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

I. Vorbemerkung

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

Die Europäische Kommission hat am 09. Dezember 2021 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit veröffentlicht. Darin enthalten sind Regelungen für sog. Plattformbeschäftigte und sog. digitale Arbeitsplattformen. Bei Erfüllung zweier von fünf festgelegten Kriterien (Art. 4 Abs. 2 lit. a bis e RL-E) soll eine widerlegliche Vermutung dafür bestehen, dass ein Arbeitsverhältnis zur sog. digitalen Arbeitsplattform vorliegt, wobei letztere als digitaler Service verstanden wird, der über eine mobile Anwendung auf Anfrage eines Benutzers bereitgestellt wird und im Wesentlichen die Arbeit des Leistungserbringers beim Benutzer organisiert (Art. 2 Abs. 1 RL-E).

Der Berichtsentwurf der Europäischen Parlaments vom Mai 2022 sieht sogar weitergehend vor, dass es für eine digitale Plattform ausreichen solle, dass Computerprogramme und -verfahren eingesetzt werden, um die von Einzelpersonen geleistete Arbeit in irgendeiner Weise zu vermitteln, zu überwachen oder zu organisieren, unabhängig davon, ob diese Arbeit online oder an einem bestimmten Ort geleistet wird (Änderungsvorschlag zu Art. 2 Abs. 1 RL-E).

II. Forderung

Die unterzeichnenden Verbände fordern:

1. **Der unter die Definition des Begriffs „digitale Arbeitsplattformen“ fallende Personenkreis ist ausdrücklich dahingehend einzuschränken, dass Anbieter von Dienstleistungen, deren Hauptzweck im Verkauf von Waren und Dienstleistungen besteht, nicht erfasst werden.**
2. **Handelsvertreter im Sinne der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG sind ausdrücklich aus dem unter „Person, die Plattformarbeit leistet“ fallenden Personenkreis auszunehmen.**
3. **Von der Einführung einer gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformarbeit leistenden Personen ist abzusehen.**
4. **Hilfsweise: Gesetzlich anerkannte Formen der Selbständigkeit (z. B. Handelsvertreter) sind ausdrücklich von der gesetzlichen Vermutung auszunehmen.**

Hierzu im Einzelnen:

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

Die vorgeschlagene Definition einer „digitalen Arbeitsplattform“ in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL-E ist bereits außerordentlich weit gefasst und könnte sich auf jede natürliche oder juristische Person erstrecken, die eine kommerzielle Dienstleistung erbringt, die zumindest teilweise auf elektronischem Wege aus der Ferne erbracht wird, auf Anfrage eines Dienstleistungsempfängers bereitgestellt wird, und beinhaltet als notwendigen und wesentlichen Bestandteil die Organisation der Arbeit von Einzelpersonen, unabhängig davon, wo diese Arbeit verrichtet wird. Hiervon gibt es nur begrenzte Ausnahmen. Unter diese Definition fallen somit nicht nur Unternehmen, die normalerweise als Gig-Economy-Player gelten, sondern hierunter könnten auch andere Unternehmen fallen, deren Kerngeschäft „von Einzelpersonen geleistete Arbeit“ umfasst.

Entsprechend Erwägungsgrund 19 des Entwurfs der Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen vom 09. Dezember 2021 sollte daher klargestellt werden, dass nach Art.

2 Abs. 2 RL-E neben Anbietern von Dienstleistungen, deren Hauptzweck in der Nutzung oder dem Teilen von Vermögenswerten[1] besteht („providers of a service whose primary purpose is to exploit or share assets“), auch Anbieter von Dienstleistungen, deren Hauptzweck im Verkauf von Waren und Dienstleistungen besteht („providers of a service whose purpose is to exploit or share assets **or to sell goods or services**“), nicht von der Definition des Begriffs der „digitalen Arbeitsplattform“ erfasst werden (vgl. hierzu Änderungsanträge Nr. 529 und 530 der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 10. Juni 2022).

2. Handelsvertreter im Sinne der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG sind aus dem unter den Begriff der „Person, die Plattformarbeit leistet“ fallenden Personenkreis auszunehmen.

Die EU-Gesetzgebung widmet selbständigen Handelsvertretern eine eigene Richtlinie (Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter - Handelsvertreterrichtlinie). Selbständige Handelsvertreter werden auf Erfolgsbasis provisionsbasiert entlohnt und durch die Handelsvertreterrichtlinie durch Ausgleichsanspruch, Buchauszug und Kündigungsfristen besonders geschützt. Es wäre widersinnig, die gesetzlich anerkannten selbständigen Handelsvertreter ihres Status und ihrer damit verbundenen Rechte zu berauben. Um Wertungswidersprüche zu verhindern, sollte in Art. 2 RL-E ausdrücklich klargestellt werden, dass Handelsvertreter nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.

