

Entgeltsicherung für Selbstständige - WSI-Herbstforum 2017 -

Die Schlüsselfrage: Selbstständig?

- selbstständig und wenn ja, in welcher Form?
Oder nur ein Teil des Geschäftsmodells, um
Personalkosten zu sparen?
- Arbeitnehmer?
- selbstständig als arbeitnehmerähnliche Person?
- selbstständig als in Heimarbeit Beschäftigte(r)?
- selbstständig?

Beschäftigung als Arbeitnehmer/in? (1)

- Alle Schutzrechte, auch beim Entgelt (Arbeitsvertrag, TV, Mindestlohn)
- Bundesarbeitsgericht (z. B. NZA 16, 1453; 17, 1463) und aktuell § 611 a BGB:
Leistung weisungsgebundener (Inhalt, Durchführung, Zeit, Ort), fremdbestimmter (Gestaltung der Tätigkeit, Arbeitszeit) Arbeit in persönlicher Abhängigkeit mit Eingliederung in Arbeitsorganisation eines anderen; Bezeichnung ist gleichgültig, entscheidend ist tatsächliche Durchführung
- teilweise weitergehender europäischer AN-Begriff (EuGH):
Jemand erbringt während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung vergütete Leistung; Indizien z. B.: Keine Beteiligung an wirtschaftlichen und finanziellen Risiken des Auftraggebers, Abhängigkeit von ihm (z.B. kein Schutz gegen Kündigung), Eingliederung in dessen UN, keine freie Gestaltung der Arbeitszeit (z. B. GmbH-Geschäftsführer, Rote-Kreuz-Schwester)

Beschäftigung als Arbeitnehmer/in? (2)

- berechnete Kritik am BAG (Definition auch vom AG her : Wank, Prassl, Risak)
 - inhaltliche unternehmerische Freiheit (zeitlich, örtlich, freie Preisbildung)?
 - eigene UN-Organisation?
 - eigenständiger Marktauftritt: z. B. eigener Kundenstamm, eigene Marktchancen?
- diverse Verfahren in USA, UK, SA, z.B. gegen Crowdfunder, Uber (z.B. Employment Appeal Tribunal 10.11.17 und AuR 16, 516 ff.); EuGH-Verfahren mit Rückschlüssen (Plattform/Taxi-UN: Heuschmid/Hlava, NZA 17, 1315; AuR 17, 365f.)?
- teilweise durch UN Anerkennung als AN: z.B. Honor, Instacart (USA), Book a Tiger, Bonativo, Foodora (D)

Beschäftigung als arbeitnehmerähnliche Person

- Voraussetzungen Arbeitnehmerähnliche (z.B. § 12 a TVG)
 - wirtschaftlich abhängig und einem AN vergleichbar schutzbedürftig
 - Leistungen im Wesentlichen ohne Mitarbeit von AN
 - nicht eingegliedert in andere Arbeitsorganisation, deutlich geringere Weisungsunterworfenheit als bei Arbeitnehmern
 - überwiegend für eine Person tätig oder im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts für Erwerbstätigkeit insgesamt von einer Person, im Medienbereich mindestens ein Drittel
- Folge: teilweise gesetzlicher Schutz (z.B. BUrlG, ArbSchG, BDSG); Tarifverträge möglich (z.B. Medien, Designer), teilweise mit allgemeinen Auswirkungen; Arbeitsgerichte zuständig (§ 5 ArbGG), aber kein Mindestlohn

Beschäftigung nach dem Heimarbeitsgesetz

- Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende, Gleichgestellte (§ 1 Abs. 2, § 2 HAG): 27.605 (31.12.16), aber z.B. ca. 5 Mill. Erwerbstätige ganz/teilweise von zu Hause arbeitend (2012)
 - in selbstgewählter Arbeitsstätte, „allein“, erwerbsmäßige Arbeit im Auftrag von Gewerbetreibenden, wirtschaftliche Abhängigkeit (BAG, NZA 91, 267)
 - nicht entscheidend: zeitlicher Umfang, Verdiensthöhe, ob überwiegender Lebensunterhalt, welche Qualifikation (BAG, NZA 16, 1453); aber: Auftrag oder „Einladung zum Angebot“ (z.B. Crowdworker!)
- Folge: teilweise gesetzlicher Schutz (z.B. ArbSchG, BDSG, AGG); Tarifverträge möglich (§ 17 HAG); Entgeltfestsetzung und –überwachung durch Heimarbeitsausschuss (§§ 19 ff. HAG)
- Arbeitsgerichte zuständig (§ 5 ArbGG)
- § 5 Abs. 1 BetrVG: „... in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten“; ebenso MitbestG

