

# Geschichte und Perspektiven des § 12a TVG

PASCAL ANNERFELT, FRANKFURT/M.\*

Mit Art. 2 § 1 des Heimarbeitsänderungsgesetzes vom 20.10.1974<sup>1</sup> wurde das Tarifvertragsgesetz vor 50 Jahren um § 12a ergänzt, welcher seitdem die Möglichkeit eröffnet, Tarifverträge für sog. arbeitnehmerähnliche Personen abzuschließen. Und auch wenn § 12a TVG ursprünglich nur für einen überschaubaren Personenkreis gedacht worden war, stand die Möglichkeit grundsätzlich für alle Beschäftigten offen, die unter diese Kategorie fallen. Anlässlich des runden Geburtstags des § 12a TVG beschäftigt sich der vorliegende Beitrag mit ausgewählten Aspekten aus dessen Historie. Angesichts der fortlaufenden strukturellen Veränderungen des Arbeitsmarktes ist die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person zuletzt wieder in den Fokus von Literatur und Rechtsprechung gerückt. Daher wird abschließend ein knapper Ausblick zum Potential der Norm und möglicher zukünftiger Anwendungsbereiche gegeben.

## I. Geschichte des § 12a TVG

### 1. Entwicklung und Normierung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person

Die Erkenntnis, dass es neben klassischen Arbeitnehmer:innen Beschäftigtengruppen gibt, welche eines herausgehobenen Schutzes bedürfen, ist älter als die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person selbst. Für sog. Heimarbeiter, also solche Arbeiter, »welche außerhalb der Fabrikstätten für Fabrikinhaber oder für die ihnen gleichgestellten Personen die zu deren Gewerbebetriebe nötigen Ganz- oder Halbfabriks anfertigen, oder solche an sie absetzen, ohne aus dem Verkaufe dieser Waren an Konsumenten ein Gewerbe zu machen«, wurde gem. § 136 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 der Schutzbereich der Arbeiter i.S.d. Gesetzes erweitert. 1911 wurden ihre Rechte durch das Hausarbeitsgesetz nochmals gestärkt.<sup>2</sup> Als erster in den arbeitsrechtlichen Diskurs eingebbracht hatte den Begriff der »arbeitnehmerähnlichen Person« wohl *Erich Melsbach* im Jahre 1923.<sup>3</sup>

Normiert wurde die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person erstmals in § 5 Abs. 1 des ArbGG von 1926.<sup>4</sup> Aufgetaucht war der Begriff schon zuvor im Gesetzesentwurf von 1924.<sup>5</sup> Zwar wurde damit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte festgelegt, näher bestimmt als »sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind« wurde der Begriff

\* Der Autor ist Doktorand am Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht in Frankfurt/M

<sup>1</sup> BGBl. I, 2879.

<sup>2</sup> Pfarr, Die arbeitnehmerähnliche Person, in: Engelen-Kefer/Scheden/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung – Festschrift für Karl Kehrmann, S. 77. Pfarrs Beitrag von 1996 liefert einen detaillierten historischen Überblick über die Geschichte der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person, ist unbedingt lesenswert und daher zur vertiefenden Lektüre empfohlen.

<sup>3</sup> So jedenfalls Pfarr (Fn. 2), S. 77. Siehe auch: *Melsbach*, Deutsches Arbeitsrecht, S. 24.

<sup>4</sup> Wiedemann/Wank, Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl. 2023, § 12a Rn. 40.