3. Keine Einführung einer gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses

Die unterzeichnenden Verbände lehnen das Konzept der gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformarbeit leistenden Personen entschieden ab.

Auf der einen Seite begrenzt der Richtlinienentwurf seinen Anwendungsbereich durch Verweis auf das nationale Recht. Nach Art. 3 Abs. 1 RL-E soll bei der korrekten

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

Bestimmung des Beschäftigungsstatus von Personen, die Plattformarbeit leisten, auf die Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträge oder die Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten abgestellt werden. Das mitgliedstaatliche Recht soll also darüber entscheiden, ob eine Person als Arbeitnehmer anzusehen und der sachliche Schutz der Richtlinie in der Folge auf diese Person anzuwenden ist. Für den persönlichen Anwendungsbereich soll es damit grundsätzlich auf das nationale Arbeitnehmerverständnis ankommen. Auch das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung vom 16. September 2021 zu dem Thema „Gerechte Arbeitsbedingungen, Rechte und soziale Sicherung für auf Online-Plattformen beschäftigte Arbeitnehmer – Neue Beschäftigungsformen im Zusammenhang mit der digitalen Entwicklung“ (2019/2186(INI)) festgestellt, dass die Merkmale der Beschäftigung, die eine Anerkennung als Arbeitsverhältnis oder als Arbeitsvertrag ermöglichen, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sind und in die nationale Zuständigkeit fallen.

Dieser Gestaltungsspielraum würde den Mitgliedstaaten aber wieder genommen, wenn gem. Art. 4 Abs. 1 RL-E ein Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die bestimmte Aspekte der Arbeitsleistung kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese Plattform leistet, aufgrund einer gesetzlichen Vermutung als Arbeitsverhältnis angesehen werden würde. Bei dieser Vermutungsregelung handelt es sich um ein hybrides Instrument. Sie zeigt zum einen Merkmale einer prozessualen Maßnahme, die Plattformarbeitern den Zugang zu den Rechten und Ansprüchen erleichtern sollen, die sich aus EU- und nationalem Arbeitsrecht ableiten. Zum anderen ist sie eng mit Begriffen des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses und dem Begriff des Arbeitnehmers verbunden, da einem Plattformarbeiter standardmäßig der Status eines Arbeitnehmers zugeordnet würde. Die vorgeschlagene Vermutung würde zu einem De-facto-Arbeitnehmerstatus für Plattformarbeiter führen.

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

Darüber hinaus übertrifft der von der Kommission vorgeschlagene Kriterienkatalog bei weitem die Kriterien, die der Europäische Gerichtshof in seinem Yodel-Urteil vom 22. April 2020 (C-692/19) festgelegt hat. Dem Urteil zufolge sollten Plattformarbeiter nur bei Erfüllung der von der Kommission in Art. 4 Abs. 2 lit. d und e RL-E vorgeschlagenen Kriterien als Arbeitnehmer betrachtet werden. Daher würden die Kriterien in ihrer derzeitigen Form einen "dritten Status" der Beschäftigung begründen. Einen "dritten Status" hat das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 16. September 2021 aber ausdrücklich abgelehnt, da dies nicht zur Lösung der derzeitigen Probleme beitragen würde und die Gefahr berge, dass bereits unklare Begriffe weiter verwischt würden. Es sei vielmehr im Einklang mit dem nationalen Recht sicherzustellen, dass jeder Plattformbeschäftigte entweder als Beschäftigter oder als Selbstständiger eingestuft werde.

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

Dies soll im Folgenden durch einige Beispiele aus dem Bereich des Handelsvertreterrechtes verdeutlicht werden: Gesetzliche Regelungen bezüglich der Handelsvertreterprovision finden sich in den Art. 6 ff. Handelsvertreterrichtlinie

86/653/EWG (HV-Richtlinie), §§ 87 ff. HGB. Die Höhe der Provision richtet sich regelmäßig nach dem provisionspflichtigen Umsatz. Es handelt sich folglich um eine Erfolgsvergütung, nicht um eine Leistungsvergütung. Bei Handelsvertreter- oder sonstigen Vermittlungssystemen bestimmt der Auftraggeber in Formularverträgen regelmäßig auch die Höhe der Provision oder des Händlerrabatts. Mithin würde die in Art. 4 Abs. 2 lit. a RL-E vorgesehene Vermutung in solchen Absatzmittlungssystemen Fehleinschätzungen Vorschub leisten. Außerdem gibt es eine ausdifferenzierte Rechtsprechung der deutschen Obergerichte und des Bundesgerichtshofs sowie des Bundesarbeitsgerichts zur AGB-Kontrolle von Formularverträgen (vgl. BAG, Urteil vom 15.12.1999 - 5 AZR 770/98; BAG, Urteil vom 20.09.2000 - 5 AZR 271/99; BAG, Urteil vom 09.06.2010 - 5 AZR 332/09; BAG, Urteil vom 09.06.2010 - 5 AZR 332/09; OLG München, Beschluss vom 09.12.2019 - 7 W 1470/19), die selbständige Absatzmittler schützt.

