

Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Bericht über die 8. Assistent/innentagung im Arbeits- und Sozialrecht
vom 26. Bis 28.7.2018 in Zürich

Andreas Zöllner*

A. Einleitung	369	F. Arbeitnehmer oder was?	373
B. Thematische Einordnung	370	G. Kryptowährung	375
C. Die schweizerische Kündigungsfrei- heit	371	H. Mobiles Arbeiten	375
D. Crowdfunding und Plattformökono- mie	371	I. Kann Sex Arbeit sein?	376
E. Kollektivierung und Wettbewerbsrecht	372	J. Rahmenprogramm	377
		K. Fazit und Ausblick	378

A. Einleitung

Die 8. Assistent/innentagung im Arbeits- und Sozialrecht fand vom 26. bis 28.07. an der Universität Zürich statt. Das Zusammenkommen des wissenschaftlichen Nachwuchses aus Deutschland, Österreich und der Schweiz ermöglichte auch in diesem Jahr einen grenzüberschreitenden Austausch.

Die bislang, zumindest vom Namen her, rein *arbeitsrechtliche* Assistent/innentagung wurde nun erstmals um den *sozialrechtlichen* Zusatz ergänzt. Nicht von ungefähr kommt, dass dies bei ihrer erstmaligen Ausrichtung in der Schweiz geschah – denn während das Sozialversicherungsrecht in der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft noch in vielen Köpfen hinter das Arbeitsrecht zurücktritt, so ist dies in der Schweiz tendenziell andersherum, wie Professor Dr. *Thomas Gächter* (Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich) in seinem eröffnenden Grußwort erklärte.

Gleichzeitig wandeln die Veranstalter, ein Team aus den Mitarbeitern der Lehrstühle von Professor Dr. *Thomas Gächter* und Professor Dr. *Wolfgang Portmann* (Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich), mit dieser Umtaufe in *Gächters* Fußstapfen, welcher 1999 einst selbst als Gastgeber der „Assistententagung Öffentliches Recht“ diese kurzerhand umbenannte in „Assistierendentagung Öffentliches Recht“.¹ Bekanntlich hat sich diese frühe Innovation eines gendergerechten Tagungsnamens bei den Öffentlich-Rechtlern nicht durchgesetzt – hier ist man im Arbeitsrecht wie so oft näher am Puls der Zeit. Ob sich der sozial-

* Dipl.-Jur. *Andreas Zöllner* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg bei der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. *H. Hanau*). Der Autor dankt allen Referenten für die Zurverfügungstellung ihrer Manuskripte.

1 Vgl. Tagungsband: M. Bertschi/T. Gächter/R. Hurst/P. Klaus/A. Roller/B. Schmithüsen/U. Steimen/M. Widmer/M. von Wyss (Hrsg.), *Demokratie und Freiheit*, Stuttgart u.a. 1999.

rechtliche Aspekt auch im Namen der arbeitsrechtlichen Assistent/innentagung halten kann, bleibt abzuwarten. Fest steht, dass die sozialrechtliche Komponente auf der Agenda deutlich erkennbar war und dieser Tagung eine neue Facette verlieh.

B. Thematische Einordnung

Die vergleichsweise fortschrittsbetonte Haltung des Arbeits- und Sozialversicherungsrechtlers spiegelte auch das übergeordnete Tagungsthema wider: „Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“.