<sup>5</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 78.

allerdings erst durch eine Ergänzung der Vorschrift im Jahre 1934, welche dann 1953 wortgleich in die heute noch geltende Fassung des § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG übernommen wurde.<sup>6</sup> Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG und damit ihr Zugang zu den Arbeitsgerichten allein half den Betroffenen aber zunächst wenig. Denn die Norm selbst benennt keine arbeitsrechtlichen Schutzrechte, deren Verletzung sie monieren bzw. aus denen sie Ansprüche geltend machen könnten.<sup>7</sup>

Der erste echte individualarbeitsrechtliche Anspruch für arbeitnehmerähnliche Personen wurde mit Inkrafttreten des Bundesurlaubsgesetzes am 1.1.1963 geschaffen.<sup>8</sup> Gemäß § 2 S. 2 BUrg umfasst sein Geltungsbereich »auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind«. Interessanterweise gab es keine kontroversen Debatten im Rahmen des Gesetzesentwurfes der Unionsfraktion fand sich lediglich der Hinweis: »Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gehören in erster Linie die Heimarbeiter und die ihnen Gleichgestellten; in Betracht kommen ferner Handelsvertreter, Künstler, Musiker, Schriftsteller, Zeitungsberichterstatter usw., soweit sie in einem entsprechenden wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu einem Auftraggeber stehen.«<sup>9</sup> Bei aller grundsätzlichen Offenheit des gewählten Begriffes dachte man also nicht über den benannten Personenkreis hinaus.

Somit war bereits eine arbeitsrechtliche Schutzworschrift auf arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt worden. Ihnen kommt aber bis heute nur ein selektiver individualarbeitsrechtlicher Schutz zuteil. Zwar finden mittlerweile auch weitere arbeitsrechtliche Schutzworschriften Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen, etwa das Bundesurlaubsgesetz, das Arbeitsschutzgesetz oder das Mutterschutzgesetz.<sup>10</sup> Warum arbeitnehmerähnlichen Personen etwa der gesetzliche Urlaubsanspruch zusteht, aber keine gesetzliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, erscheint jedoch als recht willkürliche Entscheidung. Das Arbeitsrecht ist bis heute in weiten Teilen geprägt durch die von Pfarr gänzlich treffend so bezeichnete »Alles-oder-Nichts-Entscheidung«.<sup>11</sup> Wichtige arbeitsrechtliche Normen setzen die Arbeitnehmereigenschaft gem. § 611a BGB voraus. Nur wer diese besitzt, genießt ihren Schutz.<sup>12</sup> Die arbeitnehmerähnliche Person stellt somit trotz aller Abstriche die wichtigste Ausnahme dieses Grundsatzes darf.

<sup>6</sup> Däubler/Rachor, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 2022, § 12a, Rn. 2.

<sup>7</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 76.

<sup>8</sup> BGBl. 1963, S. 2.

<sup>9</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 78

<sup>10</sup> BT-Drucksache IV/207, S. 4.

<sup>11</sup> U.a. § 2 S. 2 BUrg, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 JArbSchG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG, § 17 Abs. 1 S. 1, 2 BertAVG, § 26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG; Siehe: Kempen/Zachert/Stein, TVG, 5. Aufl. 2013, § 12a Rn. 1; Berg/Kocher/Schumann/Wankel, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht – Kompaktkommentar, 7. Aufl. 2020, § 12a Rn. 2.

<sup>12</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 76.

<sup>13</sup> Siehe hierzu auch: Däubler, Für wen gilt das Arbeitsrecht?, in: Moderne Arbeitswelt – Festschrift für Rolf Wank, S. 82.

## 2. Entstehung des § 12a TVG

### a. Vorgeschichte

Der für das Mehrebenensystem des deutschen Arbeitsrechts konstitutive Zugang zur Tarifautonomie blieb den arbeitnehmerähnlichen Personen bis 1974 grundsätzlich verwehrt. Einzig § 17 Abs. 1 HAG ermöglichte es den Gewerkschaften seit dem 22.4.1951 für den begrenzten Personenkreis der Heimerbeiter:innen Tarifverträge abzuschließen. Dieser Zustand sollte sich ändern, wobei Gesetzgebung und Gewerkschaften hierfür ihren jeweiligen Beitrag zu leisten hatten. Vorab zur Vergegenwärtigung: Gem. § 12a Abs. 1 TVG gelten die Vorschriften des Gesetzes entsprechend für arbeitnehmerähnliche Personen. Daher können auch für diese nur Gewerkschaften als Tarifvertragsparteien i.S.d. § 2 Abs. 1 Alt. 1 TVG Tarifverträge abschließen. Für die Verbände arbeitnehmerähnlicher Personen gelten die gleichen Anforderungen an die Tariffähigkeit wie für alle Gewerkschaften. Insbesondere muss eine Gewerkschaft im tarifrechtlichen Sinne über die nötige Mächtigkeit und dafür vor allem über eine ausreichende organisatorische und finanzielle Leistungsfähigkeit verfügen. Kurz: Um § 12a TVG mit Leben zu füllen, bedurfte es entsprechender Tarifvertragsparteien.

