3. Teil

§ 4 Arbeitnehmerbegriff – andere Ansätze, ein Blick zum EuGH und was brauchen Crowd Worker?

A. Weitere Ansätze des Arbeitnehmerbegriffs[1168]

Die Ideen weiterer Ansätze zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes sind zahlreich. Es ist kaum möglich alle in ihrer verdienten Tiefe abzubilden. Die Entwicklungen und Ideen sind jedoch für ein Gesamtbild unerlässlich. Im Folgenden wird eine Auswahl verschiedener Ansätze zum Arbeitnehmerbegriff dargestellt.

I. Die wirtschaftlichen Alternativmodelle

Streng zurückgewiesen wird, dass Arbeitnehmer/innen wirtschaftlich abhängig sein müssten, um eben solche sein zu können. Wirtschaftliche Abhängigkeit sei weder notwendig noch ausreichend.[1169]

Der Unmut über die (Ir-)Relevanz wirtschaftlicher Abhängigkeit von Arbeitnehmer/innen füllt Bibliotheken und ist Gegenstand anhaltender Diskussionen.[1170] Die vorgeschlagenen Alternativmodelle sind zahlreich. Den meisten Autor/innen ist gemeinsam, dass sie anhand des Normzwecks des Arbeitsrechts den Arbeitnehmerbegriff teleologisch zu bestimmen versuchen.[1171]

Die Ausgangsfrage war und ist dabei, ob der Schutzgrund arbeitsrechtlicher Normen nicht eher in wirtschaftlichen Aspekten zu suchen ist, als

---

1168 Der Abschnitt § 4 A. I-III ist in wesentlichen Teilen übernommen aus: *Schneider-Dörr*, HBS Working Paper Nr. 116, S. 50–64.

1169 BAG, Urteil vom 28.02.1962 – 4 AZR 141/61, BAGE 12, S. 303 (307 f.); BAG, Urteil vom 13.11.1991 – 7 AZR 31/91, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 60; BAG, Urteil vom 20.01.2010 – 5 AZR 99/09, AP § 611 Abhängigkeit Nr. 119.

1170 Eine ausführliche Darstellung der Modelle (bis 2015) bei: *Erren*, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, S. 107 ff.; des Weiteren *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (151) m.w.N; *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774.

1171 So *Erren*, S. 107 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in der Weisungsgebundenheit mithin der persönlichen Abhängigkeit von Arbeitnehmer/innen.[1172]

1. Frühe Ansätze

Einer der ersten Vertreter, die ein alternatives Modell vorschlugen, war im Jahre 1966 *Wiedemann*.[1173] Er meinte, dass der Schutzgrund vieler arbeitsrechtlicher Normen nicht in der Weisungsunterworfenheit zu sehen sei, sondern in dem Verlust freier wirtschaftlicher Dispositionsmöglichkeiten und in der Abhängigkeit der Arbeit als Existenzgrundlage.[1174]

Er schaute sich dabei an, in welcher historischen Entwicklungsphase des Arbeitsrechts, welche Regelungen getroffen wurden und ob die Anwendungskriterien auf den Zweck der Norm abgestimmt waren.[1175] So war beispielsweise die Weisungsgebundenheit bezüglich der Arbeitsorganisation ein angemessenes Kriterium für den Arbeitsschutz. Arbeitnehmer/innen hatten keinen Einfluss auf die Arbeitsorganisation, so dass es gerechtfertigt war, dass Vorschriften des Arbeitsschutzes entstanden. Allerdings stellte *Wiedemann* fest, dass die weiterentwickelten Regelungen des Arbeitsrechts nicht mehr mit dem (Haupt-) Abgrenzungskriterium der Weisungsunterworfenheit zu erklären waren.[1176] Er regte damit als einer der ersten Rechtswissenschaftler an, den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts im Lichte seiner Rechtsfolgen zu überprüfen.[1177] In den 1970er Jahren erfuhr *Wiedemann* Unterstützung durch *Lieb*. Er kritisierte, dass das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit nichtssagend sei und erheblicher Konkretisierung bedürfe.[1178] Er monierte insbesondere, dass die persönliche Abhängigkeit in Grenzfällen, wo eben keine Einigkeit herrscht, wer Arbeitnehmer sei, kaum geeignet sei. Man sei sich völlig einig, dass ein/e Industriearbeiter weisungsabhängig und daher Arbeitnehmer sei; allerdings könnten auch Selbstständige Weisungen erhalten.[1179] Genauso könnten spezialisierte Arbeitnehmer/innen anerkanntermaßen praktisch

---

1172 *Rebhahn*, RdA 2009, S. 236–253 (241).
1173 *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 13 ff.
1174 *Rebhahn*, RdA 2009, S. 236–253 (241).
1175 *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis, S. 13 ff.
1176 *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis, S. 12.
1177 *Rebhahn*, RdA 2009, S. 236–253 (241).
1178 *Lieb*, RdA 1977, S. 210–219 (212).
1179 *Lieb*, RdA 1977, S. 210–219 (213).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ohne Weisungen arbeiten.[1180] Wenn ein Merkmal so austauschbar und nicht zwingend ist, kann es kaum als Hauptkriterium für die Frage dienen, ob jemand Arbeitnehmer/in sei oder nicht.[1181]

Aus diesem Grund hält er es für entscheidend, dass Arbeitnehmer/innen ihre Arbeitskraft als auf Dauer unselbstständige Beschäftigte der Unternehmer/in gegen ein festes Entgelt anbieten, das ohne Rücksicht auf den unternehmerischen Erfolg oder dessen Risiko beim Austausch gegen die Arbeitsleistung entsteht.[1182] Arbeitnehmer/innen verlören damit die Dispositionsmöglichkeit über ihre Arbeitskraft, könnten also nicht selbst als Unternehmer/innen am Arbeitsmarkt auftreten und erhielten als Ausgleich die Daseinsvorsorge durch den Arbeitgeber.

Diese Auffassung zieht sich bei *Lieb* durch sein gesamtes Berufsleben und so stellt er 2006 in seinem Lehrbuch zum Arbeitsrecht fest, dass die Fremdnützigkeit der Arbeitskraft das für die Abgrenzung zum Selbstständigen maßgebliche Kriterium sei.[1183] Die persönliche Abhängigkeit habe nichts mit der Schutzbedürftigkeit zu tun, die die Grundlage des Arbeitsrechts sei. Es könne auch ein/e Unternehmer/in zeitlich, örtlich, fachlich weisungsgebunden sowie von der Art der ausgeübten Tätigkeit wie ein/e Arbeitnehmer/in arbeiten, aber dennoch würde sie Unternehmer/in bleiben, wenn der Einsatz ihrer Arbeitskraft eigennützig wäre.[1184]

In den 1970er Jahren bildeten sich unterschiedliche weitere Ansätze, die an dieser Stelle nur kurz erwähnt werden. So stellten manche auf die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ab, weil das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit dies zu wenig erfasse.[1185] Tatbestand jeder arbeitsrechtlichen Norm sei das soziale Schutzbedürfnis, so dass dies auch das Abgrenzungskriterium sein müsse. Andere versuchten eine Negativdefinition des Arbeitnehmers, die statt auf die persönliche Abhängigkeit, auf das unternehmerische Tätig Sein abstellte.[1186] Dabei ergaben sich drei Kategorien:

Arbeitnehmer/in, Unternehmer/in und Selbstständige.[1187] *Arbeitnehmer/in* sei danach im Wesentlichen, wer nicht *Unternehmer/in* sei, wes-

---

1180 *Lieb*, RdA 1977, S. 210–219 (213).
1181 *Lieb*, RdA 1977, S. 210–219 (213).
1182 *Lieb*, RdA 1974, S. 257–269 (259).
1183 *Lieb/Jacobs*, Lehrbuch zum Arbeitsrecht, 2006, Rn. 10. Weitergeführt von Jacobs.
1184 *Lieb*, RdA 1974, S. 257–269 (259, 260); *Lieb*, RdA 1977, S. 210–219 (215).
1185 *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, S. 2–10 (3).
1186 *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*, Arbeitnehmer oder Unternehmer, S. 19.
1187 *Fohrbeck/Wiesand/Wolterek*, Arbeitnehmer oder Unternehmer, S. 170.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen Arbeit von den Anforderungen der betrieblichen Organisation der Vertragspartner/in geprägt werde und der sie zur Arbeit verpflichtet sei. Unternehmer/in sei, wer nachhaltig ein nicht unerhebliches Kapitalrisiko trage oder sein vertragliches Entgelt nicht aufgrund von in eigener Person geleisteter Arbeit erhalte.

Konzen leitet die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer/innen und Selbstständigen historisch her: Sozialgeschichtlich sei die wirtschaftliche Abhängigkeit das dominierende Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes. Das Merkmal sei jedoch durch das Reichsarbeitsgericht zurückgedrängt worden, weil das Arbeitsverhältnis dem Gemeinschaftsgedanken und Organisationsverhältnis näher stand als dem bloßen wirtschaftlichen Austauschverhältnis. Auch ihm zufolge könne die Weisungsabhängigkeit als organisatorisches Merkmal nicht die meisten arbeitsrechtlichen Schutzregeln erklären.[1188] In letzter Konsequenz stellt auch er auf den Verlust der freien wirtschaftlichen Disposition als Abgrenzungsmerkmal von Arbeitnehmern und Selbstständigen ab.

2. Wanks Ansatz

All die vorangegangenen Ansichten standen Pate für ein Modell, das *Wank* 1988 im zweiten Teil seiner Habilitationsschrift als das sogenannte duale Modell der Erwerbstätigkeit vorstellte, das anhand der freiwilligen Übernahme des Unternehmensrisikos den Arbeitnehmer vom Selbstständigen abgrenzte.[1189] *Wanks* Ausführungen erhalten hier eine ausführlichere Darstellung, weil sie seit Jahrzehnten als „das" Alternativmodell des Arbeitnehmerbegriffes diskutiert werden. Gleichwohl hat sich das BAG der Kritik Wanks entzogen. *Däubler* meint, dies sei auch dem geschuldet, dass Thesen, die den Schutzbereich des Arbeitsrechts ausdehnten, nicht besonders wohlgelitten seien und keine guten Chancen auf eine „Themenkarriere" hätten. Bisweilen werden arbeitnehmerfreundliche Thesen einfach nicht zur Kenntnis genommen – das sei wohl die einfachste Form der Ablehnung.[1190] Gleichwohl wird das duale Modell im Schrifttum immer

1188 *Konzen*, ZfA 1982, S. 259 (289, 290).
1189 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 117 ff.
1190 *Däubler* in: FS Wank (2014), S. 89 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prominent besprochen, wenn es um andere Ansätze zum Arbeitnehmerbegriff geht.[1191]

Nun aber von vorne:

Wanks Untersuchung beginnt zunächst damit, dass er den Begriff des Arbeitnehmers wie er damals (im Wesentlich auch heute) verstanden wurde, darlegt.

