

Lea Frey

Arbeitnehmerähnliche Personen in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts



Universität Bremen

bigas

Einleitung

„Es ist [...] zumindest diskussionswürdig, arbeitnehmerähnliche Personen generell im selben Umfang wie die in Heimarbeit Beschäftigten als Arbeitnehmer des Betriebs anzusehen. Einer solchen Erweiterung des Betriebsverfassungsrechts über die in Heimarbeit Beschäftigten hinaus auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen wäre ein gewisser „Charme“ nicht abzusprechen.“¹

Zu diesem Ergebnis kam *Rost* bereits im Jahre 1999. In seinem Aufsatz „Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht“ befasst er sich mit der Frage, inwieweit eine Erstreckung des BetrVG auf arbeitnehmerähnliche Personen möglich ist, kommt aber letztlich zu dem Ergebnis, dass „die Beschränkung auf die in Heimarbeit Beschäftigten [...] für das Betriebsverfassungsrecht zu respektieren [sei]“.²

Ob diesem Ergebnis in letzter Konsequenz auch nach heutigem Stand noch zugestimmt werden kann, ist angesichts anhaltender Umwandlung von Normalarbeitsverhältnissen in sog. „neue Beschäftigungsformen“, wie „freie Mitarbeit“, „Leiharbeit“ oder sog. „Solo-Selbstständigkeit“, die rein äußerlich meist als Flexibilisierungsstrategie dargestellt wird, fraglich. Die Umwandlung erfolgt nämlich nicht mehr nur in Reaktion auf temporäre Arbeitsspitzen. Vielmehr werden durch die neuen Beschäftigungsformen mittlerweile in großen Teilen auch Stammarbeitsplätze ersetzt.³ Der dahingehende Trend steigt stetig. So liegt der Anteil an „neuen Beschäftigungsformen“ in Deutschland heute bei etwa einem Drittel der Beschäftigten. Der Anteil der Normalarbeitsverhältnisse ist in den Jahren 1998 bis 2008 um 6,6 % gesunken, während die Anzahl atypischer Beschäftigungsverhältnisse um 46,2 % und die Anzahl der Solo-Selbstständigen um 27,8 % angestiegen ist. Im Zeitraum von 1991 bis 2008 ist die Zahl der Solo-Selbstständigen laut statistischem Bundesamt sogar um 66 % gestiegen. Ein großer Teil dieser Solo-Selbstständigen ist nicht marktorientiert, hat also keinen eigenen Kundenstamm, sondern ist lediglich für ein oder zwei

1 *Rost*, NZA 1999, 113 (120).

2 *Rost*, NZA 1999, 113 (121).

3 *Karthaus/Klebe*, NZA 2012, 417 (417).

Auftraggeber tätig⁴, von diesem bzw. von einem dieser Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und als arbeitnehmerähnliche anzusehen. Diese Umwandlung von Normalarbeitsverhältnissen dient neben der Flexibilisierung insbesondere auch der Absenkung der Arbeitsbedingungen.⁵ Gerade unter Berücksichtigung des Europäischen Arbeitsrechts ist zu untersuchen, ob diese durch die andauernde Umwandlung von Normalarbeitsverhältnissen erfolgte Absenkung nicht gleichzeitig dazu führen muss, die Rechte der anstelle von Arbeitnehmern eingesetzten Beschäftigten entsprechend anzupassen, um der Verringerung des Beschäftigtenschutzes Einhalt zu gebieten. Eine gewichtige Maßnahme ist in diesem Zusammenhang nicht nur die Erstreckung von Arbeitsschutzvorschriften auf bestimmte Beschäftigungsgruppen, was durch das ArbSchG weitgehend erfolgt ist. Die Effektivität des Arbeitsschutzes gebietet vielmehr sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene die Mitwirkung der Beschäftigten. Die Effektivität der Mitwirkung der Beschäftigten bzw. ihrer Vertreter wurde insbesondere durch den Erlass der Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und die Anhörung der Arbeitnehmer⁶ exponiert und auch die Richtlinie 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit⁷ erkennt die Partizipation der Beschäftigten als eines der tragenden Elemente des Arbeitsschutzes an. Sie sieht im Hinblick auf die elementare Bedeutung der Mitwirkung im Bereich des Arbeitsschutzes umfassende Beteiligungsrechte der Beschäftigten bzw. ihrer Vertreter vor, die es im nationalen Recht umzusetzen gilt.⁸ Im deutschen Recht werden diese Beteiligungsrechte aber weitestgehend vom Betriebsrat ausgeübt und damit durch

4 *Waltermann*, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, B 17, B 101.