Beschäftigung als Selbstständige

- Kein Arbeitsrecht
- Schutz (und Begrenzung der Handlungsmöglichkeiten) durch Wirtschaftsrecht
 - § 138 BGB: sittenwidrig niedrige Vergütung („auffälliges Missverhältnis“; „verwerfliche Gesinnung“) → übliche Vergütung (§§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGD)
 - AGB (§§ 305 ff. BGB)
 - Kartellrecht (Schutz vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)
 - Ggf. Urheberrecht, Designrecht
 - Rechtsprechung des BVerfG (NZA 90, 389) zu Art. 12 GG zu Schutzpflichten in Konstellationen mit struktureller Unterlegenheit (Randkorrekturen?)
 - Zivilgerichtsbarkeit („höheres Kosten“-Risiko)
 - Risiko: Verlust von Auftraggebern
- faktische Abstimmung des Verhaltens: Das Beispiel „Dolmetscher“

Übersicht: Anwendbare Vorschriften

Erläuterung:

(+) volle Anwendbarkeit

(0) abgeschwächte Anwendbarkeit

(-) Unanwendbarkeit

| | Arbeitnehmer | Heimarbeiter | Arbeitnehmerähnliche | Selbstständige Dienstnehmer |
|----------------|--------------|-----------------------------|--|--|
| §§ 305 ff. BGB | + | + | + | + |
| §§ 611-630 BGB | + | - | 0 (ohne §§ 612a, 613a, 619a, 622, 623) | 0 (ohne §§ 612a, 613a, 619a, 622, 623) |
| GewO | + | - | - | - |
| HGB | + | - | 0 (§ 92a HGB) | 0/- |
| AGG | + | + | + | 0 (§ 6 III AGG) |
| EntgelttranspG | + | + | - | - |
| TzBfG | + | - | - | - |
| NachwG | + | - | - | - |
| ATG | + | - | - | - |
| EFZG | + | 0 | - | - |
| BUrlG | + | 0 | + | - |
| KSchG | + | - | - | - |
| PflegeZG | + | + | + | - |
| AÜG | + | - | - | - |
| ArbSchG | + | + | + | - |
| ArbZG | + | 0 (§ 11 HAG) | - | - |
| BDSG | + | + | + | - |
| GenDG | + | + | + | - |
| MuSchG | + | + | + | - |
| BEEG | + | + | - | - |
| TVG | + | + | + | - |
| MiLoG | + | - | - | - |
| BetrVG | + | +(incl. §§ 102, 112 BetrVG) | - | - |
| ArbGG | + | + | + | - |
| BetrAVG | + | 0 (§ 17 I 2 BetrAVG) | 0 (§ 17 I 2 BetrAVG) | - |
| SGB IV | + | +(§ 12 II SGB IV) | - | - |
| SGB III | + | +(§ 13 SGB III) | - | - |
| SGB V | + | +(§ 5 I SGB V) | - | 0 (§ 5 I Nr. 3, 4 SGB V) |
| SGB VI | + | +(§ 1 I Nr. 1 SGB VI) | +(§ 2 Nr. 9 SGB VI) | 0 punktuell (§ 2 SGB VI) |
| SGB VII | + | +(§ 2 I 1 Nr. 1 SGB VII) | +(§ 2 Abs. 2 SGB VII »Wie-Beschäftigte«) | 0 (§ 2 I Nr. 5, 6, 7, 9 SGB VII) |
| SGB IX | + | 0 (§ 210 SGB IX) | - | - |
| SGB XI | + | + | - | 0 (§ 5 I Nr. 3, 4 SGB V) |