Der herrschende Arbeitnehmerbegriff leide seiner Ansicht nach bereits daran, dass man einen Begriff nicht *„an sich"* untersuche, sondern v.a. bezüglich seiner Gegenbegriffe.[1192] Der Gegenbegriff zum Arbeitnehmer sei in diesem Zusammenhang die Selbstständige. Dieser werde jedoch auch nicht wirklich definiert. Der dafür herangezogene § 84 Abs. 1 S. 2 HGB beziehe sich wörtlich auf den Handelsvertreter und werde bereits im Handelsrecht als eher unverbindlicher Hinweis angesehen.[1193]

Bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BAG moniert er, die Rechtsprechung sei bei der Wahl der persönlichen Abhängigkeit als tragendes Merkmal eine Begründung schuldig geblieben.[1194] Er führt weiter aus, dass das Reichsarbeitsgericht bis in die 1930er Jahre die wirtschaftliche Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitnehmer/innen und Selbständigen herangezogen habe.[1195] Erst mit einer Entscheidung vom 15.02.1930 wurde das Merkmal der wirtschaftlichen durch die persönliche Abhängigkeit ausgetauscht. Gleichwohl änderte sich in der Sache nichts, die Oberbegriffe wurden ausgetauscht, die Unterbegriffe beibehalten.[1196] Den Grund für die Änderung sah er darin, dass die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte seit 1926 auch für arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt wurde. Die Novelle des Arbeitsgerichtsgesetzes sprach dann von Personen,

> *„die wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind"*,

§ 5 Absatz 2 Satz 2 ArbGG.[1197]

1191 Siehe nur: *Preis*/ErfK, § 611a BGB, Rn. 54; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 44; Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 8, Rn. 5; *Kreuder*/DHSW, Arbeitsrecht, BGB § 611a Rn. 11; *Thüsing*/HWK, § 611a BGB, Rn. 63 ff.

1192 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 6 f.

1193 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 7.

1194 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 12.

1195 RAG Ars 2, S. 145 ff.

1196 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 12 f.

1197 Zitiert nach *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wank vermutet, dass das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit deshalb von da an für die arbeitnehmerähnliche Person reserviert und somit für den Begriff des Arbeitnehmers verbraucht war.[1198]

Es sei geradezu unlogisch, in Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs zur arbeitnehmerähnlichen Person, nicht auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abzustellen, denn die arbeitnehmerähnliche Person ist deshalb *arbeitnehmerähnlich*, weil sie wirtschaftlich abhängig ist.[1199] In einem weiteren Denkschritt muss man sich schon fragen, wie eine Person *arbeitnehmerähnlich* sein kann, wenn das für sie herangezogene Merkmal beim Arbeitnehmerbegriff keine Rolle spielt. In der Folgezeit entwickelte der Arbeitnehmerbegriff mit seinem Hauptaugenmerk auf der persönlichen Abhängigkeit ein Eigenleben, das mit unterschiedlichen Einzelmerkmalen ausgestattet wurde, die ihrerseits in keiner bestimmten Gewichtung zueinander standen und in wechselnder Kombination verwendet wurden, so dass nie klar war, welches nun das unabkömmliche Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes sei.[1200] Die Merkmale, die eine Arbeitnehmerin unzweifelhaft – wie beispielsweise eine Industriearbeiterin – aufweist, als die unabkömmlichen Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes anzusehen, engt so den Spielraum ein. Der Arbeitnehmerbegriff müsste jedoch vor allem die Grenzfälle erfassen, d.h. an den Rändern des Arbeitsrechts funktionieren. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit führt so immer dann zu einer Schieflage, wenn Personen, die den Schutz bräuchten, nicht einbezogen und jene, die darauf verzichten könnten, ihn bekommen.[1201] Das sind dann jene Personen, die im Wesentlichen ohne eigene Mitarbeitende, nur für einen oder wenige Auftraggeber arbeiten und bei der Ausführung ihrer Arbeit wenige Anweisungen erhalten.[1202] Nach dem herrschenden Arbeitnehmerbegriff seien sie nicht persönlich abhängig, also keine Arbeitnehmer/innen. Scheinselbstständigkeit ist deshalb auch ein Umstand, der durch den herrschenden Arbeitnehmerbegriff nicht bekämpft werde.[1203] *Wank* zufolge nehme der geltende Arbeitnehmerbegriff die strukturelle

1198 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 13.
1199 *Wank* in: FS Küttner (2006), S. 5–20 (14).
1200 *Wank* in: Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1 (41); *Wank*, AuR 2001, S. 291 (293).
1201 *Wank* in: FS Digitalisierung der Arbeitswelt in Deutschland und Japan (2018), S. 66.
1202 *Wank* in: Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1 (13, 43).
1203 *Wank*, RdA 1999, S. 297–311 (299).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überlegenheit des Arbeitgebers zu wenig zur Kenntnis, das wiederum sei einer der eigentlichen Hauptgründe des Arbeitsrechts.[1204]

Wank kritisiert neben all diesen sachlich-inhaltlichen Aspekten des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes, die fehlende Methodik bei der Definition des herrschenden Arbeitnehmerbegriffes.[1205] Definitionen seien grundsätzlich teleologisch zu bilden. Das heißt, zwischen den Merkmalen des Begriffes auf der Tatbestandsseite und den Rechtsfolgen, also der Anwendbarkeit von Gesetzen, muss ein Sinnzusammenhang bestehen.[1206] Bei teleologischer Herangehensweise würde die Prüfungsfrage immer lauten: Gibt es diese arbeitsrechtliche Regelung, weil Arbeitnehmer/innen weisungsgebunden bzw. persönlich abhängig sind? Wenn ja, dann ist die Weisungsgebundenheit das richtige Abgrenzungskriterium; wenn nein, dann sind Betroffene nicht Arbeitnehmer/innen oder das Abgrenzungskriterium ist falsch oder muss neu interpretiert werden. Die einzelnen Merkmale müssen charakteristisch, signifikant sein und in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass im Hinblick auf die angestrebten Rechtsfolgen genau die richtigen Sachverhalte erfasst werden.[1207] Das heißt ein herangezogenes Merkmal muss so viel Wirklichkeitsbezug haben, dass es den zu lösenden Sachverhalt auch erfasst. Wenn also die persönliche Abhängigkeit dieses Merkmal ist, dann muss dieses Merkmal die streitigen Fälle richtig erfassen und korrekt Arbeitnehmer/innen von Selbstständigen unterscheiden. Ob das der Fall ist, untersucht *Wank* in seiner Habilitation.[1208]

Er kommt dabei zu dem Schluss, dass das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit nur auf die Fälle des Berufsschutzes passe, aber nicht auf jene des Existenzschutzes. Der Existenzschutz finde seine Rechtfertigung in der wirtschaftlichen Abhängigkeit und sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, was nach h.M. gerade nicht zum Prüfungskanon des Arbeitnehmerbegriffes gehöre. Damit könne die persönliche Abhängigkeit samt ihrer Untermerkmale wie Weisungsbindung und Eingliederung nur

1204 *Wank* in: Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1 (48, 49); *Wank*, RdA 1999, S. 297–311 (298).

1205 *Wank* in: FS Digitalisierung der Arbeitswelt in Deutschland und Japan (2018), S. 65.

1206 *Wank* in: FS Digitalisierung der Arbeitswelt in Deutschland und Japan (2018), S. 66.

1207 *Wank* in: FS Digitalisierung der Arbeitswelt in Deutschland und Japan (2018), S. 66.

1208 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 4. Kapitel: Bereiche des Arbeitnehmerschutzes anhand der Rechtsfolgen des geltenden Rechts, S. 56 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

eine begrenzte Signifikanz aufweisen, denn sie trifft dann nicht alle Fälle, die sie treffen soll.

All das bringt *Wank* dazu nach einem Tatbestandsmerkmal zu suchen, was auf beide Rechtsfolgen passt, Berufs- und Existenzschutz.[1209] Er sieht dieses Tatbestandsmerkmal darin, dass die Übernahme eines freiwilligen Unternehmensrisikos die intendierten Rechtsfolgen des Arbeitsrechts treffe und korrekt Arbeitnehmer/innen von Selbstständigen unterscheiden könne.[1210] Danach sei selbstständig, wer freiwillig ein Unternehmensrisiko übernehme und Arbeitnehmer, wer entweder kein oder unfreiwillig, ein Unternehmensrisiko übernehme.[1211] Selbstständige müssten in ihrem Unternehmertum echte unternehmerische Chancen haben, die sich in einem unternehmerischen Gestaltungsspielraum frei von Weisungsbindung verwirklichen können. Die Frage ist dabei, ob die Selbstständigen ihr Unternehmen, sei es auch nur auf sie beschränkt, frei organisieren können und frei auf dem Markt auftreten können.[1212] Aus einer Person, die bei objektiver Betrachtung Arbeitnehmer/in sei, könne man nicht dadurch eine/n Selbstständige/n machen, dass man ihr (vertragsuntypische) unternehmerische Risiken auferlege, ohne ihr entsprechende unternehmerische Chancen einzuräumen.

Eine Kumulation schlechter Risiken könne nicht zum Entzug zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzes führen. Aus diesen Gründen sei das Hauptmerkmal die Übernahme des freiwilligen Unternehmensrisikos.

II. Die Modelle eines abgestuften Arbeitsrechts

Neben den wirtschaftlichen Alternativmodellen sind insbesondere die Modelle vorzustellen, die ein abgestuftes Arbeitsrecht befürworten. Dabei geht es um eine Abstufung des „Alles-oder-nichts-Prinzips" des Arbeitsrechts, das im Falle der Arbeitnehmereigenschaft das gesamte Arbeitsrecht für anwendbar erklärt, während anderen – mögen sie noch so schutzbedürftig sein – dieser Eintritt verwehrt bleibt.[1213] Einige Vertreter sprechen von Kreisen, andere vom abgestuften Arbeitsrecht, wieder andere von

1209 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 117 f.
1210 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 122.
1211 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 122.
1212 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, S. 132, 168.
1213 *Richardi* und *Hromadka* sprechen nicht von Kreisen/Ringen, beide sprechen allerdings von einer Abstufung des Arbeitsrechts (s.u.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ringen. Bei allen Unterschieden im Einzelnen, geht es immer darum, Kernrechte einzufordern, die jedem arbeitenden Menschen zustehen und die nichts mit seinem *Status* als Arbeitnehmer/in oder Selbstständige/r zu tun haben sollten. An dieser Stelle werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammengetragen.

1. Frühe Ansätze

Ähnlich wie bei den wirtschaftlichen Alternativmodellen betraten die ersten Vertreter dieses Ideenkreises bereits Mitte der 1960er Jahre die juristische Bühne. Als erster Vertreter des Modells der konzentrischen Kreise gilt *Mayer-Maly*.[1214] Er bezweifelt bereits ganz grundsätzlich, ob es zwei verschiedene Systeme – den Dienstvertrag einerseits und den Arbeitsvertrag andererseits – gäbe, denn beiden Vertragstypen läge dieselbe Norm, nämlich § 611 BGB zugrunde.