Ohne Zweifel ist die Digitalisierung zurzeit – um es mit *Rüdiger Krauses*² Worten zu sagen – das „Megathema“ der nationalen und internationalen arbeitsrechtlichen und arbeitsrechtspolitischen Debatte. Sie hat „überall ihre Finger im Spiel“ und beeinflusst das Geschehen in der Arbeitswelt maßgeblich.³ Vor allem technische Entwicklungen schaffen Möglichkeiten, gewiss schon immer dagewesene Bedürfnisse wie flexible Arbeitszeit, Arbeiten von Zuhause oder gar mobil vom Café oder Strand aus, Selbstbestimmtheit für den Arbeitnehmer umzusetzen – gleichzeitig ist die Umsetzung Treiber für organisationale, soziale und technische Entgrenzung.⁴ Sharing Economy etwa ist längst kein wirtschaftswissenschaftlicher Lehrbuchbegriff mehr, sondern spiegelt das Lebensgefühl vieler Menschen, gerade aus der Generation Y wider. Die Entwicklung rüttelt an Grundfesten des Arbeits- und Sozialrechts: Wer ist heute noch Arbeitnehmer und wer schon selbstständiger Unternehmer? Wie werden Arbeitnehmerähnliche geschützt? Können sich Crowdworker kollektivieren? Und was genau ist überhaupt „Arbeit“? All dies sind neue Probleme, die durch die beschriebenen technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt bedingt sind. Aus Sicht der Züricher Veranstalter hinkt die Gesetzgebung im Arbeits- und Sozialrecht solchen Problemen hinterher, oft könne das Recht bei Digitalisierung, Flexibilisierung oder Plattformarbeit nicht mehr mithalten, was die Beweggründe dafür waren, neue Arbeitsformen in den Fokus der 8. Assistent/innentagung zu rücken. In gewisser Weise traten die Veranstalter damit den Hamburger Ausrichtern aus dem vergangenen Jahr entgegen: Unter dem Thema „Der erwachte Gesetzgeber im Arbeitsrecht“ wollten Letztere noch aufzeigen, dass der oftmals als untätig beschimpfte Gesetzgeber keineswegs handlungsunfähig sei, sondern zumindest in Deutschland mit Novellierungen im Bereich Tarifvertragsrecht, Mindestlohn oder Arbeitnehmerüberlassung durchaus in

2 R. Krause, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 53.

3 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2016, S. 5.

4 Vgl.: H. Hanau, "Schöne digitale Arbeitswelt?", NJW 2016, S. 2613.

der Lage sei, Probleme der Praxis anzupacken.⁵ Die Züricher Veranstalter aber wollten den Finger quasi zurück in die Wunde legen.

C. Die schweizerische Kündigungsfreiheit

Die mitunter doch deutlichen nationalen Unterschiede der deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechtsordnungen traten spätestens beim Grußvortrag von *Patrick Näf (wenger & viele Rechtsanwälte)* hervor. *Näf* referierte zu dem schweizerischen Grundprinzip der Kündigungsfreiheit. Kündigungsfreiheit! – ein Begriff, der den deutschen Arbeitsrechtswissenschaftler stutzen und so manchen Arbeitgeber interessiert aufhorchen lässt, bedeutet er doch Fehlen der Notwendigkeit eines Kündigungsgrundes und Beschränkung des finanziellen Risikos im Falle einer missbräuchlichen Kündigung auf die Zahlung von höchstens sechs Monatsvergütungen.

D. Crowdfunding und Plattformökonomie

Seit geraumer Zeit stehen insbesondere Crowdfunding-Plattformen in der arbeitsrechtlichen⁶ und -politischen⁷ Debatte hoch im Kurs. Obwohl es noch immer an belastbaren Zahlen fehlt, wie viele Crowdworker ihren Lebensunterhalt tatsächlich allein durch Crowdwork bestreiten⁸ – man möchte meinen, es gibt mehr Juristen, die sich mit Crowdwork beschäftigen, als es Crowdworker gibt – verwunderte es nicht, dass dieses Thema auch auf der Assistent/innentagung auf der Agenda zu finden war.

Der Festvortrag von *Jeremias Prassl* (Associate Professor an der University of Oxford) mit dem Titel „Humans as a Service“⁹ lieferte überaus spannende Impulse zur Rolle des Arbeitsrechts in der Gig Economy, insbesondere zur Entgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Entrepreneur, zu sprachlichen Aspekten beim Begriff „Arbeit“ in der Gig Economy und letztlich zur Rolle des Menschen am Beispiel des von *Wolfgang von Kempelen* entwickelten Schachtürken, Namenspatron für Amazons Crowdfunding-Plattform Mechanical Turk.