Preis, Soziales Recht 17, S. 177 (180)

Rechtspolitischer Handlungsbedarf

- genereller Trend zur „Selbstständigkeit“, verstärkt durch Plattform-ökonomie, insbesondere zur „Solo-Selbstständigkeit“
- z.B.
 - UK: starker Anstieg des Anteils der Soloselbstständigen an Erwerbstätigen
 - USA:
 - 53,7 Mio. Selbständige = 36 % der Erwerbstätigen, 27 % der Erwerbstätigen im Hauptjob (2015);
 - z.B. in Hotels der größten Städte noch 20 % AN der Hotels; Cheerleader im Profisport
 - ganz überwiegend schlechte Verdienste
 - Deutschland:
 - ca. 2,34 Mio. Soloselbständige = 5,6 % der Erwerbstätigen (2014); durchschnittlicher Verdienst 13,- €/Std. brutto (1496,- € netto/mtl.); 25 % unter 8,50 €/Std.; 118.000 Selbständige in Hartz IV;
 - IAB-Kurzbericht 1/2017: bis zu 436.000 Scheinselbstständige (vor allem Berufseinsteiger und Geringqualifizierte); Einkommensdifferenzen bei vergleichbaren Tätigkeiten zu Festangestellten 20%, zu „normalen“ Selbstständigen 22 %.

Rechtspolitik (1): Allgemeine Vorschläge

- AN-Begriff erweitern: s.o.
- bei arbeitnehmerähnlichen Personen:
 - Einbeziehung wie Heimarbeiter in BetrVG (vgl. auch Plattform BMWI Industrie 4.0)
 - Senkung der Grenze generell auf ein Drittel des Verdienstes (Weißbuch BMAS und Plattform: prüfen)
oder
 - Anwendung auch bei Unterschreiten einer Verdienstgrenze (unterhalb Mindestlohn, z. B. Deinert)
 - Anwendung des HAG auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen
 - Debatte in UK / USA über Arbeitnehmerähnliche mit bestimmten Schutzrechten
- bei in Heimarbeit Beschäftigten:
 - Anwendung des HAG auf Plattformbeschäftigte (Weißbuch, Plattform Industrie 4.0)
 - Weitere Anpassung des HAG an digitale Gegenwart: Siehe wirtschaftliche Abhängigkeit, „Auftrag“ z. B. → Preis, Soziales Recht 17, 173 ff.

Rechtspolitik (2): Allgemeine Vorschläge

- Bei Selbstständigen:
- AN-Schutzrechte unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis anwenden bei vergleichbarer Schutzbedürftigkeit?
 - Preis, Soziales Recht 17, 173 ff.: Verallgemeinerung des Konzeptes Heimarbeit → d.h. ohne KSchG, TzGfG, § 613 a BGB (= Voraussetzung AN)
 - Jürgens, Hoffmann, Schildmann, Arbeit transformieren! HBS 2017, S. 29 ff., 36 ff.: „Portable Rechte“

Selbstständige und Mindestentgelt (1): Beispiele

- Existierende gesetzliche Regelungen (Stoßrichtung auch gegen Scheinselbstständigkeit):
 - Polen vom 22.7.2016: Mindestentgelt für bestimmte Soloselbstständige (ohne AN/ Dienstleistungen) → Beispiele: LKW-Fahrer, Kuriere, Putzdienste
 - Niederlande vom 29.3.2017: für bestimmte Selbstständige (bis zu 2 AN); Dienstleistungen; ausgenommen bestimmte Auftragnehmer (Erstellung körperlicher Sache, Verwahrung von Sachen, Transport von Personen/Sachen, Ausgabe von Werken); Planung: jede Beschäftigung unter 15,-/18,- €/Std. als Arbeitsverhältnis
 - Deutschland: z.B. § 92 a HGB (Handelsvertreter), § 32 UrheberrechtsG (BVerfG 23.10.13 – ABVR 1842/11 und 1 BvR 1843/11: mit Art. 12 GG vereinbar): „angemessene Vergütung“; öffentliche Honorarordnungen: z.B. Architekten, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater → wirtschaftliche Absicherung und Schutz der Allgemeinheit (Europ. Kommission: Klage beim EuGH [C-377/17] gegen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure [HOA] wg. Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit)