Er möchte daher einen einheitlichen Grundtatbestand unter dessen Anwendung Arbeits- und Dienstvertrag grundsätzlich gleich behandelt würden. Nur einzelne Normen, die die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers besonders herausstellen, seien nicht auf die freie Dienstnehmer/in anzuwenden.[1215] Dies eingedenk, weist *Hueck*, *Götz* darauf hin, dass *Mayer-Maly* damit gänzlich auf eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer/innen und Selbstständigen verzichte.[1216]

2. Richardis Ansatz

Prominent ist auch die Auffassung von *Richardi*, der in einem Aufsatz von 1974 forderte, das Arbeitsrecht auf alle anzuwenden, die für einen anderen Dienstleistungen erbringen, *soweit* die in der jeweiligen Norm vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit bestehe oder es darum gehe, den Gedanken der Selbstbestimmung in einer arbeitsteiligen Organisation zu verwirklichen.[1217] Diese Auffassung ist in ihrer praktischen Handhabung schwierig, besticht aber durch den dahinter stehenden sozialen Schutzgedanken des Arbeitsrechts: Fragt man zunächst nach dem Schutzzweck einer Regelung

1214 *Mayer-Maly*, ZAS 1966, S. 2–6.
1215 *Mayer-Maly*, ZAS 1966, S. 2–6 (6).
1216 *Hueck*, RdA 1969, S. 216–220 (217).
1217 *Richardi*, ZfA 1974, S. 3–27 (22).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und entscheide dann, ob jemand durch diese Norm geschützt werden müsse, führt dies zu einem offenen, genaueren Arbeitnehmerbegriff.

Seiner Ansicht nach könne soziale Gerechtigkeit nur hergestellt werden, indem arbeitsrechtliche Normen grundsätzlich auf jeden/jede angewandt würden, der/die Arbeit im Dienste eines anderen leiste.[1218]

3. Hromadkas Ansatz

Besondere Erwähnung verdient auch die Ansicht von *Hromadka*, der sich für ein abgestuftes Arbeitsrecht ausspricht.[1219] Er betont, dass das Arbeitsrecht bereits nach verschiedenen Gruppen differenziere, wie leitende Angestellte, Schwerbehinderte, Jugendliche, Frauen im Mutterschutz; demzufolge sei für die Entscheidung, ob Arbeitsrecht Anwendung finde, eine Überprüfung des jeweiligen Normzwecks vorzunehmen. Sozialversicherungsrecht sei dabei ebenfalls in die Überlegung einzubeziehen, denn dieses solle dort aushelfen, wo arbeitsrechtlicher Schutz fehle.[1220] Das erinnert zunächst an die wirtschaftlichen Modelle, insbesondere *Wank*, dieser und *Richardis* Ansatz werden von *Hromadka* jedoch entschieden zurückgewiesen.[1221] In concreto bedeutet dies, dass eine Norm darauf überprüft werden muss, ob sie spezifische Probleme des Arbeitsverhältnisses lösen möchte oder ob sie Probleme lösen möchte, die im Arbeitsverhältnis wie in jedem anderen Vertragsverhältnis vorkommen können. In letzterem Fall könnte sie dann unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft entsprechend angewandt werden.[1222] Seiner Ansicht nach müsse ein Arbeitsvertrag in sich ausgeglichen sein, deshalb könne es kein gleiches Arbeitsrecht für alle geben, sondern stufenlose Übergänge mit einer großen Durchlässigkeit in die auch Selbstständige einzubeziehen seien.[1223]

1218 *Richardi,* ZfA 1974, S. 3–27 (23 f.).
1219 *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (570, 577).
1220 *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (578).
1221 *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (571 f., 578).
1222 *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (578, 579).
1223 *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (570, 577).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Personal Work Nexus

Für den englischen Rechtsraum entwickelten als erste Vertreter *Hepple* und *Collins* das Modell der konzentrischen Kreise auf die an dieser Stelle verwiesen wird.[1224] Diese Forschung wurde von *Freedland* weitergeführt und gemeinsam mit *Kountouris* 2011 veröffentlicht.[1225] *Freedland* und *Kountouris* gehen ganz neue Wege. Sie trennen sich völlig von dem Vertragsmodell des Arbeitsvertrages und von einer Weisungsabhängigkeit von Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern. Statt eines Arbeitsvertrages soll es nach deren Vorstellung einen persönlichen Beschäftigungsvertrag geben *(personal work contract)*. Dieser sei eher als Gattung für viele verschiedene Verträge zu sehen, die Arbeit betreffen. Innerhalb dieser Gattung finde sich das Individuum in einem Nexus persönlicher Beschäftigung *(personal work nexus)*, dies beschreibe die Beziehungen in der Arbeitswelt. *Freedland* und *Kountouris* entwickelten dieses Analysemodell, weil sie meinen, dass der bilaterale Ansatz Arbeitnehmer-Arbeitgeber, der Arbeitswirklichkeit nicht entspreche. Stattdessen stünde ein arbeitender Mensch in einer Vielzahl von Beziehungen: Arbeitgeber, Kollegen, Sozialversicherung, etc. Diese Beziehungen werden wiederum in *determinative roles* oder *co-working roles* eingeteilt. Im Endeffekt geht es bei diesem Ansatz um eine weitere Variante der Eingliederungstheorie: Rechtsfolgen entstehen nicht durch einen Vertrag, sondern durch eine tatsächlich Beziehung.[1226] In letzter Konsequenz könnte nach Ansicht von *Freedland* und *Kountouris* ihr Ansatz dazu führen, dass auch andere als Arbeitnehmer/innen in den Schutz des Arbeitsrechts einbezogen werden. Das Ideal wäre, dass Arbeitsrecht und das Recht der Selbstständigen in Zukunft zusammenliefe.[1227]

1224 *Hepple*, ILJ 1986, S. 69 (74 f.); *Collins*, OJLS 1990, S. 353 (355).

1225 *Freedland/Kountouris*, The Legal Construction of Personal Work Relations, 2011.

1226 Gute Zusammenfassung des Ansatzes von *Freedland/Kountouris* bei: *Forst*, RdA 2014, S. 157–165 (160); *Erren*, S. 194–197.

1227 *Freedland*, ILJ 2006, S. 1–25 (23, 24).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Das Kreismodell nach dem Supiot-Bericht „Transformation of labour and labour law in Europe“[1228]

Im Jahr 1996 erarbeitete eine Gruppe von Sachverständigen im Auftrag der Europäischen Kommission, wie die Zukunft der Arbeit und des Arbeitsrechts für die EU aussehen könnte. Das Ergebnis war der o.g. Bericht, der verkürzt den Namen des Vorsitzenden der Sachverständigen-Kommission bekam, *Supiot*-Bericht. Das Ergebnis des Berichtes war, dass der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts auszudehnen und auf andere Beschäftigungsverhältnisse anzuwenden sei. Man solle die Anwendung des Arbeitsrechts nicht mehr allein von der Weisungsunterworfenheit abhängig machen.[1229] Die Kommission sah soziale Rechte in vier konzentrischen Kreisen verwirklicht:

Der **erste Kreis**[1230] umfasst die *„universellen“* sozialen Rechte, die jedem Menschen unabhängig von jeglicher Arbeit zustehen. Der Umfang dieses *„universellen“* Schutzes variiert von einem europäischen Land zum anderen. Bei der Krankenversicherung ist er mehr oder weniger Realität; was das Recht auf Berufsausbildung betrifft, geht er noch nicht über eine Grundsatzerklärung hinaus.

Im **zweiten Kreis** finden sich die Rechte, die auf einer anderen Arbeit als Erwerbsarbeit gründen (Betreuung einer abhängigen Person, eigene Fortbildung, ehrenamtliche Tätigkeit usw.). Diese Arbeit wird vom Sozialrecht keineswegs verkannt.

Zahlreiche Gesetzestexte knüpfen soziale Rechte oder Leistungen an die Ausübung einer sozial nützlichen Tätigkeit (d. h. einer Nichterwerbsarbeit; Beispiele sind zusätzliche Rentenansprüche aufgrund der Kindererziehungszeiten oder der Unfallversicherungsschutz bei bestimmten ehrenamtlichen Tätigkeiten).

Der **dritte Kreis** ist derjenige des allgemeinen Rechts der Erwerbstätigkeit, für das einige Fundamente im Gemeinschaftsrecht bereits gelegt wurden, etwa im Bereich des Gesundheits- oder Arbeitsschutzes.

Der **vierte Kreis** schließlich entspricht dem Sonderrecht der abhängigen Arbeit (d. h. des Arbeitsverhältnisses); er sollte nur Vorschriften enthalten,

---

1228 Supiot-Bericht, Transformation of labour and future of labour law in Europe, verfügbar unter: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b4ce8f90-2b1b-43ec-a1ac-f857b393906e, abgerufen am 28.05.2020.

1229 Supiot-Bericht, S. 26 der deutschen Fassung.

1230 Supiot-Bericht, S. 26 der deutschen Fassung.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die unmittelbar mit der persönlichen Abhängigkeit zusammenhängen und eine Abstufung der Rechte je nach Grad der Abhängigkeit vorsehen.

Mit Hilfe dieser konzentrischen Kreise solle ein breites Arbeitsrecht geschaffen werden, das dem Grunde nach zunächst alle arbeitenden Menschen einbeziehe und Anpassungen dort erlaube, wo durch Schutzvorschriften bestimmte Arten von Arbeitsbeziehungen, besonders geregelt werden.[1231]

6. Das 4-Ringe-Modell nach Mückenberger

Ähnlich wie bereits der Supiot-Bericht kommt auch *Mückenberger* zu einer abgestuften Anwendung des Arbeitsrechts mit Hilfe eines 4-Ringe-Modells.[1232] *Mückenberger* stellt fest, dass die „gewohnte" Bipolarität zwischen Arbeitnehmer/in und Arbeitgeber/in für die Plattformökonomie immer weniger greift.[1233] Damit der arbeitsrechtliche Schutz seine Wirkung entfalte, setze er jedoch genau diese bipolare Beziehung unter der Herrschaft des Leitkriteriums des Weisungsunterworfenheit voraus. Auf diese Weise werde eine Einteilung zwischen arbeitenden Menschen gezogen; zwischen jenen, die „dazugehören" und jenen, die „nicht dazugehören", was in unserer (Arbeits-) Gesellschaft schwer hinzunehmen sei.[1234]

Er schlägt daher ein 4-Ringe-Modell vor, das ähnlich wie die Kreise aus dem Supiot-Bericht, ein unterschiedliches Schutzniveau für unterschiedliche Formen von Arbeit bietet. Es ist wie folgt aufgebaut:

In der Mitte (Ring 1) finden sich Arbeitnehmer/innen, die dann von als arbeitnehmerähnlich anerkannten Personen (Ring 2) umgeben werden. Ring 3 erfasst Personen, die einen Bezug zum Arbeitsleben haben und dabei Schutz genießen, ohne dass es auf ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer/in oder arbeitnehmerähnliche Person ankäme. Der äußere Ring (Ring 4) schließlich umreißt Menschen unabhängig von ihrem Arbeitsbezug – "Bürger".