5 Vorwort der Hrsg. in: S. Buhl/T. Frieling/C. Krois/F. Malorny/M. Münder/B. Richter/L. Schmidt (Hrsg.), *Der erwachte Gesetzgeber – Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2017, S. 5; ebenso: S. *Klawitter*, *Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht*, RW 2017, S. 339 (344).

6 So z.B. auch beim 71. Deutschen Juristentag 2016, vgl. dazu: R. *Krause*, *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf*, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, S. B99 ff.

7 *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Weißbuch (Fn. 3), S. 56.

8 H. L. *Bechtolff*/T. M. *Zöllner*, *Crowdsourcing – Eine arbeitsrechtliche Verortung*, in: T. Redlich/M. Moritz/J. P. Wulfsberg (Hrsg.), *Interdisziplinäre Perspektiven zur Zukunft der Wertschöpfung*, Wiesbaden 2018, S. 255 (267).

9 Vgl. dazu: J. *Prassl*, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford 2018.

Inhaltlich knüpfte *Jan Armin Gärtner* (Georg-August-Universität Göttingen) daran an, der mit seinem Vortrag zu „Rechtsgeschäftlichen Bindungsformen bei Crowdwork“ zunächst das Phänomen des Crowdworkings als neue Beschäftigungsform vorstellte. Besonders bereichernd war, dass *Gärtner* anhand von Screenshots zweier Crowdworking-Plattformen aus dem Microtasking-Bereich, bei denen er sich selbst angemeldet hatte, die Abläufe z.B. eines „HITS“¹⁰ vorstellte und damit einen Einblick in die Crowdwork-Praxis verschaffte. Während sich der bisherige arbeitsrechtswissenschaftliche Diskurs vorrangig an der Frage aufhielt, welchen Status Crowdworker genießen, also ob sie Selbstständige, Arbeitnehmer(ähnliche) sind oder ggf. unter den Anwendungsbereich des Heimarbeitsgesetzes fallen,¹¹ stand – zugegebenermaßen etwas abseits des *arbeits- und sozialrechtlichen* Streitgesprächs – die Untersuchung der Rechtsbeziehungen bzgl. der Ableistung einzelner Arbeitsaufgaben im Vordergrund von *Gärtners* Vortrag. Er kam u.a. zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Ausschreibungen um keine Auslobungen im Sinne des § 657 BGB handele, da das Merkmal der öffentlichen Bekanntmachung auf den Plattformen in aller Regel nicht verwirklicht sei und eine vertragliche Lösung den Umständen besser gerecht werde. Bei der Plattformausschreibung sei ein Vergleich mit den klassischen Fällen der *invitatio ad offerendum* angezeigt. Die sodann insbesondere im Anwendungsbereich des Arbeitsrechts relevante Frage nach den Vertragsparteien sei nach *Gärtner* mithilfe einer Abgrenzung hinsichtlich der Übernahme der Vertragspflichten zu ermitteln.

E. Kollektivierung und Wettbewerbsrecht

Daniel Holler (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) nahm den Crowdworker aus kollektivarbeitsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Perspektive unter die Lupe. In seinem Referat „Kollektive Selbsthilfe im Bereich der Arbeit 4.0 – Tarifautonomie für Crowd-, Cloud-, Clickworker und Co.“ widmete er sich der höchstspannenden Frage, ob die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich nur auf Arbeitnehmer im klassischen Sinne anwendbar oder ob sie heute auch als Freiheit für alle möglichen Beschäftigungsformen zu begreifen ist. Mit anderen Worten: Ist ein von Solo-Selbständigen geführter Arbeitskampf denkbar? Dies nämlich zieht die Folgefrage nach sich, ob eine solche Kollektivierung zugleich als (unzulässiges) Kartell zu werten ist. Dabei ist nicht nur die Vereinbarkeit mit nationalem Kartellrecht beachtlich, sondern auch Art. 101 AEUV.¹²