Auch kommt bei einem Handelsvertretervertrag beispielsweise dem Verbot, allgemein für andere Unternehmen bzw. für andere Unternehmen derselben Branche tätig zu sein, kein oder nur ein sehr geringes Gewicht bei der Abwägung zu, ob eine Handelsvertreterin oder ein Handelsvertreter dem beauftragenden Unternehmen gegenüber die Rechtsstellung einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers oder einer bzw. eines selbständigen Gewerbetreibenden einnimmt (Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Anlage 2 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 01.04.2022, S. 6). In Art. 3 Abs. 2 HV-Richtlinie, § 86 Abs. 1 HGB ist ausdrücklich die Verpflichtung des Handelsvertreters, bei der Ausübung seiner Tätigkeit die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen, geregelt. Damit ist ein Wettbewerbsverbot handelsvertretertypisch (vgl. auch BAG, Urteil vom 15.12.1999 - 5 AZR 770/98), sodass die in Art. 4 Abs. 2 lit. e RL-E vorgesehene Vermutung bei Einschränkung der Möglichkeit, Arbeiten für Dritte auszuführen, ebenfalls zu Fehleinschätzungen führt.

Dies gilt auch hinsichtlich der in Art. 4 Abs. 2 lit. e RL-E angesprochenen Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen. Der Handelsvertreter hat keine eigenen Kunden. Für die Aufbauleistungen sieht Art. 17 HV-Richtlinie in Absatz 2 einen Ausgleichsanspruch und in Absatz 3 einen Schadensersatzanspruch vor (vgl. 89b HGB).

Betreffend die Verpflichtung, Weisungen hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes (Büro etc.) zu befolgen, Berichte über die Tätigkeit zu erstatten, Untätigkeit zu melden oder Revisionen des beauftragenden Unternehmens zu dulden, kommt es auf den Umfang der Beschränkung durch

die einzelne Weisung an. Solche Beschränkungen führen aber jedenfalls nicht zwingend zur Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses. Vielmehr hängt das Gewicht, mit dem diese Merkmale in die Gesamtabwägung eingehen, von der Ausprägung im Einzelfall ab (Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern, Anlage 2 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 01.04.2022, S. 4 f.). Da der Auftraggeber für die vom Absatzmittler vermittelten Verträge haftet, kann er die Qualität der Arbeitsergebnisse (= vermittelte Verträge) überprüfen. Dementsprechend hat beispielsweise der Handelsvertreter gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. b HV-Richtlinie, § 86 Abs. 2 HGB zu berichten, was in der Praxis häufig online geschieht, und den vom Unternehmer erteilten angemessenen Weisungen nachzukommen, Art. 3 Abs. 2 lit. c HV-Richtlinie, auch hier können die in Art. 4 Abs. 2 lit. b und c RL-E vorgesehenen Kriterien bei Absatzmittlern wiederum zu Fehleinschätzungen führen.

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

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

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

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

Eine solche Ausnahme für den Direktvertrieb hatte beispielsweise auch ein kalifornisches

Gesetz zur Regulierung der Gig-Economy enthalten (Assembly Bill No.5 Chapter 296 vom 18.09.2019 - das Gesetz wurde im August 2021 von einem kalifornischen Gericht aus anderen Gründen als verfassungswidrig und damit für unwirksam erklärt, NYT vom 23.08.2021, https://www.nytimes.com/2021/08/23/technology/california-gig-worker-law-explained.html).

Berlin, 26. September 2022

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

Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) e.V., Eckhard Döpfer, doepfer@cdh.de

Verband der Privaten Bausparkassen e.V.
Agnes Freise, freise@vdpb.de

VOTUM Verband Unabhängiger Finanzdienstleistungsunternehmen in Europa e. V.
Filip Schlosser, Schlosser@votum-verband.de

Bundesverband Deutscher Versicherungskaufleute e.V.
Dr. Wolfgang Eichele, w.eichele@bvk.de