1231 Supiot-Bericht, S. 26 deutsche Fassung.

1232 *Mückenberger*, Der Arbeitnehmerbegriff – aus arbeitspolitischer Perspektive, S. 16, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/201701_adz_diskussionspapier_mueckenberger.pdf, abgerufen am 28.05.2020.

1233 *Mückenberger*, Der Arbeitnehmerbegriff, S. 16.

1234 *Mückenberger*, Der Arbeitnehmerbegriff, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildung 40: Darstellung des 4-Ringe-Modells des sozialen Schutzes von Arbeit nach Mückenberger, Arbeitnehmerbegriff, S. 16.

Er regt weiterhin an, dass die inneren Ringe gestärkt werden sollen. Das bedeute jedoch nicht, dass die Diskussion um einen der digitalen Arbeitswelt besser entsprechenden Arbeitsnehmerbegriff außer Acht zu lassen sei – im Gegenteil.[1235]

Gleichzeitig sollten rechtspolitische Veränderungen ins Auge gefasst werden, die dem Schutz der bereits eingetretenen oder sich abzeichnenden Vielfalt von Arbeits- und Lebensverhältnissen in der nach dem 4-Ringe-Modell gestuften Form entsprechen, weil sie sich dem tradierten arbeitsrechtlichen Zugriff ganz oder teilweise entziehen.[1236]

Mückenberger stellt bei seinem 4-Ringe-Modell auch fest, dass es den momentanen Zustand bereits abbilde, denn nach derzeitigem Rechtszustand genössen die Personen in den vier Ringen unterschiedliche Rechte.[1237] Al-

1235 *Mückenberger*, Arbeitnehmerbegriff, S. 26.
1236 *Mückenberger*, Arbeitnehmerbegriff, S. 27.
1237 *Mückenberger*, Arbeitnehmerbegriff, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lerdings sollte das Modell so gesehen werden, dass die vier Ringe in einem *dynamischen Zusammenhang* zu verstehen seien und dabei die Personenkreise der übrigen Ringe in die Schutzstrategien einzubeziehen seien.[1238]

III. Kritik an den alternativen Modellen

Die Kritik an den oben dargestellten alternativen Modellen ist zahl- und wortreich, sowohl in zustimmender als auch ablehnender Hinsicht. An dieser Stelle wird auf einige negative Punkte verwiesen.

Den wirtschaftlichen Modellen wird vorgehalten, dass sie teilweise zu allgemein seien.[1239] Eine Kritik, die beispielsweise die Kapitalverhältnisse aufgreife, sei kaum operationalisierbar, so dass sie auch keine Rechtssicherheit biete.[1240] *Maschmann* meint, dass man die Arbeitnehmer/in nicht als „*verhinderten Unternehmer*" definieren könne. Er führt weiter aus, die Arbeitnehmer/in sei kein „*in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigter Selbständiger*", wer so definiere, verschiebe nur das Abgrenzungsproblem auf den Selbstständigen.[1241] Eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffes werde auch als unverhältnismäßig gegenüber den Selbstständigen erachtet, weil es nicht Aufgabe des Arbeitsrechts sei, sozialfürsorgerische Vertragskontrolle zu betreiben.[1242] Auch an der freiwilligen Übernahme des Unternehmensrisikos reiben sich die Gemüter, da dies wieder die Abgrenzung erschwere, denn wie kann festgestellt werden, ob ein Unternehmensrisiko freiwillig übernommen wurde.

Dabei bestehe ebenfalls Unsicherheit und Unbestimmtheit.[1243] *Hanau, P.* meint, wenn es um eine grundsätzliche Neuausrichtung des Arbeitnehmerbegriffes gehe, müsse diese der Gesetzgeber vornehmen, richterrechtlich könne man nicht die persönliche Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium umdeuten.[1244] Insgesamt bestehe keine Notwendigkeit den Rückgriff auf die persönliche Abhängigkeit komplett aufzugeben.[1245]

1238 *Mückenberger*, Arbeitnehmerbegriff, S. 28.
1239 Bei *Erren* findet sich eine ausführliche Zusammenfassung der Kritiken, S. 147–179.
1240 *Frantzioch*, S. 72.
1241 Ausführliche Kritik: *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbstständigen, Sonderbeil. zu NZA Heft 24/2001, S. 21–32 (23).
1242 *Rieble*, ZfA 1998, S. 327–358 (358).
1243 *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 251.
1244 *Hanau*, Vorträge zur Versicherungswissenschaft, S. 9.
1245 *Buhl*, Zur Problematik des Arbeitnehmerbegriffes, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Positiven Rückhalt erhielten die wirtschaftlichen Modelle neben verschiedenen Autor/innen[1246] auch von Landesarbeitsgerichten.[1247]

Die negative Kritik am abgestuften Arbeitsrecht ist im Wesentlichen, dass dadurch die Einheitlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes aufgegeben werde, dadurch Rechtsunsicherheit herbeigeführt werde, was wiederum keinen Fortschritt gegenüber dem Kriterium der persönlichen Abhängigkeit bringe.[1248]

IV. Berücksichtigung der verschiedenen Ansätze in § 611a BGB

Wie oben dargestellt, bietet der Arbeitnehmerbegriff eine vielfältige Projektionsfläche für Ideen, negative wie positive Kritik, Entwicklungsmöglichkeiten und ähnliches mehr.[1249] Im Englischen gibt es eine Redewendung, die auf die Situation des Arbeitnehmerbegriffes passen könnte:

„It's not easy to change a wheel on a moving car."

Es ist also nicht leicht, den Reifen eines fahrenden Autos zu wechseln. Noch fährt das Auto ja, möchte man hinterherschicken, so dass die Not nicht groß zu sein scheint. Dennoch stellt sich die Frage nach der Zukunftsfestigkeit des Arbeitnehmerbegriffes wie er nun in § 611a BGB abgebildet worden ist. Der Verfasserin ist daran gelegen, die Debatte weniger *ausschließlich* zu führen – nach dem Motto: Nur diese eine Auffassung bildet den Arbeitnehmerbegriff korrekt ab. Da stößt das Recht an seine Grenzen. Der Bundesrichter *Fischer* hat es in einer Kolumne der ZEIT einmal treffend formuliert:

1246 Auswahl: *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 251–254, 328; *Schliemann* in: FS Wank (2014) S. 531–543; *Maties* in: FS Wank (2014), S. 323–342; *Erren*, S. 658; *Frantzioch*, S. 79, 80; *Bücker*, FS Kohte (2016), S. 21–44 (42); *Willemsen* in: FS Moll (2019), S. 757–774.

1247 LAG Hamm, Urteil vom 16.10.1989, 19 (13) Sa 1510/88, ZIP 1990, S. 880–889 (882–884); LAG Hamburg, Urteil vom 06.02.1990, 3 Sa 50/89, zitiert nach *Skaupy*, NJW 1992, S. 1785 (1790); LAG Niedersachsen, Urteil vom 07.09.1990, 3 (2) Sa 1791/89 nach juris; LAG Niedersachsen, Urteil vom 07.11. 1990 – 3 (2) Sa 1791/89 –, juris; LAG Köln, Urteil vom 30.06.1995 – 4 Sa 63/95 –, nach juris; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.03.1999, 2 Sa 556/98 – juris.

1248 *Frantzioch* speziell zu Richardi, S. 86.

1249 Der folgende Abschnitt ist entnommen bei: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> "…*wer will,* [kann so] *die Welt des Rechts verstehen: als Folge von Skurrilitäten oder Unverschämtheiten, unendliche Abfolge von Witzen über Gurkenkrümmung, Mietpreisverordnung und abwegige Steuergesetze….Das kann nicht die ganze Wahrheit sein. Die Wahrheit ist in den meisten Fällen vielgestaltig, kennt ein einerseits und andererseits und muss oft mit nur mittelmäßigen Lösungen auskommen.*"[1250] [Umstellung erfolgte aus grammatikalischen Gründen, Anm. d. Verf.]

Aus diesem Grund ist zu überlegen, inwieweit die verschiedenen Ansätze innerhalb des § 611a BGB zu berücksichtigen wären, denn es ist nicht zu erwarten, dass hier in den nächsten Jahren irgendwas geschehen wird.[1251] Gleichzeitig ist aber zu befürchten, dass in den nächsten Jahren die Fragen an den Rändern des Arbeitnehmerbegriffes (wieder) zunehmen werden und es noch mehr darum gehen wird, Arbeitnehmer/innen gegenüber Selbstständigen korrekt abzugrenzen. Wie kann das geschehen?

Wie bereits oben erwähnt, muss man den Tatbestandsmerkmalen wie sie in § 611a BGB gefasst wurden, Raum geben. Viele Autor/innen sprechen sich dafür aus, weitere materielle Kriterien in die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft aufzunehmen.[1252] Die Weisungsbindung ist dabei das Merkmal, welches stärker vorgeprägt ist. Die Fremdbestimmung ist das Merkmal, das zwar ein Gepräge aufweist, aber offen ist, neue Organisationsformen zu erfassen.[1253]

Hier können die Fragen beispielsweise lauten: Ist die verrichtete Arbeit fremdnützig, tritt der Verrichtende nicht am Markt auf, sondern stellt nur seine Arbeitskraft zur Verfügung, hat er keine eigene Organisation, sondern unterstellt sich komplett einer fremden Organisation ohne eigenen Spielraum?[1254] Bei *Krause* ist zu lesen:

1250 *Fischer*, Fischer im Recht – Der Beginn, Zeit Online vom 13.01.2015, abrufbar unter: https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-01/fischer-im-recht, zuletzt abgerufen am 24.05.2020.

1251 So auch *Willemsen*, FS Moll (2019), S. 757–774 (773); so auch *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82.

1252 Z.B. *Reinecke*, NZA-RR 2016, S. 393–400 (399); *Maties* in: FS Wank 2014), S. 323 (330); *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173 . 213; *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 251–254, 328.

1253 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 42; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 19, 33; *Willemsen* in: FS Moll (2019), S. 757–774.