Selbstständige und Mindestentgelt (2): Gesetzlicher Rahmen

- Grundgesetz: Konkurrierende Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11); Art. 12(Selbstständige) und Art. 2 (Auftraggeber) betroffen, grundsätzlich gerechtfertigt zur Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme und Bekämpfung sozialer oder wirtschaftlicher Ungleichgewichte (BVerfG, s.o.; Bayreuther, NJW 17, 357 [360])
- AEUV: Art. 56 Dienstleistungsfreiheit – zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (angemessene Vergütung, Schutz vor Sozialdumping, Sicherung von Standards) können Beschränkung rechtfertigen (nicht diskriminierend, geeignet, erforderlich); vgl. z.B. EuGH, NJW 07, 281 (RAe)

Selbstständige und Mindestentgelt (3): Vorschläge

- leistungsbezogene Sätze: vgl. öffentliche Honorarordnungen; branchenbezogen?
- DGB
 - arbeitnehmerähnliche Personen ins Mindestlohngesetz einbeziehen
 - Mindestvergütungsverordnungen mit branchenspezifischen Mindesthonoraren für Soloselbstständige und Kleinstselbstständige (bis zu 2 Beschäftigte)
- Grüne/Bündnis 90: Branchenspezifische Mindesthonorare für Selbstständige (Arbeitspapier: „Digitalisierung Gestalten“, 18.12.16), Weiterentwicklung TVG, ev. allgemeingültiges Mindesthonorar
- SPD: Mindesthonorar für Selbstständige in Höhe von 25,- €/Std.
- Europäische Kommission (COM [2017] final Annex 1): 8. Social fairness package: an initiative on access to social protection for atypical self-employed workers (Sozialversicherung)
- in 20 Grundsätzen zur Säule Sozialer Rechte „angemessener Sozialschutz“ (Nr. 12) und „Mindesteinkommen“ (Nr. 14)
- Auslegungshilfen → EuGH?

Selbstständige und Mindestentgelt (4): Ein Vorschlag des HSI

§ 25[↵]

Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts

(1) Personen, die auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen oder vergleichbaren Vertragstypen für andere Personen tätig sind und die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen, haben unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften gegenüber ihren Vertragspartnern einen Anspruch auf ein Mindestentgelt nach § 26. ¶

(2) Auftraggeber¹ mit Sitz im In- oder Ausland sind verpflichtet, den für sie im Inland tätigen Personen im Sinne des Absatzes 1 mindestens das Mindestentgelt nach § 26 Absatz 1 spätestens zu dem in § 27 genannten Zeitpunkt zu zahlen. ¶

(3) § 3 findet entsprechende Anwendung. ¶

(4) Das Mindestentgelt nach § 26 Absatz 1 ist in Form eines Geldbetrags auf ein vom Auftragnehmer zu benennendes Bankkonto zu zahlen. ¶

§ 26[↵]

Höhe des Mindestentgelts

(1) Die Höhe des Mindestentgelts ergibt sich aus dem Stundensatz des § 1 Absatz 2 zuzüglich eines pauschalen Sozialversicherungszuschlags in Höhe von 25 % aus dem Mindestentgelt. ¶

(2) Ist kein zeitlicher Umfang für die Durchführung des Auftrags bestimmt, gilt eine angemessene Dauer als vereinbart. ¶

(3) Im Streitfall wird vermutet, dass der von den nach § 25 Anspruchsberechtigten dargelegte und auf objektiv nachvollziehbaren Angaben beruhende zeitliche Umfang der Tätigkeit zutreffend ist, es sei denn der Auftraggeber kann einen abweichenden Umfang darlegen und beweisen. ¶

Kollektive Aktionen zur Entgeltsicherung (1)

- Aktionen sind möglich: z.B. Berlin, London, Seattle, New York, aber bei „physischer“ Arbeitserbringung („Gig Economy“) deutlich leichter als bei „virtueller“ (Crowdworker)

«Wir hassen die Gig-Economy nicht, aber sie muss sich ändern»