Ab den 60er Jahren war die Beschäftigtengruppe der freien Mitarbeiter:innen stark gewachsen. Als Folge einer entsprechenden Einstellungspolitik der Rundfunkanstalten standen bereits 1967 etwa 100.000 von ihnen rund 16.000 Arbeitnehmer:innen gegenüber.<sup>14</sup> Sie waren allerdings in einem hohen Maße gewerkschaftlich organisiert und »hatten wegen fehlender individueller und kollektiver Schutzrechte in den 70er Jahren in einer Welle von Klagen gegen die ARD-Anstalten ihren Arbeitnehmerstatus gerichtlich feststellen lassen«.<sup>15</sup> 450 von 550 Klagenden stufte das BAG als Arbeitnehmer:innen ein.<sup>16</sup> Es ließ sich also ein gewisser Handlungsdruck auf die Legislative erkennen, der auch seitens der Gewerkschaften artikuliert wurde.<sup>17</sup>

### b. Gesetzgebung

Der Gesetzentwurf vom 3.9.1973 benannte das grundsätzliche Problem: »Von der genannten Vorschrift des Heimarbeitsgesetzes (§ 17 Abs. 1 HAG; Verf.) abgesehen ist bisher den arbeitnehmerähnlichen Personen die Möglichkeit verschlossen, ihre Vertragsverhältnisse, insbesondere ihre Arbeitsbedingungen, durch Tarifverträge zu gestalten. Dieser Zustand ist besonders unbefriedigend für arbeitnehmerähnliche Personen, wenn sie wirtschaftlich abhängig und den Arbeitnehmern im engeren Sinne in ihrer sozialen Stellung sehr stark angenähert sind.«<sup>18</sup> Die benannte soziale Annäherung findet sich bis heute in der Formulierung von § 12a Abs. 1 TVG (»für Personen, die (...) vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind«).

Bis zur Verabschiedung sollte es allerdings noch gut neun Monate dauern. Zuvor hatte der Vermittlungsausschuss noch

über Bedenken des Bundesrates hinsichtlich des Abs. 3 des § 12a TVG zu beraten, billigte diesen aber letztlich.<sup>19</sup> § 12a Abs. 3 TVG sieht eine Sonderregelung für Personen vor, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen. Sie gelten im Unterschied zu Abs. 1 schon dann als arbeitnehmerähnliche Personen, wenn ihre wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber dem:der Dienstberechtigten bzw. dem:der Werkunternehmer:in darin begründet ist, dass ihnen von diesen im Durchschnitt mindestens ein Drittel des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht. Der Schwellenwert für alle anderen arbeitnehmerähnlichen Personen liegt gem. Abs. 1 bei 50 %. Diese Bevorzugung unterstreicht die Tatsache, dass die gesamte Norm von der Gesetzgebung vor allem für die benannten Berufsgruppen gedacht war. Auch der Ausschluss der bedeutenden Gruppe der Handelsvertreter:innen in Abs. 4 belegt die gesetzgeberische Intention.<sup>20</sup> Dies spiegelte sich auch in der ersten Bundestagsdebatte wider, in welcher der Abgeordnete Ziegler betonte: »Für einen Personenkreis, der bisher nicht dem Tarifrecht und bis auf wenige Ausnahmen auch nicht dem Arbeitsrecht unterliegt, wird die Möglichkeit geschaffen, im Wege der kollektiven Selbsthilfe seine Beschäftigungsbedingungen selbst zu regeln. Es handelt sich im wesentlichen um freie Mitarbeiter von Funk- und Fernsehanstalten, um freie Journalisten, um Schriftsteller und Künstler.«<sup>21</sup>