1254 Auf die Fremdnützigkeit eingehend: u.a. *Willemsen*, FS Moll (2019), S. 757–774 mwN; auch ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 10; *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> *„Durch das Kriterium der rechtlichen Weisungsbindung als entscheidendes Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft wird eine gewisse Erweiterung allerdings nicht von vorneherein ausgeschlossen. Sofern ein Mitarbeiter durch eine entsprechende Vertragsgestaltung in eine fremdbestimmte Organisation letztlich in einer ähnlich starken Weise wie ein bereits nach der herkömmlichen Sichtweise als Arbeitnehmer zu qualifizierender Beschäftigter eingebunden ist und ihm dadurch keine unternehmerischen Chancen und Risiken offenstehen, kann der in einem solchen Falle eher formale Verzicht auf eine Direktionsrecht im technischen Sinne nicht dazu führen, den Weg zum Arbeitnehmerstatus a priori zu versperren.“*[1255]

Jemand, der fremdnützig arbeitet und dessen Arbeit einen unselbstständigen Produktionsschritt, ein Zahnrädchen in der Wertschöpfung eines anderen darstellt, der übernimmt kein Unternehmensrisiko. Das würde einen Teil von *„Wanks Ansatz“* im Merkmal der Fremdbestimmung abbilden können. Es trifft darüber hinaus nicht zu, dass dies das Recht der arbeitnehmerähnlichen Person negieren würde, denn es geht nicht darum, die wirtschaftliche Abhängigkeit in den § 611a BGB hineinzulesen. Eine Person kann wirtschaftlich abhängig, aber weder weisungsgebunden noch fremdbestimmt sein. Sie bleibt selbstständig, weil sie am Markt auftritt, mag sie auch nur von zwei Auftraggeber/innen abhängig sein.[1256] Deshalb ist nicht nachvollziehbar, warum teilweise geschrieben wird, der Gesetzgeber habe *„Wanks Ansatz“* abgelehnt.[1257] Es geht nicht um eine Frage im *„hamlet'schem“* Sinne *„Wank oder nicht-Wank“*, sondern um eine teleologische Begriffsauslegung. Die ist aber Teil des klassischen Auslegungskanons und damit nicht durch den Gesetzgeber „ablehnbar“.

Eine weitere Überlegung ist, ob jemand bei Vertragsschluss ausreichend Vertragsmacht hatte.[1258] Das ist *auch* einer *der* Gründe für das Arbeitsrecht. Das ist ein *weiterer* Aspekt, den man bei der Fremdbestimmung mitdenken kann. Vor allem ist es ein Aspekt, der bei der tatsächlichen Vertragsdurchführung eine Rolle spielen kann.[1259]

1255 *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 251; *Kreuder*/DHSW, HK-ArbR, § 611 BGB Rn. 97 ff.

1256 *Willemsen* in: FS Moll (2019), S. 757–774 (764).

1257 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (819); HWK/*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 64; *Willemsen* greift das auf und kann die Kritik der vorgenannten Autoren nicht nachvollziehen, FS Moll (2019), S. 757–774 (764). Dem schließt sich die Verfasserin an.

1258 *Schwarze*, ZfA 2005, S. 81–107.

1259 *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (54); *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (44).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Modelle eines abgestuften Arbeitsrechts könnten insoweit helfen, als bestimmte arbeitsrechtliche Regelungen nicht mehr ausschließlich Arbeitnehmer/innen vorbehalten sein sollten. Hier kommen all die Diskussionen über die Ausweitung des Arbeitsrechts für arbeitnehmerähnliche Personen, für Solo-Selbstständige und Heimarbeiter/innen hinein.[1260]

Diese Abstufung findet sich bereits in Gesetzen, wo auf Beschäftigte oder Mitarbeiter abgestellt wird.[1261] In neueren Gesetzen wird nicht die Arbeitnehmer/in als Anknüpfungspunkt gewählt, sondern es ist von Beschäftigten die Rede. Zu nennen ist hier, das Bundesdatenschutzgesetz, das in § 26 BDSG von Beschäftigungsverhältnissen und Beschäftigten spricht, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das in § 6 Absatz 1 den Anwendungsbereich für Beschäftigte eröffnet, das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) nennt in § 7 Beschäftigte, ebenso § 2 Absatz 2 des Familienpflegegesetzes und ganz aktuell das Entgelttransparenzgesetz, das in § 2 Absatz 1 den Anwendungsbereich für Beschäftigte eröffnet. Der Begriff der Beschäftigten ist in der arbeitsrechtlichen Literatur teils großer Kritik ausgesetzt.[1262] Eine Gegenkritik spricht *Forst* aus und versucht die „*Ehre des Gesetzgebers zu retten*", indem er erläutert, warum dieser den Begriff der Beschäftigten wählt.[1263] Viele deutsche Gesetze seien in Übereinstimmung mit dem primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszulegen, sodass sie einen weiten Begriff – eben den des Beschäftigten – anlegen müssen. Das sekundäre Unionsrecht kenne selbst innerhalb der verschiedenen Richtlinien, verschiedene Arbeitnehmerbegriffe. Manche Richtlinien bestimmen selbst einen Arbeitnehmerbegriff, manche verweisen wiederum auf das mitgliedstaatliche Recht. Schließlich verwendet der Gesetzgeber auch aus eigenem Antrieb den Begriff der Beschäftigten, weil er einen bestimmten Schutz nicht nur Arbeitnehmer/innen zukommen lassen möchte.[1264] Die Verfasserin hat den Eindruck, dass die Kritik und die darauf folgende Replik *in der Sache* nicht so weit voneinander entfernt sind. Man könnte aus dem kritischen Beitrag von *Richardi* meinen, dieser wolle keinen Schutz für die im Gesetz genannten *Beschäftigten*. Das ist mitnichten der Fall. Die Kritik geht eigentlich in die Richtung, dass nicht anhand von Begriffen festgelegt werden soll, wem welcher Schutz zuteilwird. Er führt dazu die

1260 Siehe unter § 3 B. IV. und V. mit dortigen Nachweisen.
1261 Abschnitt übernommen aus: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 64 ff.
1262 *Richardi*, NZA 2010, S. 1101–1103.
1263 *Forst*, RdA 2014, S. 157–165.
1264 Die Zusammenfassung dieser drei Punkte findet sich bei *Forst*, RdA 2014, S. 157–165 (164).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gedanken von *Erwin Jacobi* aus, demzufolge es keine Gesellschaftsgruppe gäbe, von der man sagen könne, dass ihre Zugehörigkeit die Voraussetzung für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen wäre.[1265]

Insofern ist die Kritik am Beschäftigtenbegriff vor allem eine Kritik daran, dass der Gesetzgeber es versäumt, den richtigen Schutz jenen zuzubilligen, die ihn benötigen, sondern stattdessen einen neuen Begriff in den „Orbit" wirft, dessen Anwendungsbereich er dann enumerativ bestimmten Personen zukommen lässt. Diese Kritik ist nicht unberechtigt und deckt sich auch mit seiner o.g. Auffassung des Arbeitnehmerbegriffes, wonach soziale Gerechtigkeit nur hergestellt werden könne, indem arbeitsrechtliche Normen grundsätzlich auf jeden angewandt würden, der Arbeit im Dienste eines anderen leiste.[1266]

Die Abstufung und Berücksichtigung anderer schutzwürdiger Gruppen außer Arbeitnehmer/innen birgt nicht die Gefahr, die Einheitlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes aufzugeben. Wer Arbeitnehmer/in ist, bestimmt § 611a BGB mithilfe der Auslegung der Rechtsanwender/innen. Werden bestimmte Rechte, die sich an Arbeitnehmer/innen richten, auch anderen zuteil, ändert das grundlegend nichts am Arbeitnehmerbegriff.

Forst konstatiert bodenständig, der Begriff des Arbeitnehmers sei keine Naturkonstante, sondern von Menschen für Menschen gemacht.[1267] Dem ist nichts hinzuzufügen.

B. Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Arbeitsrecht

Zum Arbeitnehmerbegriff im europäischen Arbeitsrecht lässt sich ebenso umfangreich diskutieren wie zum nationalen Arbeitnehmerbegriff. An dieser Stelle soll nicht dargestellt werden, was sich in den letzten Jahrzehnten alles ereignet hat, sondern vor allem, was sich hinsichtlich der Plattformarbeit noch alles ereignen kann. Der „Blick nach vorne" richtet vor allem auf die Richtlinie 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, die am 20.06.2019 verabschiedet, am 11.07.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union verkündet wurde

1265 *Richardi*, NZA 2010, S. 1101–1103 (1103) mit Verweis auf *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 42.
1266 *Richardi*, ZfA 1974, S. 3–27 (22).
1267 *Forst*, RdA 2014, S. 157–165.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und bis spätestens 01.08.2022 umgesetzt werden soll.[1268] Die Richtlinie hat mehrere Regelungsgehalte.

Zum einen gibt es eine Reihe Informationspflichten, die an die Nachweisrichtlinie 91/533/EWG anknüpfen, diese erweitern und sie letztlich mit Wirkung zum 01. August 2022 aufheben sollen.

Zum anderen nennt die Richtlinie 2019/1152 materielle Mindestarbeitsbedingungen, die ausweislich Artikel 1 Abs. 2 der RL *„für jeden Arbeitnehmer in der Union gelten, der nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht, wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist."*

In den vorangestellten Erwägungsgründen wird verdeutlicht, dass sich die Richtlinie auch neuen Beschäftigungsformen widmen möchte, die *„aufgrund der demografischen Entwicklung und der Digitalisierung"* entstanden sind (Nr. (4)). In den Erwägungsgründen zu (8) wird die Arbeit auf Plattformen speziell hervorgehoben. Dort heißt es, dass bei der Feststellung des Status eines Arbeitnehmers auf die vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien bei der Umsetzung der Richtlinie zu achten sei. Seien die Kriterien erfüllt, könnten

> *„Hausangestellte, Arbeitnehmer, die auf Abruf, intermittierend, auf der Grundlage von Gutscheinen und* ***auf Online-Plattformen beschäftigt*** *sind, sowie Praktikanten und Auszubildende in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen. Personen, die tatsächlich selbstständig sind, sollten nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, da sie die Kriterien nicht erfüllen."* [Hervorheb. d. Verf.]

In diesem Erwägungsgrund steckt ein regelrechtes Drama um das europäische und nationale Begriffsverständnis des Arbeitnehmers. Der vorhin versprochene „Blick nach vorn" hinsichtlich der RL 2019/1152 wird sich nicht ganz ohne einen Rückblick zur Begriffsbildung des EuGH hinsichtlich der Arbeitnehmerbegriffes bewerkstelligen lassen. Das Ganze ist vor dem Hintergrund geboten als der Arbeitnehmerbegriff des EuGH und des europäischen Arbeitsrechts ein anderer als jener des nationalen Arbeitsrechts ist. Gleichsam gewinnt die europäische Begriffsauslegung immer stärker an Bedeutung, gerade weil Vieles von dem, was in nationales Recht umgesetzt wird, auf europäisches Recht zurückgeht. Das führt dazu, dass

---

1268 ABL 186/105; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L115, abgerufen am 12.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst bei einem Sachverhalt, der „nur“ innerhalb der deutschen Grenzen spielt, dennoch das europäische Arbeitsrecht zu prüfen wäre und die Prüfung fehlenderweise unvollständig wäre.[1269]

I. Der Arbeitnehmerbegriff im primären und sekundären Unionsrecht

Zunächst ist festzuhalten: Es gibt keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff nach Unionsrecht.[1270] Das Unionsrecht greift auf unterschiedliche Rechtsquellen zurück, das Primärrecht sowie das Sekundärrecht. Wonach sich der Arbeitnehmerbegriff bestimmt, hängt damit zusammen. Im Primärrecht wird der Arbeitnehmerbegriff hauptsächlich durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV zu bestimmen sein (dazu sogleich). Auslegung und Anwendung des Arbeitnehmerbegriffes im Sekundärrecht – also hauptsächlich durch Richtlinien – bestimmen sich danach, ob eine Richtlinie den Arbeitnehmerbegriff kontextbezogen definiert, sie auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist oder ob die Richtlinie weder Verweis noch eigene Definition enthält.[1271] In diesem Fall erfolgt wiederum eine autonome Auslegung durch den EuGH.