10 Als „Human Intelligence Tasks“, kurz „HITS“ werden die Mikroaufgaben bei Amazon Mechanical Turk bezeichnet.

11 Zu diesem Diskurs vgl. *R. Krause*, Gutachten (Fn. 6), S. B103 ff.; *H. L. Bechtolff/T. M. Zöllner*, Crowdsourcing (Fn. 8), S. 255 (260 ff.).

12 Vgl. dazu: EuGH NZA 2015, S. 55 („FNV *Kunsten*“).

Hollers Thesen zufolge könnten sich auch Crowdworker zunächst auf die Koalitionsfreiheit berufen, sofern sie „arbeitnehmerähnlich“ sind. § 12a TVG umfasse nach *Holler* nur einen Teil der Grundrechtsträger; gleichzeitig gehe er über den durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelten Grundrechtsschutz hinaus. Eine grundrechtsgeschützte tarifautonome Betätigung außerhalb des bestehenden Tarifvertragssystems bleibe den Crowdworkern hingegen verschlossen. Andernfalls würden die Regelungen des TVG als Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit und Ausgleich der verschiedenen Grundrechtspositionen konterkariert. Abhilfe könne nur der Gesetzgeber selbst schaffen, indem er den Anwendungsbereich des TVG erweitert oder ein separates Verhandlungssystem zur Verfügung stellt.

In diese Diskussion fügte sich auch das Vortragsthema von *Thomas Dullinger* (Universität Wien) ein, der über „Unionsrechtliche Vorgaben und Grenzen für nationale Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen“ referierte. Das Unionsrecht, das nur die Zweiteilung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen kennt,¹³ sieht grds. keine extra Zwischenkategorie eines Arbeitnehmerähnlichen vor.¹⁴ *Dullinger* konstatierte, dass die Rechtssetzungskompetenz der EU hinsichtlich Schutzbestimmungen für solche Arbeitnehmerähnlichen immer noch höchst umstritten sei, da sich die Kompetenz des Unionsgesetzgebers für das Arbeitsrecht insbesondere aus Art. 153 AEUV ableite und dort auf die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsmarkt“ abgestellt werde. Ob Mitgliedstaaten, die eine solche Zwischenkategorie dennoch kennen, diesen Arbeitnehmerähnlichen kollektive Rechtssetzung ermöglichen bzw. solche Beschäftigte in Kollektivverträge einbezogen werden dürfen, bejahte *Dullinger* sodann zumindest für „nicht-marktorientiert agierende Beschäftigte“.

Insgesamt positionierte sich *Dullinger* restriktiver als *Holler*, der nämlich vertrat, eine gesetzlich zugelassene tarifautonome Betätigung der Crowdworker „verstieße jedenfalls im Grundsatz weder gegen nationales noch gegen europäisches Kartellrecht.“ Die Diskussion wäre vor Ort gewiss reger und kontroverser ausgefallen, hätte man die Referenten hintereinander in den Programmablauf aufgenommen.

F. Arbeitnehmer oder was?

Auch oder gerade im Zeitalter der Digitalisierung hat die immergrüne Frage danach, wer überhaupt Arbeitnehmer, wer Selbständiger oder wer Arbeitnehmerähnlicher ist,¹⁵ ihre Aktualität nicht verloren und so fand sie auch bei der Assistent/innentagung auf vielfachem Wege Eingang in Vorträge und Diskussionen.

13 Zur grds. Diskussion um die Arbeitnehmereigenschaft sogleich unter F.

14 R. Wank, Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts: Arbeitsrecht für Nicht-Arbeitnehmer?, EuZA 2008, S. 172 (177).