§ 12a TVG diente der Förderung der gewerkschaftlichen Organisationsfähigkeit der arbeitnehmerähnlichen Personen.<sup>22</sup> So bekräftigte auch der Gesetzesentwurf: »Insbesondere werden arbeitnehmerähnliche Personen in die Lage versetzt, sich gewerkschaftlich zu organisieren und ihre soziale Stellung durch den Abschluß von Tarifverträgen zu verbessern.«<sup>23</sup> Die Gewerkschaften hatten auf verschiedene Weise auf die Regelung hingearbeitet, nun lag der Ball wieder bei ihnen: »Die Öffnung der Tarifautonomie für die arbeitnehmerähnlichen Personen schafft die Voraussetzungen für den Abschluß entsprechender Tarifverträge. Ob und in welchem Umfang von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, liegt in der Hand dieser Personen selbst, der Gewerkschaften, in denen sie sich organisieren, und der Verbände ihrer Auftraggeber.«<sup>24</sup>

### c. Gewerkschaftliche Maßnahmen

Zum 1.1.1974 hatte sich der »Verband deutscher Schriftsteller e.V.« (VS) der IG Druck und Papier angeschlossen. Der Entscheidung lag auch der Umstand zugrunde, dass der VS »an dem Dilemma einseitiger Diktate der Arbeitsbedingungen im kulturellen Bereich und in den Medien durch einen gesetzlichen Anspruch auf tarifartige Musterverträge nichts ändert.«<sup>25</sup> konnte. Der VS bestand aus freischaffenden Schriftsteller:innen, welche keine Arbeitnehmer:innen im arbeitsrechtlichen Sinne waren und somit nicht unter den Geltungsbereich des

<sup>14</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 79.

<sup>15</sup> BKS/Winkel (Fn. 11), § 12a Rn. 5.

<sup>16</sup> U.a.: BAG 14.2.1974 – 5 AZR 298/73, AuR 1974, 284 (L) und AuR 1974, S. 122 (gek.); BAG 3.10.1975 – 5 AZR 427/74; BAG 8.10.1975 – 5 AZR 430/74; Siehe auch: Pfarr (Fn. 2), S. 79.

<sup>17</sup> Siehe etwa: Ihlefeld, Die Rechte der Freien, in: Die Feder – Monatszeitschrift für Journalisten, 12/73, 32

<sup>18</sup> Gesetzentwurf: BT-Drs. 7/975, S. 14.

<sup>19</sup> Pfarr (Fn. 2), S. 80.

<sup>20</sup> Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 45. Eine Regelung, deren Verfassungsmäßigkeit stark umstritten ist. Siehe zum Meinungsstand nur: Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 87 ff. m.w.N.

<sup>21</sup> Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll der 106. Sitzung der 7. Wahlperiode, S. 7210.

<sup>22</sup> Kempen/Zachert/Stein (Fn. 11), § 12a Rn. 2.

<sup>23</sup> Gesetzentwurf: BT-Drs. 7/975, S. 14.

<sup>24</sup> So der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung Arendt während der ersten Lesung des Gesetzesentwurfes. Siehe: Deutscher Bundestag, 51. Plenarsitzung vom 20.9.1973, S. 2863.

<sup>25</sup> Hornstein, Gewerkschaften – Entwicklung und Bildung im Wandel, S. 124.

TVG fielen. Der neue § 12a TVG würde nun aber auch sog. »ständig freie Mitarbeiter« in das Tarifrecht einbeziehen.<sup>26</sup> Die VS allein hätte mit ihren knapp 3.000 Mitgliedern nicht die Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft erfüllt.