5 *Karhaus/Klebe*, NZA 2012, 417 (417).

6 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. L 80/29.

7 Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.06.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. Nr. L 183/1, zuletzt geändert durch Anh. Nr. 2.1 ÄndVO (EG) Nr. 1137/2008 vom 22.10.2008, ABl. Nr. L 311/1.

8 Vgl. nur Art. 10 und 11 der Richtlinie 89/391/EWG; *EuGH*, Urteil vom 22.05.2003, Rs. C-441/01 – Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ Königreich Niederlande, Slg. 2003, 5463 ff.; *Bücker/Feldhoff/Kohte*, Arbeitsumwelt, Rn. 267; *Habich*, Sicherheits- und Gesundheitsschutz, S: 61 f.; *Kohte*, Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, EAS B 6100, Rn. 101; *ders.*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 37, S. 36 ff.; *ders.*, Partizipation, S. 7; *Nebe*, Betrieblicher Mutterschutz, S. 138; vgl. auch § 2, B., I., 4.

das Betriebsverfassungsgesetz umgesetzt⁹. Das Betriebsverfassungsrecht selbst kann insofern als dem Beschäftigtenschutz zugehörig angesehen werden. Denn das Anliegen des Betriebsverfassungsrechts besteht darin, die betriebliche Ordnung so zu regeln, dass auf der einen Seite die schützenswerten Belange der Belegschaft sowie der einzelnen Beschäftigten, gerade auch im Bereich des Arbeitsschutzes, geschützt werden, während auf der anderen Seite die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers im Grundsatz gewahrt bleibt. Das Betriebsverfassungsrecht nimmt damit gerade auch bei der Effektivierung des Arbeitsschutzes eine gewichtige Schlüsselrolle ein.¹⁰

Nach der Rechtsprechung des BAG soll die für die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsrechts notwendige Voraussetzung, dass die betroffene Person als Arbeitnehmer i.S.d. § 5 BetrVG angesehen werden kann, in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen aber gerade nicht erfüllt sein.¹¹ Der dem Betriebsverfassungsrecht zugrunde liegende Gedanke des Beschäftigungsschutzes soll demnach den zwar nicht persönlich, aber wirtschaftlich abhängigen arbeitnehmerähnlichen Personen, die im Grunde als selbstständig angesehen werden¹², nicht zugute kommen.

9 So auch BT-Drucks. 13/3540, S. 22.

10 BAG, Beschluss vom 08.06.2004, Az.: 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175; BAG, Urteil vom 12.08.2008, Az.: 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102; BAG, Beschluss vom 18.08.2009, Az.: 1 ABR 43/08, NZA 2009, 1434; Faber, Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten, S. 463; MünchArb-v. Hoyningen-Huene, § 210, Rn. 1; Kohte, Festschrift für Gnade, S. 675 (684); Pieper, ArbSchR, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 1; D/K/K/W-Trümmer, § 87 BetrVG, Rn. 204; insofern wird das Betriebsverfassungsgesetz auch häufig als „Grundgesetz des Betriebs“ bezeichnet, Julius, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, S. 45; Kohte, Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, EAS B 6100, Rn. 18; ders., Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 37, S. 26; ders., Partizipation, S. 5, Wlotzke, NZA 1990, 417 (419 f.); ders., RdA 1992, 85 (91); ders., NZA 1994, 602 (603); Pieper, ArbSchR, Einl., Rn. 87.

11 BAG, Beschluss vom 12.02.1992, Az.: 7 ABR 42/91, NZA 1993, 334.

12 BAG, Urteil vom 17.10.1990, Az.: 5 AZR 639/89, NZA 1991, 402; BAG, Beschluss vom 11.04.1997, Az.: 5 AZB 33/96, AP Nr. 30 zu § 5 ArbGG 1979; BGH, Beschluss vom 21.10.1998, Az.: VIII ZB 54-97, NJW 1999, 648; BAG, Beschluss vom 17.06.1999, Az.: 5 AZB 23/98, NZA 1999, 1175; BAG, Beschluss vom 30.08.2000, Az.: 5 AZB 12/00, NZA 2000, 1359; BAG, Urteil vom 15.11.2005, Az.: 9 AZR 626/04, AP Nr. 12 zu § 611 BGB – Arbeitnehmerähnlichkeit; Buchner, ZUM 2000, 624 (624 ff.); Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 88; Fitting, § 5 BetrVG, Rn. 92, Löwisch, Arbeitsrecht, Rn. 5; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 110 f.; Reinecke in Däubler, § 12a TVG, Rn. 22 f.; MünchArb-Richardi, § 20, Rn. 2; Plander, DB 1999, 330 (330); ders. in Festschrift für Däubler, S. 272 (273); Raab in GK-BetrVG,