15 Vgl. dazu: H. Hanau, Arbeitswelt (Fn. 4), NJW 2016, S. 2613 (2615 ff.).

Während die Vermittlung privater Fahraufträge durch die Plattform Uber in Deutschland durch letztlich rechtskräftige Entscheidung des OLG Frankfurt/Main¹⁶ verboten wurde, ist Uber in der Schweiz und anderen europäischen Staaten noch immer aktiv. Doch ist der einzelne Uber-Fahrer unselbstständig oder selbstständig? Dazu stellte *Michael E. Meier* (Universität Zürich) seine Thesen vor. In *Meiers* Vortrag wurde vor allem die eingangs geschilderte Divergenz des Verhältnisses zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in Deutschland und der Schweiz deutlich: Kommt es dem deutschen Arbeitsrechtler eher der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften wegen auf die Arbeitnehmereigenschaft an, sieht der Schweizer den Streitpunkt vor allem in der Sozialversicherungspflicht. *Meier* kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Uber-Fahrer wohl um eine arbeitnehmerähnliche Person handle und er deshalb gewissen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zu unterwerfen sei. Direkte Auswirkungen auf sozialversicherungsrechtlicher Ebene habe dies jedoch nicht. Dem Europarecht ähnlich gibt es auch dort gerade keine Zwischenkategorie wie „Arbeitnehmerähnliche“, sondern lediglich Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit. Im schweizerischen Sozialrecht werde anhand mehrerer Indikatoren, die sich grob in die Kategorien „unternehmerisches Risiko“ und „arbeitsorganisatorische Abhängigkeit“ fassen lassen, abgewogen. Dabei überwogen für *Meier* die Kriterien, die für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit der Uber-Fahrer streiten, was zu einer Sozialversicherungspflicht führe.

Mathis Böttcher (Universität Bielefeld) dozierte zu seiner Forschung zum Null-Stunden-Vertrag. Dieser ermögliche eine „bis auf die Spitze getriebene“ flexible Gestaltung des Arbeitsverhältnisses insoweit, als der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine festen Arbeitsstunden garantieren muss. Diese Null-Stunden-Rahmenvereinbarung beinhaltet dann Bedingungen für künftige Einzelarbeitsverhältnisse. Dabei differenzierte *Böttcher* zwischen Vereinbarungen mit und ohne Ablehnungsrecht. Letztere stellten ihm zufolge ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG dar. Fehlt es dort an der Festlegung einer Mindeststundenzahl, wird eine ebensolche fingiert (§ 12 Abs. 1 S. 2, 3 TzBfG). *Böttcher* kritisierte die Fiktion von zehn Stunden als nicht interessengerecht und forderte stattdessen, die in der Vergangenheit gearbeitete Durchschnittsstundenzahl zu Grunde zu legen.

Mit seinem Vortrag sorgte *Böttcher* gleich in mehreren Punkten für die wohl anregendste Diskussion der Veranstaltung. Zum einen wurde die praktische Möglichkeit der Ermittlung der geleisteten Durchschnittsstunden und des dafür relevanten Zeitraums hinterfragt. Auch die viertägige Ankündigungsfrist der Abrufarbeit nach § 12 Abs. 3 TzBfG wurde diskutiert. Kontrovers wurde dann wieder um den Arbeitnehmerbegriff gestritten. Auslöser dafür war die These *Böttchers*, dass beispielsweise ein DFB-Schiedsrichter, der eine Rahmenvereinbarung mit dem Fuß-

16 OLG Frankfurt/Main GRUR-RR 2017, S 17.

ballbund abschließt, für den jeweiligen Spieleinsatz einen Einzelarbeitsvertrag abschließen und somit Arbeitnehmer des Verbandes sei.¹⁷