Die erwähnte Aufgabenteilung benannte auch der damalige Vorsitzende des VS, Dieter Lattmann, in einem Diskussionsbeitrag: »Dazu ist zweierlei erforderlich: zum einen die Novellierung des Tarifvertragsgesetzes, das sogenannte *Freiberufler* (Autoren, Komponisten, bildende Künstler, Schauspieler, Regisseure, Kameraleute, alle Arten von Mitarbeitern der Technik) auf Grund ihrer beweisbaren Abhängigkeit von den Auftraggebern als arbeitnehmerähnliche Personen einbeziehen muß. Zum anderen bedarf es einer starken gewerkschaftlichen Organisation zum Durchsetzen eben dieser erst zu schaffenden Ansprüche.«<sup>27</sup> Daher der Anschluss seines kleinen Verbandes an die deutlich größere IG Druck und Papier.

Noch am Tag des Inkrafttretens des novellierten TVG, dem 1.11.1974, nahmen die Gewerkschaften Rundfunk-Fernseh-Film-Union (RFFU) und IG Druck und Papier Tarifverhandlungen in den Bereichen Funk, Fernsehen, Bühne, Film, Presse, Zeitschriftenverlage und Bucherlage auf. Der erste Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen wurde zwischen der RFFU und dem Bayrischen Rundfunk geschlossen und trat am 1.7.1976 in Kraft.<sup>28</sup> In diesem wurden u.a. verlängerte Kündigungsfristen und Zusätze zur Altersversorgung vereinbart.<sup>29</sup>

### 3. Praktische Bedeutung

Bis zum 1.6.1977 wurden acht Tarifverträge abgeschlossen, die etwa 2.000 arbeitnehmerähnliche Personen erfassten.<sup>30</sup> Ein Bericht der Bundesregierung listete 1981 insgesamt 49 Tarifverträge auf, welche zwischenzeitlich mit öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten, Arbeitgeberverbänden des Verlagswesens sowie Designstudios und Werbeagenturen geschlossen worden waren.<sup>31</sup> Inhaltlich schließen diese bis heute fortgeführten Tarifverträge zum Teil die gesetzlichen Lücken, beispielsweise indem sie Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall schaffen oder den Kündigungsschutz erweitern. Aber auch branchenspezifische Beschäftigtenbelange wie Urheber- und Nutzungsrechte werden geregelt.<sup>32</sup> Letztlich wurden mit allen Rundfunkanstalten der ARD entsprechende Tarifverträge geschlossen.<sup>33</sup>

Über die Medienbranche hinausgehend sollte der § 12a TVG nie eine nennenswerte Rolle entfalten.<sup>34</sup> Bis heute wird von der Möglichkeit des Abschlusses von Tarifverträgen für arbeitnehmerähnliche Personen wenig Gebrauch gemacht.<sup>35</sup>

<sup>26</sup> Werneke/Herzberg, 40 Jahre Verband Deutscher Schriftsteller 1969 – 2009, S. 16.  
<sup>27</sup> Lattmann, Die Reform namens IG Medien, in: Auf dem Weg zur Mediengewerkschaft – Stellungnahmen, GMH 1973, 290, 296.

<sup>28</sup> Werneke/Herzberg, 40 Jahre Verband Deutscher Schriftsteller 1969 – 2009, S. 17.

<sup>29</sup> Film und Recht 1976, 778.

<sup>30</sup> BT-Drs. 9/993, S. 3. Zu den Tarifabschlüssen nach § 12a TVG siehe: Pfarr, S. 86 f.  
<sup>31</sup> BT-Drs. 9/993, S. 3 ff.

<sup>32</sup> Die von ver.di mit den Rundfunkanstalten geschlossenen Tarifverträge können über <https://rundfunk.verdi.de/> eingesehen werden (Stand: 25.09.2024).

<sup>33</sup> Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 4.