Wie aber bereits die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrem am 22.11.2006 vorgelegte Grünbuch mit dem Titel „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderung des 21. Jahrhunderts“¹³ hervorhebt, spiegelt diese herkömmliche Unterscheidung zwischen abhängigen Beschäftigten und nicht abhängigen Selbstständigen die wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten der Arbeitswelt nicht mehr angemessen wider.¹⁴ Gerade in Bezug auf die wirtschaftlich abhängigen Beschäftigten, die keinen Arbeitsvertrag haben und sich in einer „Grauzone“ zwischen Arbeits- und Handelsrecht bewegen, wird erwogen, die „überkommenen Grenzen“ des Arbeitsrechts zu überschreiten und das Europäische Arbeitsrecht auch auf arbeitnehmerähnliche Personen auszudehnen.¹⁵

Mit Rücksicht auf diese Erkenntnisse, auch auf europäischer Ebene, und den Schutzzweck des Betriebsverfassungsrechts, erscheint der Ausschluss arbeitnehmerähnlicher Personen aus dem gesamten Betriebsverfassungsrecht daher fraglich. Dies nicht zuletzt auch aufgrund der jüngst ergangenen Entscheidung des BAG zu der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung von Leiharbeitnehmern. Das BAG hat nach einigen Jahren der Orientierung auf den Trend, Stamarbeitsplätze durch Leiharbeit zu ersetzen, reagiert, um das Phänomen der Leiharbeit mit den bestehenden Prinzipien der betrieblichen Mitbestimmung in Einklang zu bringen und geht in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung nunmehr davon aus, dass im Entleiherbetrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des § 9 S. 1 BetrVG in der Regel mitzuzählen sind¹⁶, obwohl Leiharbeitnehmer zu dem Entleiher nicht in einem klassischen Arbeitsverhältnis stehen.

Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Arbeit mit der Frage, ob und inwieweit nach derzeitiger Lage die Möglichkeit oder aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben sogar die Verpflichtung besteht, arbeitnehmerähnliche Personen in

§ 5 BetrVG, Rn. 52; H/S/W/G/N/R-Rose, § 5 BetrVG, Rn. 48; KR-Rost, ArbNähnl. Pers., Rn. 8; D/K/K/W-Trümmer, § 5 BetrVG, Rn. 96; Wiedemann/Wank, § 12a TVG, Rn. 1 ff.

13 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch, Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endgültig vom 22.11.2006.

14 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch, Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endgültig vom 22.11.2006, S. 12.

15 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch, Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endgültig vom 22.11.2006, S. 12 f.; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1, Rn. 18, 63.

16 BAG, Beschluss vom 13.03.2013, Az.: 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789.

den Schutz des BetrVG einzubeziehen. Es soll untersucht werden, ob das tatsächliche Schutzbedürfnis arbeitnehmerähnlicher Personen es erfordert, auch ihnen den rechtlichen Schutz des Betriebsverfassungsrechts insgesamt oder zumindest in Teilen zukommen zu lassen.

Die Untersuchung ist dabei in vier Abschnitte untergliedert. Im ersten Abschnitt sollen die Grundlagen für die Untersuchung der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung arbeitnehmerähnlicher Personen ausführlich dargestellt werden. Es soll zunächst der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person erläutert werden (§ 1), um anschließend die im Arbeitsschutzrecht bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben und deren Erfassung arbeitnehmerähnlicher Personen darzustellen (§ 2). Im zweiten Abschnitt ist daran anknüpfend zu ermitteln, inwieweit nach unionsrechtlichen und nationalen Vorgaben die Möglichkeit und Notwendigkeit besteht, arbeitnehmerähnlichen Personen den Schutz des BetrVG insgesamt (§ 3) oder hinsichtlich einzelner Vorschriften (§ 4) zukommen zu lassen, wobei der Fokus auf den Bereich des Arbeitsschutzes gelegt wird. Der dritte Abschnitt befasst sich im Anschluss daran mit der Frage, wie arbeitnehmerähnliche Personen im Bereich des Arbeitsschutzes im Betrieb repräsentiert werden können, ob ein neben dem Betriebsrat bestehendes Repräsentationsorgan geschaffen werden muss und inwieweit arbeitnehmerähnliche Personen an der Wahl ihrer Repräsentanten teilhaben können (§§ 5 und 6). Der vierte und letzte Abschnitt enthält abschließend eine Zusammenfassung der wesentlichen im Rahmen der Arbeit ermittelten Ergebnisse.