G. Kryptowährung

Im Kontext neuer Beschäftigungsformen lenkte *Antje Tölle* (Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Berlin) den Blick auf eine „Neue Form der Entlohnung – Kryptowährungen als Arbeitslohn“. Im Zentrum ihres Vortrags stand die Frage, ob sich Kryptowährungen als „vereinbarte Vergütung“ (§ 611 Abs. 1 BGB) bzw. nach schweizerischem Recht als „Lohn“ (Art. 319 Abs. 1 OR) eignen. *Tölle* verwies auf die Regelung des § 107 Abs. 1 GewO, welche die Auszahlung des Arbeitsentgelts grds. in Euro vorschreibt, wobei die Norm in Abs. 2 eine Sachvergütung zulässt, was *Tölle* dazu veranlasste, anerkannte Lohnersatzformen wie Sachbezüge und Aktienoptionen mit Kryptowährungen zu vergleichen. Auch die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Bitcoins & Co. ließ die Referentin dabei nicht aus.

Tölle kam zum Ergebnis, dass es zulässig sei, Kryptowährungen als Prämie, variablen Lohnbestand oder Gratifikation auszuzahlen. Mangels flächendeckender Verbreitung solcher digitalen Zahlungsmittel würden sie es aber dem Empfänger noch nicht erlauben, damit auch das alltägliche Leben und die Daseinsvorsorge zu bestreiten, weshalb die Pflicht, den Lohn in der gesetzlichen Währung auszuzahlen, noch nicht zu korrigieren sei. Erst eine fortschreitende Verbreitung von Kryptowährungen bestärke auch das Bedürfnis nach ihrer Auszahlung. In puncto Steuer- und Sozialversicherungsrecht vertrat *Tölle* die These, trotz Wechselkursschwankungen den Arbeitnehmer am Stichtag für die Berechnung von Steuer- und Sozialabgaben und beim Umtausch in staatliche Währungen zu belasten.

H. Mobiles Arbeiten

Die im Rahmen von Arbeitszeitflexibilität und Vereinbarkeit von Familie und Beruf stets aufkommende Debatte um das mobile Arbeiten¹⁸ griff ein „Vortragsduo“¹⁹ bestehend aus *Katja Chandna-Hoppe* (Universität Bonn) und *Christian Haidn* (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) auf.

In ihrem vorwiegend bestandsaufnehmenden Vortrag mit dem Titel „Der globale Schreibtisch? Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des mobilen Arbeitens“, der letztlich einen umfänglichen Blick auf die vielfältigen Rechtsfragen und Zielkonflikte bei der mobilen Arbeit bot und insbesondere das Fehlen konkreter Vorgaben für den Arbeitsschutz herausarbeitete, stellte *Chandna-Hoppe* zunächst Erschei-

17 Vgl. dazu: LAG Hessen NZA-RR 2018, S. 414; BFHE 260, 169.

18 Vgl. dazu: R. Krause, Gutachten (Fn. 6), S. B81 ff.

19 So von den Veranstaltern betitelt, vermutlich deshalb, weil sich beide im Anschluss gemeinsam einer Podiumsdiskussion stellten.

nungsformen des mobilen Arbeitens nebst empirischer Befunde vor. Auch *Chandana-Hoppe* kam nicht um den schon viel diskutierten Arbeitnehmerbegriff herum, da mobiles Arbeiten sowohl ein Phänomen der selbstständigen als auch der unselbstständigen Arbeit ist. Die Abgrenzung sei nach Ansicht der Referentin sowohl für den Arbeitsschutz (ArbStättV, ArbSchG) als auch für die Versicherteneigenschaft in der Sozial-, speziell in der Unfallversicherung, relevant.

Haidn stellte mit seinem Beitrag zur Telearbeit die Perspektive von Erwerbsgemeinderten in den Fokus des Diskurses. Er setzte sich mit der Situation auseinander, in der ein Rentenversicherter in ausreichender Stundenzahl zwar leichte Tätigkeiten ausüben, das Leistungsvermögen aber nicht unter den „üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes“ (§ 43 SGB VI) realisieren kann, weil er etwa wegeunfähig ist oder betriebsunübliche Pausen einlegen muss. *Haidn* stellte dann die Folgefrage, ob auch Telearbeit eine mittlerweile „übliche Bedingung des allgemeinen Arbeitsmarktes“ darstellt bzw. die Verweisung auf eine Telearbeitstätigkeit möglich ist. Ersteres verneinte *Haidn* mangels Regelmäßigkeit *noch*, während er Letzteres in Form von Teleheimarbeit für durchaus denkbar hielt, sofern die Einschränkungen des Versicherten dies zuließen.