<sup>34</sup> Schon vor der Gesetzesnovelle waren entsprechende Zweifel geäußert worden, siehe: Wiesand/Fohrbeck, GMH 1973, 593. Hinzu kam, dass nach Schätzungen der IG Druck und Papier etwa 80% der freien Journalisten aufgrund der Vielzahl ihrer Auftraggeber nicht vom Gesetz erfasst würden. Siehe: *Tarifautonomie für freie Journalisten*, in: Die Feder – Monatszeitschrift für Journalisten, 6/73, 8.

<sup>35</sup> Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, S. 340.

Eine Erklärung hierfür könnte in den praktischen Voraussetzungen des Arbeitskampfrechts liegen und liefert zugleich ein anschauliches Beispiel für die enge Verzahnung der verschiedenen Ebenen des Arbeitsrechts. Dadurch, dass die Gewerkschaften für arbeitnehmerähnliche Personen gem. § 12a TVG Tarifverträge verhandeln dürfen, steht den betroffenen Beschäftigten auch das Streikrecht zu,<sup>36</sup> soweit ihr Streik als Druckmittel auf die Arbeitgeberin zum Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet ist. Die Wahrnehmung des Streikrechts kann aber in der Praxis durch unterschiedliche Einflüsse behindert werden. Ein wesentlicher Faktor ist die Prekarität von Arbeitsverhältnissen. So fallen arbeitnehmerähnliche Personen nicht in den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes. Sie haben auch nicht den gleichen Beschäftigungsanspruch wie Festangestellte mit Arbeitnehmerstatus.<sup>37</sup> Die praktischen, die Betroffenen zwar in ihrer Koalitionsfreiheit verletzenden, aber rechtlich kaum sanktionierbaren Möglichkeiten der nachträglichen Maßregelung sind daher im Falle arbeitnehmerähnlicher Personen ungleich höher als bei Arbeitnehmer:innen. Ein negativer Einfluss auf ihre Streikbereitschaft und damit die gewerkschaftliche Durchsetzungsfähigkeit bezüglich für sie günstiger tariflicher Regelungen lässt sich kaum bestreiten.<sup>38</sup> Bestärkt wird diese Annahme durch den Umstand, dass gerade freie Mitarbeitende, die bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten beschäftigt sind, über einen hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad verfügen, als sie begannen, Tarifverträge zu erstreiten.<sup>39</sup>

Ergänzend sei erwähnt, dass arbeitnehmerähnliche Personen von der betrieblichen Mitbestimmung weitgehend ausgeschlossen sind.<sup>40</sup> Lediglich für die sog. »festen Freien« wurde die Mitbestimmung in einigen Personalvertretungsgesetzen geregelt.<sup>41</sup>

### 4. Zwischenfazit

§ 12a TVG hat also Zeit seines Bestehens keine über die Medienbranche hinausgehende Bedeutung erlangt. Aufgrund der individualarbeitsrechtlichen Schutzlücken für arbeitnehmerähnliche Personen bietet er jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, diese zu schließen. Und zwar auch über den bisher betroffenen Personenkreis hinaus.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Däubler, Für wen gilt das Arbeitsrecht?, S. 83; Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 131.

<sup>37</sup> Freie Mitarbeitende haben häufig nur einen Mindestanspruch auf eine gewisse Anzahl von Arbeitstagen pro Monat.

<sup>38</sup> Als gutes Beispiel hierfür kann auch die gewerkschaftliche Mobilisierungsfähigkeit an deutschen Hochschulen dienen, wo die immens hohe Befristungsquote von bis zu 90% beim wissenschaftlichen Personal dessen Bereitschaft zur Teilnahme an Arbeitskämpfen stark beeinflusst.

<sup>39</sup> BKS/Winkel (Fn. 11), § 12a, Rn. 5.

<sup>40</sup> Zwar ist der Anwendungsbereich des BetrVG gem. § 5 Abs. 2 für »die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten« eröffnet. Dabei handelt es sich um solche gem. § 2 Abs. 1 und 2 HAG (BAG 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, NZA 1993, 899) und damit einen anderen Betroffenenkreis. Durch die abschließende Benennung der vom BetrVG erfassten Erwerbstätigengruppen in § 5 Abs. 2 scheidet eine analoge Anwendung aus, siehe: Däubler/Klebe/Wedde/Trümmer, BetrVG Betriebsverfassungsgesetz, 19. Aufl. 2024, § 5, Rn. 122.