1. Der Arbeitnehmerbegriff nach primärem Unionsrecht

Das primäre Unionsrecht nennt in Art. 45 AEUV die Arbeitnehmerfreizügigkeit, in Art. 145–150 AEUV Regelungen zur Beschäftigung und in den Art. 151–161 AEUV die Sozialpolitik, welche in Art. 157 AEUV die Entgeltgleichheit hervorhebt. Allen diesen Normen ist gemein, dass sie den Arbeitnehmer voraussetzen ohne ihn zu definieren. Daher unterliegt der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht – ähnlich der jahrzehntelangen Praxis des BAG – der Konkretisierung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH).[1272] Diese Praxis nahm ihren Anfang mit der Lawrie-Blum Entscheidung 1986; damals klagte die Lehramtskandidatin Deborah Lawrie-Blum, die als in Portugal geborene britische Staatsangehörige, nach einem Studium in Freiburg, ihren Vorbereitungsdienst in Baden-Württem-

1269 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (165).
1270 *Wank*, EuZA 2008, S. 172–195.
1271 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (324 f.); *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht Rn. 1.109.
1272 Ausführlich dazu: *Borelli*, AuR 2011, S. 472–476 (472).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berg absolvieren wollte – ein europäischer Sachverhalt wie ihn kein Lehrbuch produzieren könnte.[1273] Damals war der Vorbereitungsdienst nur deutschen Staatsbürgern vorbehalten und Deborah Lawrie-Blum wollte das so nicht akzeptieren und bescherte so dem „jungen" europäischen Arbeitsrecht die „*Lawrie-Blum Formel*".

Der EuGH verstand den Arbeitnehmerbegriff nach der Arbeitnehmerfreizügigkeit in dem damaligen Art. 48 EWGV(was heute dem Art 45 AEUV entspricht) so, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.[1274] Danach basiere jedes Arbeitsverhältnis auf den drei Elementen: Weisungsgebundenheit in Form von Subordination, Zahlung von Entgelt für geleistete Dienste und Verfolgung einer „*tatsächliche*[n] *und echte*[n] *Tätigkeit*" [aus grammatikalischen Gründen hinzugefügt, Anm. der. Verf.].[1275] Die Weisungsbindung ist auch nach dem Verständnis des EuGH *das* Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes, aber da es sein Verständnis an der *Arbeitnehmerfreizügigkeit* misst und diese gegenüber der Dienst- und Niederlassungsfreiheit von Selbstständigen abgrenzt und *nicht* an einer persönlichen Abhängigkeit wie bei § 611a BGB, kommt es zu einem weiteren Begriffsverständnis, wer Arbeitnehmer/in ist und wer nicht.[1276] Das lässt Raum für Kriterien, die wir aus den wirtschaftlichen Alternativmodellen kennen, es heißt beim EuGH:

> „*Die Antwort auf die Frage, ob ein solches Arbeitsverhältnis gegeben ist, hängt von der Gesamtheit der jeweiligen Faktoren und Umstände ab, die die Beziehungen zwischen den Parteien charakterisieren, wie etwa die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens, die freie Gestaltung der Arbeitszeit und der freie Einsatz eigener Hilfskräfte.*"[1277]

Auf Chancen und Risiken einer Unternehmung kam es auch bei der neueren „*FNV Kunsten*" Entscheidung im Jahr 2014 an. Ein an sich selbstständ-

---

1273 EuGH, 03.07.1986 – Rs. 66/85 („*Lawrie-Blum*"), NVwZ 1987, S. 41; Junker verweist auf „*eine wahre Europäerin*", EuZA 2016, S. 184–205(188); Henssler/Pant, RdA 2019, S. 321–332 (324).

1274 EuGH, 03.07.1986 – Rs. 66/85 („Lawrie-Blum"), NVwZ 1987, S. 41; so auch EuGH, 19.06.2014 – Rs C-507/12 („Jessy Saint Prix"), NZA 2014, S. 765–767 (766).

1275 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-345/09, NZS 2011, S. 375–381 (378) Rn. 89 („van Delft").

1276 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (324); *Junker*, EuZA 2016, S. 184–205(192 f.); *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (160).

1277 EuGH, 14. 12. 1989, Rs. C-3/87, zitiert nach juris Rn. 36 („Agegate").

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diger Dienstleistungserbringer verliert dann ihre Unabhängigkeit, „*wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbstständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist.*“[1278]

2. Der Arbeitnehmerbegriff nach sekundärem Unionsrecht

Das sekundäre Unionsrecht gewinnt im Arbeitsrecht durch eine Reihe von Richtlinien an Bedeutung. Das wird als bekannt vorausgesetzt und an dieser Stelle nicht weiter vertieft. Der Arbeitnehmerbegriff ist jedoch auch hier nicht einheitlich.

Es gibt die Möglichkeit in Richtlinien eine eigene bereichsspezifische Definition des Arbeitnehmerbegriffes festzulegen. Das ist bisher nur in der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG in Art. 3 lit. a) geschehen.[1279] Danach ist Arbeitnehmer „*jede Person, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, einschließlich Praktikanten und Lehrlingen, jedoch mit Ausnahme von Hausangestellten.*“

Der Ansatz einer eigenen Definition wurde in dem Kommissionsvorschlag zu der hier interessierenden RL 2019/1152 ebenfalls verfolgt, aber letztlich nicht durchgesetzt, darauf wird noch einzugehen sein.

Die meisten Richtlinien verweisen auf das Recht der Mitgliedstaaten; einige haben keinen Verweis und keine eigene Definition des Arbeitnehmers.[1280] In diesem Fall kann eine autonome Begriffsbildung durch den EuGH erfolgen.[1281]

Wie weit der Arbeitnehmerbegriff durch den EuGH interpretiert wird, kann exemplarisch an zwei Entscheidungen gezeigt werden.

Zum einen in der Rechtssache „*Danosa*“, wo es um die Anwendung der Mutterschutz-RL 92/85/EWG auf eine Fremd-Geschäftsführerin einer

1278 EuGH, 04.12.2014 – Rs. C-413/13, zitiert nach juris Rn. 33 („FNV Kunsten Informatie en Media“).
1279 ABl. 1989, L 183/1; darauf verweist *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (159).
1280 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (325); *Sagan* in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht Rn. 1.109.
1281 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (159); *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (30).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

litauischen GmbH ging.[1282] Zum anderen in der Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie EGRL 104/2008 auf Rot-Kreuz-Schwestern.[1283]

In der Rechtssache „*Danosa*" entschied der EuGH, dass die Klägerin als Fremd-Geschäftsführerin einer litauischen GmbH, Arbeitnehmerin im unionsrechtlichen Sinne sein kann, wenn sie selbst Weisungen empfängt oder eingegliedert ist. Dies hat zur Folge, dass Fremd-Geschäftsführer/innen hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit eher dem Arbeitsrecht als dem Recht der Selbstständigen zugeordnet werden. Das Arbeitnehmerverständnis wich hier vom nationalen Recht stark ab, da es das Anstellungsverhältnis von Fremdgeschäftsführer/innen nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne eines Dienstvertrages ansah.[1284] Jedoch ist dem EuGH dabei zuzugestehen, dass die Richtlinie selbst keinen Verweis auf das nationale Recht beinhaltete, so dass die Begriffsbestimmung autonom erfolgen konnte.

Dabei zeigte der EuGH, dass er hauptsächlich auf die Weisungsbindung und Eingliederung abstellte, mithin auf Merkmale, die es aus der „*Lawrie-Blum-Formel*" und damit aus dem primären Unionsrecht zog.[1285]

Bei den „*Rot-Kreuz-Schwestern*" entschied der EuGH, dass eine Überlassung von Arbeitnehmer/innen iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch dann vorliege, wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlässt, damit es bei diesem eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet, und es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist (Art. 1 Abs. 1 und 2, 3 Abs. 1a, c und 2 Rl 2008/104/EG).[1286] Der Streit entbrannte daran, dass Rot-Kreuz-Schwestern nicht als Arbeitnehmer/innen galten, da sie *Mitglieder* ihrer Vereine, der DRK-Schwesternschaften, waren.

Diese beiden Entscheidungen zeigen, dass Auslegung und Anwendung des Arbeitnehmerbegriffes, richtlinienabhängig sind und die Begriffsbildung des EuGH den Arbeitnehmerbegriff eher weit als eng fasst. Dabei ist der Arbeitnehmerbegriff des EuGH in sich schon nicht konsistent,

---

1282 EuGH 11.11.2010, Rs.C-232/09, NJW 2011, S. 2343–2347, Rn. 46 (*„Danosa"*).

1283 EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZG 2016, S. 1432–1437 (*„Rot-Kreuz-Schwestern"/"Ruhrlandklinik"*).

1284 BAG, Urteil vom 24.11.2005, NZA 2006, S. 366 (377); BGH, Urteil vom 10.05.2010 NZA 2010, S. 889 (890).

1285 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (326); *Brose* in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht Rn. 9.50; *Junker*, EuZA 2016, S. 184–199 (198 f.).

1286 EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZG 2016, S. 1432–1437 (*„Rot-Kreuz-Schwestern"/"Ruhrlandklinik"*).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern theoretisch kann es so viele Arbeitnehmerbegriffe nach dem sekundären Unionsrecht geben wie es entsprechende Rechtsakte gibt.[1287]

So konstatiert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, „*dass die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs im Unionsrecht nicht einheitlich ist, sondern vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt. So stimmt der in Art. 45 AEUV verwendete Arbeitnehmerbegriff nicht notwendig mit dem überein, der im Bereich von Art. 48 AEUV und der Verordnung Nr. 1408/71 gilt (vgl. Urteil von Chamier-Glisczinski, Randnr. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).*“[1288]

Wie bereits angedeutet, die Begriffsbildung des EuGH und die des BAG führen zu Divergenzen. Diese sind im Folgenden näher anzusehen.

3. Divergenzen zwischen dem nationalen und europäischen Arbeitnehmerbegriff

Klar ist: Die Geltung von Arbeitnehmerschutzrechten ist im europäischen und deutschen Arbeitsrecht davon abhängig, ob eine Person als Arbeitnehmer/in qualifiziert werden kann.[1289] In diesem Zuge ist es sowohl der deutschen als auch der europäischen Rechtsprechung und Gesetzgebung daran gelegen, einen Vertragstypenmissbrauch zu verhindern, bei dem Tätigkeiten aufgrund flexibilisierter und digitalisierter Arbeitsstrukturen außerhalb des Arbeitsrechts in nur scheinbar selbstständigen Beschäftigungsverhältnissen erbracht werden.[1290] Wie die Darstellungen zum primären und zum sekundären Unionsrecht zeigten, sind die inhaltlichen Anforderungen an den Arbeitnehmerbegriff des EuGH andere als jene an den Arbeitnehmerbegriff des nationalen Arbeitsrechts.