I. Kann Sex Arbeit sein?

Mit Blick auf das übrige Panel fiel *Daniela Krömer* (CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien) mit ihrem Referat gewiss aus der Reihe. Lautete das Tagungsthema doch *neue* Arbeitsformen, nahm es sich *Krömer* zur Aufgabe, das sprichwörtlich *älteste* Gewerbe der Welt genauer zu beleuchten. „Kann Sex Arbeit sein?“, lautete die übergeordnete Fragestellung ihres Vortrags. *Krömer* stellte ihre vor allem auf den österreichischen Rechtsraum bezogenen Untersuchungen, z.B. zur Weisungsgebundenheit im Verhältnis Sexarbeiter und Freier bzw. Sexarbeiter und Zuhälter dar und rückte die Sexarbeit in den Kontext moderner Moralvorstellungen, des deutschen Prostitutionsgesetzes,²⁰ des Strafrechts²¹ und der EMRK. Aus dem Publikum blieben kritische Nachfragen nach empirischen Belegen oder Praxisberichten gewisser Anbahnungsabläufe im Prostitutionsgewerbe nicht aus. *Krömer* schaffte es, sämtliche „Fettknäpfechen“, die diese Thematik anbot, souverän zu umschiffen und setzte sich kühl und sachlich mit der rechtlichen Dogmatik der Sexarbeit auseinander. Sie kam letztlich zu dem Ergebnis, dass Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen in Österreich zulässig sein können und ein Arbeitsvertrag trotz Ein-

20 Während in der Schweiz nach hM Sexarbeit noch immer sittenwidrig ist, sieht das deutsche Prostitutionsgesetz Vereinbarungen über entgeltliche sexuelle Handlungen, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, als grds. wirksam an (§ 1 ProstG). Deshalb bezog sich die weitere Untersuchung nur noch auf das österreichische Recht.

21 § 181 StGB (Deutschland); § 195 StGB (Schweiz).

schränkung des Weisungsrechts gemäß Art. 8 EMRK möglich sei. Die rechtliche Grenze zog *Krömer* bei der dirigierenden Zuhälterei.

Wer im Angesicht der anderen Vorträge eine Komponente der Digitalisierung auch in diesem Vortrag suchte, wurde dagegen nicht fündig – so bleibt es Aufgabe zukünftiger Untersuchungen, das Sexgewerbe im Kontext des digitalen Zeitalters unter die Lupe zu nehmen und tatsächlich *neue* Arbeitsformen aus den Bereichen Webcam-, Homemade- oder Cyberpornografie arbeits- und sozialrechtlich zu begutachten.

J. Rahmenprogramm

Selbstverständlich soll auch das hervorragend organisierte Rahmenprogramm der dreitägigen Tagung nicht unerwähnt bleiben. Den Organisatoren *Vania Dobрева, Sarah Hack-Leoni, Andreas Holenstein, Petra Koller und Rahel Nedi* gilt deshalb an dieser Stelle der herzliche Dank des *Autors* für das abwechslungsreiche Programm abseits der Vortragsagenda.

Wer „Kafi“, „Apéro“ und „Buurezmorge“ auf dem Programm las, konnte, ohne vorherige Berührungspunkte mit dem Schweizer Vokabular, zunächst nur unter Zuhilfenahme der Uhrzeit erraten, was der Ablaufplan für ihn bereithielt. Umso stilechter, dass die Organisatoren der Tagung dieser nicht nur sprachlich schweizerischen Charme verliehen. Eine „Nachtwächterführig“ etwa brachte den Teilnehmern die Züricher Innenstadt näher, ehe die vom Schuhwerk und nächtlicher Erkundungstour strapazierten Füße in der „Barfussbar“ befreit ins kühle Nass der Limmat getaucht werden konnten.