<sup>41</sup> Konkret in Hessen, im Saarland, in Baden-Württemberg sowie in Nordrhein-Westfalen. So werden z.B. die »ständigen freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter« des Hessischen Rundfunks gem. § 104 Abs. 4 HPVG der dortigen Gruppe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zugerechnet. Gem. § 116 Abs. 4 S. 2 BPersVG, welches für die fünf länderübergreifenden Rundfunkanstalten Deutsche Welle, Deutschlandradio, NDR, MDR und RBB gilt, gelten als Beschäftigte im Anwendungsbereich des BPersVG auch arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 12a TVG. Übersicht bei: Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 55.

<sup>42</sup> So auch das BAG: BAG 15.2.2005 – 9 AZR 51/04, NZA 2006, 223. Siehe auch: Bayreuther, SR Sonderausgabe 2019, 5.

## II. Zukunft des § 12a TVG

Es stellt sich somit die Frage, ob nicht angesichts der weiterhin bestehenden Menge an atypischen Beschäftigungsverhältnissen das Bedürfnis nach einem tarifvertraglichen Schutz von arbeitnehmerähnlichen Personen besteht und § 12a TVG schlicht eine »*weithin übersehene Rechtsfigur*«<sup>43</sup> ist.

### 1. Arbeitnehmerähnlichkeit heute

Zwei prominente aktuelle Entscheidungen sollen zunächst die Aktualität der Rechtsfigur verdeutlichen. Hierfür sei zunächst an die Entscheidung des *BAG* vom 25.6.2020 zum Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz erinnert.<sup>44</sup> Hier hatte eine freie Mitarbeiterin (sog. »feste Freie«) einer gemeinnützigen Fernsehanstalt des öffentlichen Rechts erfolgreich einen Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz geltend gemacht. Dieser war ihr in der vorherigen Instanz verwehrt worden, da sie keine Arbeitnehmerin i.S.d. Entgelttransparenzgesetzes sei. Das *BAG* verwies aber zu Recht darauf, dass dem Gesetz der europäische Arbeitnehmerbegriff zu Grunde liege: »Danach können im Einzelfall auch arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des innerstaatlichen Rechts Beschäftigte im Sinne von § 5 II Nr. 1 EntgTranspG sein.«<sup>45</sup> Aufgrund der Weite des europäischen Arbeitnehmerbegriffes<sup>46</sup> dürften die allermeisten arbeitnehmerähnlichen Personen von diesem erfasst werden.

In der »Crowdworker-Entscheidung«<sup>47</sup> erkannte das *BAG* zwar die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im konkreten Fall. »Deutlich näher liegt oftmals die Annahme, dass Crowdworker arbeitnehmerähnliche Personen sind, unter Umständen auch Heimarbeiter.«<sup>48</sup> Allerdings wird wiederum eine hohe Mehrzahl der Crowdworker für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig, weshalb oft der Schwellenwert des § 12a Abs. 1 TVG nicht überschritten werden dürfte. Die unsichere, stark vom Einzelfall abhängige, rechtliche Stellung der Crowdworker kommt neben ihrer Vereinzelung als erschwerendes Hindernis der gewerkschaftlichen Organisierung und Tarifierung hinzu. Im Bereich des rechtlich Möglichen liegt jedoch ein »»Und«-Tarifvertrag (für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche), der die Besonderheiten dieser Beschäftigungsform berücksichtigt«.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Pfarr, S. 92.

<sup>44</sup> BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613; Besprechung u.a. von Zimmer, AuR 2021, 202.

<sup>45</sup> BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613, 1614.

<sup>46</sup> Dazu z.B.: Borelli, AuR 2011, 472.