Das hängt mit verschiedenen Dinge zusammen. Je nachdem, wie die Sachverhalte beim EuGH lagen, waren die Grundfreiheiten oder Richtlinien betroffen. Die Divergenzen sind somit schon im Unionsrecht selbst angelegt und wirken sich auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff aus. *Temming* nennt diese Divergenzen „*Systemverschiebungen*“ und das trifft es sehr gut, denn der EuGH verändert dadurch die Anwendungsbereiche und Anknüpfungspunkte das Arbeitsrecht und zwar auf unions- und auf natio-

---

1287 *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (29) mwN.

1288 Statt vieler: EuGH 14.10.2010, Rs C-345/09, NZS 2011, S. 375–381 (378), Rn. 88 („*van Delft*“).

1289 Auch das Einfache muss zur Sortierung der Gedanken herausgestellt werden, so: *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (321).

1290 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (321).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nalrechtlicher Ebene.[1291] Im Folgenden sollen ein paar dieser Divergenzen aufgezeigt werden, insbesondere, soweit sie mit Crowd Work interessant werden können.

a) Die autonome Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes durch den EuGH und die Übertragung auf Richtlinien

Seit der Lawrie-Blum Entscheidung bildeten sich unterschiedliche Auslegungsmerkmale des Arbeitnehmerbegriffes an der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV heraus.[1292]

Diese Wertungen wendet der EuGH in vielen Fällen auch für die Auslegung von Richtlinien an und zwar unabhängig davon, ob die Richtlinie auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verweist oder ob es eine eigenständige Definition zulässt.[1293]

In der Entscheidung „*Dieter May*" vom 07.04.2011, wo es im Kontext der Arbeitszeitrichtlinie um die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ging, hieß es:

> *„Die vorstehenden Ausführungen des Gerichtshofes zum Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 45 AEUV gelten ebenfalls für den Arbeitnehmerbegriff, der in Rechtsakten nach Art. 288 AEUV verwendet wird.*"[1294]

Daraus wird deutlich, dass dem Begriffsverständnis nach Art. 45 AEUV eine „Leitbildfunktion" innewohnt, die der Gerichtshof in allen Rechtsakten verwirklichen möchte.[1295] Das finden nicht wenige problematisch und zwar aus folgenden Gründen:

– Eine Übertragung der Wertungen aus dem Art. 45 AEUV auf Richtlinien ist rechtlich nicht geboten, wenn der sachliche Regelungsgegenstand der Richtlinie eine andere Auslegung nahe legt.[1296] Dabei muss man sich klar machen, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein

1291 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (162).
1292 ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 19 m.w.N.
1293 *Benecke*, EuZA 2018, S. 1–20; *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (160); *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (30); ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 18.
1294 EuGH, 14.10.2010 – Rs. C 428/09 (*„May"*), BeckRS 2013, 87054, Rn. 22; *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht Rn. 1.112; *Junker*, EuZA 2016, S. 184–199 (189f.).
1295 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (162); *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (8).
1296 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (326); *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht Rn. 1.112; *Wank*, EuZA 2018, S. 327–341 (341).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Freiheitsgrundrecht darstellt, das eben aus diesem Grund eine gewisse Weite und Ungenauigkeit aushält.[1297]

- Bei der Begriffsbestimmung einer Richtlinie geht es jedoch darum festzustellen, ob eine Person in den Schutzbereich der Richtlinie hineingezogen wird. Bei den Grundfreiheiten werden die Anwendungsbereiche im Verhältnis zu anderen Grundfreiheiten bestimmt.[1298] Die Schablonen „Schutzbereich einer Richtlinie" und die „Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit" passen nicht zwangsläufig „übereinander". Zwar stellen sowohl der nationale als auch der europäische Arbeitnehmerbegriff auf die Weisungsbindung als gemeinsamen Nenner ab, aber aus unterschiedlichen Gründen:
- Während der nationale Arbeitnehmerbegriff auf die Weisungsbindung abstellt, weil ein Arbeitnehmer *persönlich abhängig* ist, stellt der europäische Arbeitnehmerbegriff darauf ab, weil die Arbeitnehmerfreizügigkeit in *Abgrenzung zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit* bestimmt wird.[1299] Eine stringente Handhabung des Kriteriums Weisungsbindung lässt sich nicht ausmachen.[1300] Der EuGH bestimmt den Arbeitnehmerbegriff aus der Freizügigkeit autonom und aufgrund objektiver Kriterien.[1301]

  Gleichwohl hat der EuGH, gerade wie die Rechtssache *„Danosa"* exemplarisch zeigt, die Wertungen der Grundfreiheit auf eine Richtlinie (zwar autonome Auslegung, da in der Mutterschutzrichtlinie kein Verweis und keine eigene Definition) übertragen, weil es in der faktischen Weisungsbindung, die in jederzeitiger Abberufbarkeit resultierte, das wichtigste Merkmal sah, um jemanden im unionsrechtlichen zur Arbeitnehmerin Sinne zu machen.[1302]
- Die Sache liegt anders, wenn die Richtlinie auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verweist, in diesem Fall entscheidet das nationa-

---

1297 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (8).
1298 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (326).
1299 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (324).
1300 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 19.
1301 EuGH, 03.07.1986 – Rs. 66/85 (*„Lawrie-Blum"*), NVwZ 1987, S. 41; so auch EuGH, 19.06.2014 – Rs C-507/12 (*„Jessy Saint Prix"*), NZA 2014, S. 765–767 (766); *Junker*, EuZA 2016, S. 184–199 (189); *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (324).
1302 Darauf hinweisend: *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (326), weitere Hinweise auf *Balkaya* und *Union syndicale Solidaires Iséres*, wo die Übertragung des Verständnisses nach Art. 45 AEUV ebenfalls stattfand; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

le Recht über den sachlichen Anwendungsbereich und der EuGH ist auf eine Umgehungs- und Missbrauchsprüfung begrenzt.[1303] Hier ist im nationalen Kontext insbesondere die Entscheidung zu den „*Rote-Kreuz-Schwestern*" hervorzuheben.[1304] Diese Entscheidung wurde in der Literatur zwiespältig aufgenommen. Zwar konnte man sich damit anfreunden, dass die DRK-Schwestern eigentlich Arbeitnehmer/innen waren und demzufolge die Leiharbeitsrichtlinie Anwendung finden sollte, gleichwohl gab es Stimmen, die die Entscheidungsfindung selbst als eine einzige Kompetenzüberschreitung hinsichtlich der Begriffsbildung ansahen.[1305] Hier lag das Grundproblem etwas anders als bei „*Danosa*", denn in der Leiharbeitsrichtlinie gibt es in Art. 3 Abs. 1 lit. a) einen Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff des jeweiligen Mitgliedstaates.

– Nach der früheren Rechtsprechung des BAG und einer überwiegenden Meinung in der Literatur waren die „*Rot-Kreuz-Schwestern*" keine Arbeitnehmer/innen.[1306] Das sah der EuGH anders und in diesem Zuge revidierte das BAG „*in unionsrechtskonformer Auslegung*" diese jahrelange Rechtsprechung mit der Folge, dass DRK Schwestern nunmehr als Arbeitnehmerinnen zu sehen sind.[1307]

Diese Überlegungen zeigen, der Arbeitnehmerbegriff des EuGH wie er ihn seit Lawrie-Blum auslegt und entwickelt, wirkt sich auf alle Rechtssetzungsakte aus. Die aufgezeigten unterschiedlichen Ansätze bilden Divergenzen im europäischen und nationalen Arbeitsrecht, die letztlich dazu führen, dass nicht klar beantwortet werden kann, ob eine Person, die nach nationalem Recht nicht Arbeitnehmerin wäre, nach europäischem Arbeitsrecht nicht doch als Arbeitnehmerin zu sehen ist, soweit sie diesen Anspruch durch einen europäischen Rechtsakt begründet.

1303 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (326); *Wank*, EuZW, S. 21–30 (27).

1304 Im internationalen Kontext die Rechtssache „*O' Brien*", dazu sogleich.

1305 Die Entscheidung des EuGH billigend: *Schmitt*, ZESAR 2017, 167–175 (173); klare Kompetenzüberschreitung: *Temming*, SR 2016, S. 158–169 (165); *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (22); *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (327); ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 20.

1306 *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (27) mit Verweis auf *Reichelt*, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern, 2000, S. 38 ff.; *Weber*, Ist die Rotkreuzschwester Arbeitnehmerin ihrer Schwesternschaft, 2009, S. 2 ff.

1307 BAG, Urteil vom 21.02.2017–1 ABR 62/12, NZA 2017, S. 662–667.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Der tätigkeitsbezogene, dichotome Ansatz des EuGH

Des Weiteren stellt der EuGH mit seiner eigenen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes nicht zwingend auf den Rechtsgrund *Arbeitsverhältnis* ab, sondern lässt eine *arbeitsgleiche Tätigkeit* genügen.[1308] Damit können Rechtsverhältnisse, die auf Status beruhen wie Beamte, auf gesellschaftsrechtlichen Gründen oder auf privaten Dienstverhältnissen, dennoch dem Arbeitnehmerbegriff nach Unionsrecht unterfallen.[1309]

Dieser tätigkeitsbezogene Ansatz geht einher mit einer weiten Auslegung der Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes. Neben der Weisungsbindung – die bereits eine faktische Weisungsbindung sein kann (s.o.) – und der Eingliederung, soll es auch auf eigene unternehmerische Chancen und Risiken ankommen. Das unterscheide Arbeitnehmer/innen, die Arbeitnehmerfreizügigkeit genössen von Selbstständigen, die sich auf die Dienst-/Niederlassungsfreiheit berufen können.[1310]

Der EuGH legt dabei eine teleologische Begriffsbildung zugrunde, die nach dem Schutzzweck der Regelung fragt.[1311] Das liegt schlicht daran, dass die Gesetzgebungsakte des Europarechts aus Einzelregelungen mit persönlichem und sachlichem Anwendungsbereich bestehen – mit Argumenten zur Systematik kommt man bei „Einzelfallgesetzen" nicht weiter, auch ist bei 27 unterschiedlichen Sprachverständnissen der Hinweis auf den Wortlaut relativ; da bleibe nicht viel anderes übrig als nach dem Schutzzweck zu fragen.[1312] Der zugrundeliegende Syllogismus bei teleologischem Vorgehen wäre: Eine Richtlinie betrifft Arbeitsrecht. Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht.[1313] Folglich ist Zweck der Richtlinie der Arbeitnehmerschutz. Diesen gilt es durchzusetzen und dabei hilft, dass der EuGH die Merkmale Weisungsbindung und Eingliederung, weit auslegt sowie die Unterschiede zwischen den Rechtsgrundlagen, aufgrund derer

1308 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (163).
1309 EuGH, 14.10.2010 – Rs. C-243/09 („Fuß"); EuGH, 04.12.2014 – Rs. C-413/13, zitiert nach juris Rn. 33 („*FNV Kunsten Informatie en Media*"); EuGH 11.11.2010, Rs.C-232/09, NJW 2011, S. 2343–2347, Rn. 46 („*Danosa*"); EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZG 2016, S. 1432–1437 („*Rot-Kreuz-Schwestern*"/"*Ruhrlandklinik*").
1310 *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (29).
1311 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (4); *Heuschmidt/Hlava*, AuR 2015, S. 193–195 (193) Anm. zu EuGH, 04.12.2014, Rs. C-413/13 „*FNV Kunsten Informatie en Media*".
1312 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (7).
1313 *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (24).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

die Personen tätig werden, „*mühelos überbrückt*".[1314] Der EuGH kommt so einfacher vom Anschein zum Sein: „*Arbeitnehmer ist, wer unter den personellen Schutz der jeweiligen Regelung fallen sollte – sei er auch im allgemeinen Sprachgebrauch Organmitglied oder Beamter.*"[1315]

Das führt zu einer weiteren Besonderheiten gegenüber dem nationalen Arbeitnehmerbegriff, denn es deutet sich an, dass der EuGH nur eine Dichotomie zwischen abhängiger Arbeit und selbstständiger Tätigkeit kennt; so tendiert er dazu, wirtschaftlich abhängige Selbstständige eher der abhängigen Arbeit zuzuordnen als der selbstständigen Tätigkeit.[1316] In der Kritik dazu heißt es, dass der EuGH damit die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person, wo es sich dem Grunde nach um Selbstständige handelt, die aber wirtschaftlich abhängig sind, nicht anerkennt.[1317] Nun, das ist nicht ganz richtig, aber auch nicht ganz falsch, also muss es differenzierter erläutert werden.