Ein Gewerkschaftsaktivist bei Deliveroo über Arbeitskämpfe in der Plattform-Ökonomie



Deliveroo couriers strike rally day 2 - central London August 12th 2016., CC BY-NC-SA 2.0, Foto: Steve Eason, flickr

Kollektive Aktionen zur Entgeltsicherung (2)

Italien



Berlin



Soziale Medien



Kollektive Aktionen zur Entgeltsicherung (3)

- Vereinigungs- und Verhandlungsrecht, Tarifverträge für Plattformbeschäftigte? EuGH 04.12.14, NZA 15, 55 ff. „FNV Kunsten“ (Gerechtshof Den Haag 1.9.2015 - 200.082.997 (01) = AuR 16, 171): Art. 101 AEUV; Kartellrecht
- ILO-Kernarbeitsnormen 87 und 98 anwendbar: Die Komitees (CEACR und CFA) sprechen jeweils von „workers“ und „self-employed“ bzw. „self-employed persons/workers“ und „independant professionals“, aber geringer Einfluss (vgl. auch Mc Crystal, International Journal of Comparative Labour Law, 6/2014)
- in Deutschland: z.B. Verhandlung der Gebühren für Ärzte durch Kassenärztliche Vereinigung
- Beispiel Dolmetscher
- andererseits: Anti-Trust-Verfahren gegen Uber (Class action, US District Court Southern District of New York 1:15 Civ 9796 [JSR] Zulassung 31.3.2016)
- § 12 a TVG für alle Soloselbstständigen öffnen?

Selbsthilfe: z.B. Crowdwork

- Problem: kaum physische Kontaktmöglichkeiten
- Referenzplattformen ➡ „gleiche Augenhöhe“, Marktmacht der Plattformbeschäftigten
- FairCrowdWork Watch



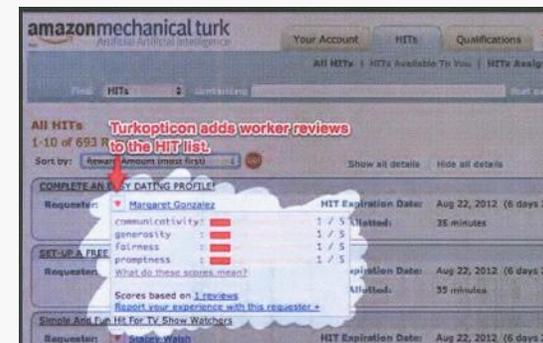
<http://www.faircrowdwork.org/>



- Z. B. Turkopticon

Turkopticon

“Turkopticon helps the people in the ‘crowd’ of crowdsourcing watch out for each other—because nobody else seems to be.”



Initiativen der IG Metall zur Plattformarbeit

- Satzungsänderung (2015): Mitgliedschaft (§ 3) mit Rechtsschutz möglich für Soloselbstständige
- Gespräche mit Plattformen und Verband
- Ergebnis:
 - Gemeinsame Umfragen auf den Plattformen
 - Workshop mit Crowdworkern und GF der Plattformen
 - Diskussion über Mitbestimmung
 - Verbesserung AGBs
 - Weiterentwicklung Code of Conduct (8 Plattformen)
 - Faire Bezahlung (z. B. lokale Lohnstandards)
 - Angemessene Zeitplanung
 - Unterstützung und Nacharbeit
 - Datenschutz
 - Beschwerdeprozess/Ombudsstelle
 - Internationale Treffen: Schweden, USA, Österreich, Dänemark, Japan, ILO, D (z.B. Frankfurt 4/2016)



Literatur

- Bayreuther, Entgeltsicherung Selbstständiger, NJW 17, 357 ff.
- Preis, Soziales Recht 2017, S. 173 ff.
- Jürgens, Hoffmann, Schildmann, Arbeit transformieren! HBS 2017, S. 29 ff., 36 ff.
- Kezuka, Liebman, Waas, „Crowdwork: a Comparative Law Perspective“ (HSI-Schriftenreihe Bd. 22, Mai 2017)
- Däubler/Klebe, NZA 15, 1032 ff.
- Klebe, Arbeitswelt 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit (FES, Wiso direkt 22/2017)