<sup>47</sup> BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, AuR 2021, 329 (m. Anm.).

<sup>48</sup> BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, Anm. Deinert.

<sup>49</sup> Kempen/Zachert/Stein (Fn. 11), §12a Rn. 6. So auch: Wiedemann/Oetker (Fn. 4), § 12a Rn. 130.

### 2. Mögliche Anwendungsbereiche

Es wäre also grundsätzlich möglich, dass zukünftig Tarifverträge für Crowdworker abgeschlossen werden. Gewerkschaftliche Organisationsversuche in diesem Personenkreis laufen schon seit einigen Jahren.<sup>50</sup> Sie gehen bislang in diesem, aber auch in anderen Bereichen, immer wieder über die klassische Tarifarbeit der Gewerkschaften hinaus. Gewerkschaftliche Aktionen für Freischaffende können auch auf den Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften oder Rahmenvereinbarungen gerichtet sein.

Auch Solo-Selbstständige sind grundsätzlich von der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG geschützt,<sup>51</sup> soweit sie selbst keine Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen bzw. keine Arbeitnehmer:innen beschäftigen.<sup>52</sup> Das unionsrechtliche Kartellverbot greift »vor dem Hintergrund der grundrechtlich verbürgten Tarifautonomie (Artikel 28 EU-Grundrechtecharta) und dem Verbot einer Schlechterstellung von Arbeitnehmer\_innen vergleichbar schutzbedürftigen Selbstständigen« nicht.<sup>53</sup> In anderen Bereichen, etwa bei den sog. Ridern, also Fahrer:innen von Lieferdiensten auf Basis digitaler Plattformen, wird hingegen direkt und teilweise bereits erfolgreich versucht, die Betroffenen in ordentliche Beschäftigungsverhältnisse als Arbeitnehmer:innen zu bringen. Auch gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 12a TVG gibt es keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>54</sup>

So kann abschließend mit *Schliemann* festgehalten werden, »dass es großer tatsächlicher Anstrengungen bedürfen wird, um die vielen unterschiedlich tätigen Solo-Dienst- oder Werkleistungserbringer solidarisch in einer oder mehreren Gewerkschaft(en) zusammenzuführen.«<sup>55</sup> Aufgrund des dynamischen Entwicklungen der Beschäftigungsverhältnisse sind konkrete gesetzgeberische Eingriffe schwierig. Trotz der aufgezeigten vielfältigen praktischen Einschränkungen bietet § 12a TVG jedoch weiterhin Möglichkeiten für die Tarifparteien, auch in noch nicht kollektivrechtlich abgesicherten Branchen und Berufen regulatorisch einzutreten.

<sup>50</sup> So hatte der Kläger in der »Crowdworker-Entscheidung« des BAG (Fn. 47) Rechtsschutz von der IG Metall erhalten. Diese hat auch ein supranationales Portal eingerichtet: <http://faircrowd.work/de/>.

<sup>51</sup> Dreier/Bauer Grundgesetz Kommentar: GG, Band I, 4. Aufl., Art. 9 Rn. 68; Jarass/Pieroth/Jarass Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, i8. Aufl., Art. 9 Rn. 43; Diese Frage ist insbesondere für eine Gewerkschaft wie ver.di von Relevanz. Ihr Organisationsbereich umfasst eine Vielzahl prekärer Beschäftigungsverhältnisse, nicht wenige Mitglieder sind keine Arbeitnehmer:innen im rechtlichen Sinne.

<sup>52</sup> Auch das BAG sieht Soloselbständige gerade nicht als Arbeitgeber:innen. Siehe: BAG 31.1.2018 – 10 AZR 279/16, NZA 2018, 867.

<sup>53</sup> Hlava/Klebe, Mindesthonorare für Selbstständige, FES impuls 2021, S. 4.

<sup>54</sup> Bayreuther (Fn. 42), S. 5.

<sup>55</sup> Schliemann, Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst- Werkvertragsunternehmer, in: FS Wank (Fn. 13), S. 543.