to participate in collective bargaining against any acts of interference by each other or each other's agents or members in their establishment, functioning or administration«.

First, the fundamental right to collective bargaining must be protected against government interference in free and autonomous collective bargaining. Protection is also needed for social partners against each other's negative interference. Article 3.2 of ILO Convention No. 87 and Article 2 of ILO Convention No. 98 provide that employers and employers' organisations should be afforded adequate protection against each other's interference in their establishment, functioning or administration²⁸. Strategies to undermine each other's existence or

functioning are prohibited. This was the case, for example, in Ireland where airline Ryanair gave significant benefits to pilots who did not join a union, and Ryanair refused collective bargaining with the unions and instead wanted to conduct sham negotiations in its own consultative body²⁹.

The principle of non-interference in the Adequate Minimum Wage Directive concerns mutual interference by the social partners. However, free wage bargaining and the autonomy of the social partners might clearly come much more under pressure from government restrictions through the wage norm and index jumps. The directive itself only contains specific provisions on the indexation of the minimum wage in the section on the statutory minimum wage, which in principle therefore does not apply to the private sector in Belgium³⁰. So perhaps the obligation under Article 4(1)(b) of the Directive to promote collective bargaining is the most relevant provision here.

IV. Conclusion

The Adequate Minimum Wages Directive probably represents a bigger paradigm shift for European Union social policy than for collective labour law of many countries. After all, the European Union implicitly swears by a form of centralised collective bargaining, which is at odds with an evolution towards decentralisation preached in the context of the New Economic Governance.³¹ For the first time, a discrimination ground based on trade union conviction makes its entry into European law in stocking feet. This strikes us as innovative for two reasons. It is historic since non-discrimination provisions were introduced in the past only as mandatory restrictions on collective bargaining, where now the focus is on promoting and protecting collective bargaining.³² Secondly, in *Wabe Müller*, the ECJ, in an obiter dictum, blocked the use of religion or belief as a possible ground for combating discrimination based on political opinion, so this directive cannot be usefully used to curb discrimination based on trade union beliefs.³³ However, the new ground for discrimination is very limited. It offers no remedy for discrimination due to trade union beliefs in favour of militants or members of trade unions who do not play a role in collective bargaining. Furthermore, it does not provide any civil sanctions and procedural facilities at all as we find in the classic discrimination directives.

26 Council Recommendation of 12 June 2023 on strengthening social dialogue in the European Union, OJ L C/2023/1389.

27 Dorssemont, in: Ratti/Bramshuber/Pietrogianni (Edt.), The EU Directive on Adequate Minimum Wages Context, Commentary and Trajectories, London 2024, p. 379.

28 ILO, Freedom of Association Digest 2006, 858; National Labour Council, Advice No 2414, 29 March 2024 – Transposition of Directive 2022/2041 of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union, 6–7, cnt-nar.be/sites/default/files/documents/en/advice-2414.pdf (14.11.2024); Pecinovsky, EU economic governance and the right to collective bargaining, Bruges 2019, p. 188.

29 ILO Freedom of Association Committee, 363rd Report, Case No 2780 (Ireland), 809; for another case see, for example, ECHR, 2 July 2002 – nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96 (Wilson, National Union of Journalists and others v the United Kingdom).

30 Article 5, 3 Directive Adequate Minimum Wages, for example, allows Member States to use an automatic adjustment mechanism for the indexation of statutory minimum wages, based on appropriate criteria and in accordance with national laws and practices, provided that the application of that mechanism does not lead to a reduction in the statutory minimum wage.

31 Pecinovsky, EU economic governance and the right to collective bargaining, Bruges 2019, p. 463.

32 Discrimination prohibitions apply to collective agreements: Article 14 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; Article 16 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation; Article 23 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

33 ECJ, 15 July 2021 – C-804/18 and C-341/19 (IX/Wabe eV and MH Müller Handels GmbH v MJ), § 47.



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.



JAHRE KOMPETENZ AUF JEDER SEITE



**Print und online
– jetzt bestellen!**

Für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de

Bestellhotline: 069 / 79 501 020