Virtuos sorgte Professor Dr. *Wolfgang Portmann* nach den Vorträgen am ersten Tag für eine musikalische Überraschung am Flügel. Statt eines juristischen Beitrags entschied sich der Inhaber des Orchesterdiploms die Zuhörerschaft mit einem 45-minütigen Potpourri aus *Chopin* und *Rachmaninow* zu beglücken.

Am zweiten Abend kamen die Teilnehmer zum Badespaß und einer „Gmütlichen Obig“ in einem Strandbad zusammen – laut einstimmiger Meinung genau das Richtige bei Temperaturen jenseits der 30-Grad-Marke. In traumhafter Atmosphäre war es zu später Stunde zudem möglich, bei einem kühlen Glas Weißwein, die Jahrhundertmondfinsternis und den imposanten Blutmond über dem Zürichsee zu beobachten.

Bei aller Gemütlichkeit ließen es sich die Nachwuchswissenschaftler nicht nehmen, auch in geselliger Bier- und Weinlaune am und im Zürichsee leidenschaftlich über die Vortragsthemen zu diskutieren – und darüber hinaus. Als die Diskussion dann im schweizerischen Deliktsrecht mit internationalen Bezügen angekommen war, er-

wies sich aber, dass der Arbeits- und der Sozialrechtler doch in seinem jeweiligen Fachgebiet am besten aufgehoben ist.²²

K. Fazit und Ausblick

Die Digitalisierung und ihre Folgen bleiben auch in den kommenden Jahren das „Megathema“ der arbeitsrechtlichen und insofern auch sozialrechtlichen Debatte. Dass der Gesetzgeber der Entwicklung größtenteils hinterherhinkt – so ja noch die Ausgangsthese der Veranstalter – konnte diese Assistent/innentagung aber letztlich nicht gänzlich belegen. So war das Ergebnis der Untersuchungen, dass in vielen Feldern Handlungsbedarfe durch den Gesetzgeber empirisch noch nicht ausreichend belegt sind oder gegenwärtig vorhandene rechtliche Instrumente zur Bewältigung von Problemen auch bei neuen Arbeitsformen noch ausreichen.

Es bleibt abzuwarten, wie die Sterne in dieser schnelllebigen digitalen Arbeitswelt im kommenden Jahr stehen, wenn der wissenschaftliche Nachwuchs in Berlin zur 9. Assistent/innentagung im Arbeits- (und Sozialrecht?) zusammenkommt. Für Deutschland zum Beispiel wird es interessant, ob Uber auch hierzulande wieder die rechtlichen Voraussetzungen erhält, seine Fahrdienstvermittlungsplattform zu betreiben.²³ Dann könnten sich die von *Meier* aufgeworfenen Fragen auch für deutsche Uber-Fahrer stellen. Thematisch jedenfalls wird nahtlos an das Tagungsthema von Zürich angeschlossen – „Arbeitsrecht im Digitalisierungszeitalter“ lautet der von den Berliner Organisatoren ausgerufene Tagungstitel. Bis dahin geht nach Zürich und in Richtung aller Organisatoren, Referenten und Unterstützer dieser 8. Assistent/innentagung noch einmal ein herzliches: „Merci!“

22 So mancher verlor in dieser Diskussion, im wahrsten Sinne des Wortes, gänzlich den Durchblick.

23 Leise Erwartungen weckt da der Koalitionsvertrag der aktuellen 19. Legislaturperiode, Zeile 5700 ff., abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=4CCAD6A1D8098D51FE75D3BEF484F88.s3t2?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt zugegriffen am 30.8.2018).