In mehreren Mitgliedstaaten gibt es eine Kategorie zwischen Arbeitnehmer/innen und „echten" Selbstständigen.[1318] Das deutsche und österreichische Arbeitsrecht kennen arbeitnehmerähnliche Personen, das italienische die Parasubordinazione.

Das Problem ist auch im Unionsrecht bekannt, so wird es angesprochen im Grünbuch der Kommission vom 22.11.2006 zum Arbeitsrecht; gleichwohl lehnte die Kommission in der Anhörung zum Grünbuch die Einführung einer Zwischenkategorie des „wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmer" ab.[1319] Jüngere Bestrebungen den Schutz auszuweiten, wie die ESSR oder die Richtlinie 2019/1152, greifen wirtschaftlich abhängige Selbstständige nicht konkret auf. Wie behandelt der EuGH daher wirtschaftlich abhängige Selbstständige? Der EuGH wiederholt in mehreren Urteilen, die Einstufung „selbstständiger Leistungserbringer" nach innerstaatlichem Recht schließe nicht aus, dass „*eine Person als „Arbeitnehmer" im Sinne des Unionsrechts einzustufen ist, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv ist und*

1314 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (164).
1315 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (8).
1316 *Wank*, EuZW 2018, S. 21–30 (29); Temming, SR 2016, S. 158–168 (163).
1317 Deutlich: *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (163); andeutend: *Junker*, EuZA 2016, S. 184–205 (196).
1318 *Rebhahn/Reiner* in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, § 153 AEUV Rn. 12; *Rebhahn*, RdA 2009, S. 236–253.
1319 *Rebhahn/Reiner* in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, § 153 AEUV Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

damit ein tatsächliches Arbeitsverhältnis verschleiert“[1320].[1321] Hier sind jedoch zwei Dinge klar voneinander zu trennen: Die Scheinselbstständigkeit und das Institut der arbeitnehmerähnlichen Person. Scheinselbstständige sind Arbeitnehmer/innen nach nationalem und europäischem Arbeitsrecht. Arbeitnehmerähnliche Personen sind nicht scheinselbstständig. Dieser Eindruck wird aber gerade bei der EuGH Entscheidung FNV Kunsten Informatie Media erweckt, wenn es dort heißt:

> „[Ein] *Dienstleistungserbringer* [verliert] *seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist.*[1322] [eingefügt aus grammatikalischen Gründen, Anm. d. Verf.]

Das klingt sehr nach der arbeitnehmerähnlichen Person und bliebe unproblematisch, wenn der EuGH dann nicht von der fiktiven Selbstständigkeit spräche, was er einen Abschnitt später dann tut (s.o.).[1323] Nach der nationalen Dogmatik schlägt er hier wegen der Gleichsetzung von Arbeitnehmerähnlichkeit und Scheinselbstständigkeit über die Stränge. Dies geschieht ohne Not, denn auch arbeitnehmerähnliche Personen können dem europäischen Arbeitnehmerbegriff unterfallen.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass das europäische Arbeitsrecht auch Arbeitende zum Arbeitnehmer/innen im unionsrechtlichen Sinne machte, die weniger mit dem Arbeitnehmerbegriff im nationalen Recht gemein hatten, als die arbeitnehmerähnliche Person.[1324]

Arbeitnehmerähnliche Personen sind dem Grunde nach den Selbstständigen zuzuordnen, jedoch sind sie eben ähnlich Arbeitnehmer/innen wirtschaftlich abhängig ohne dabei persönlich abhängig zu sein.[1325] Inwieweit

---

1320 EuGH, 13.01.2004 – Rs. C-256/01, Rn. 71 „*Allonby*“; EuGH, 4.12.2014 Rs. C-413/13, Rn. 35 „*FNV Kunsten Informatie en Media*“. Abrufbar auch unter: https://curia.europa.eu (abgerufen am 02.04.2020).

1321 *Junker*, EuZA 2016, S. 184–206 (195).

1322 EuGH, 4.12.2014 Rs. C-413/13, Rn. 33 „*FNV Kunsten Informatie en Media*“.

1323 *Junker*, EuZA 2016, S. 184–206 (196).

1324 Siehe die Entscheidungen „*Danosa*“, EuGH 11.11.2010, Rs.C-232/09, NJW 2011, S. 2343–2347 und „*Balkaya*“, EuGH, Urteil vom 09.07.2015 – C-229/14 –, juris.

1325 Siehe nur *Wank*, EuZA 2018, S. 21–30 (29); *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (163).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihnen Schutz durch das Arbeitsrecht zukommt, hängt im nationalen Recht davon ab, ob sie im jeweiligen Gesetz bedacht wurden. Ob sie nach dem europäischen Arbeitsrecht einzubeziehen sind, kann nicht pauschal beantwortet werden.[1326] Man wird vielmehr nach dem Zweck der betroffenen Regelung fragen müssen und danach begründen, ob diese Untergruppe der Selbstständigen den Schutz der jeweiligen Regelung braucht.[1327] Andere sehen bereits, dass der EuGH wirtschaftlich abhängige Personen – zu denen auch die arbeitnehmerähnliche Person gehört – pauschal als schutzbedürftige Gruppe wahrnimmt.[1328]

4. Die Richtlinie 2019/1152 und ihre möglichen Auswirkungen auf Crowd Worker

a) Schaffung der Richtlinie

Die Richtlinie **2019/1152** über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen der Europäischen Union ersetzt die Nachweisrichtlinie, die in der Bundesrepublik durch das Nachweisgesetz umgesetzt wurde. Sie soll gemäß Artikel 25 spätestens bis 01.08.2022 umgesetzt sein und das Nachweisgesetz ablösen. Die Nachweisrichtlinie ist fast 30 Jahre alt und ihr Hauptzweck war es, Arbeitnehmer/innen ein Schriftstück an die Hand zu geben, zu welchen Bedingungen ihr Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis zustande kam.[1329]

Gemäß einer durch die Europäische Kommission beauftragten Evaluation, sei der Zweck der Nachweisrichtlinie, nämlich Arbeitnehmerschutz und eine größere Transparenz, signifikant erreicht worden.[1330]

Gleichwohl ergab die Evaluation auch, dass die Wirksamkeit gerade in Hinblick auf Ausnahmen und Einschränkungen beim nationalen Arbeit-

1326 *Wank*, EuZA 2018, S. 21–30 (29); *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, S. 58.

1327 *Wank*, EuZA 2018, S. 21–30 (29).

1328 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (168).

1329 Dazu: *Däubler*, NZA 1992, S. 577–585; aktuell: *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47; *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168.

1330 European Commission, Commission Staff Working Document, SWD (2017) 205 final, S. 3 ff. „…the Directive has been effective in reaching its objectives of protecting workers and achieving greater transparency on the labour market to a significant extent."

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nehmerbegriff, beeinträchtigt werden kann.[1331] Neue Erwerbsformen und Arbeitsorganisationen verstärken das „Problem" des Arbeitnehmerbegriffes, so dass die Kommission die Notwendigkeit der Schaffung einer neuen Richtlinie sah, die gemäß ihres Erwägungsgrundes (4) die Wirksamkeit des Schutzes für Arbeitnehmer/innen steigern könnte:

> „*Seit dem Erlass der Richtlinie 91/533/EWG* [Nachweisrichtlinie Anm. d. Verf.] *hat es auf den Arbeitsmärkten…tiefgreifende Veränderungen gegeben…Einige neue Arbeitsformen unterscheiden sich erheblich von herkömmlichen Arbeitsverhältnissen im Hinblick auf ihre Vorhersehbarkeit und führen so aufseiten der Arbeitnehmer zu Ungewissheit bezüglich der geltenden Rechte und des sozialen Schutzes.*"

Die neue Richtlinie 2019/1152, die man auch Transparenz- oder Arbeitsbedingungenrichtlinie nennen kann, zielt des Weiteren darauf, einen Beitrag zu der „Europäischen Säule Sozialer Rechte" (ESSR) zu leisten.[1332] Bei der ESSR handelt es sich im Grunde um eine Reihe von Bekenntnissen der Kommission, des Rates und Parlamentes zur „Errichtung einer stärker inklusiven und faireren Europäischen Union"; der damalige Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker proklamierte die ESSR 2017 auf dem Göteborger Sozialgipfel.[1333] Es handelt sich dabei um 20 Grundsätze, die in drei Abschnitte unterteilt sind, 1. Chancengleichheit und Arbeitsmarktzugang, 2. Faire Arbeitsbedingungen und 3. Sozialschutz und soziale Inklusion. Die Richtlinie 2019/1152 ist ein Beitrag zur Umsetzung der ESSR, insbesondere des Abschnittes zu fairen Arbeitsbedingungen.

Dort heißt es unter 5. der ESSR „*Beschäftigungsverhältnisse, die zu prekären Arbeitsbedingungen führen, werden unterbunden, unter anderem durch das Verbot des Missbrauchs atypischer Verträge*", weiter heißt es unter 6. der ESSR „*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben das Recht auf eine gerechte Entlohnung, die ihnen einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht*", sowie unter 7. der ESSR „*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben das Recht,*

1331 European Commission, Commission Staff Working Document, SWD (2017) 205 final, S. 3 ff. „Nevertheless, the evaluation has identified several factors hampering full effectiveness. In particular, the scope of the Directive is somewhat problematic. It does not cover all workers in the EU as it allows some noteworthy exemptions and gares Member States the possibility to define whom they consider as 'a paid employee' (i.e. to whom the Directive applies).

1332 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (36); *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1162).

1333 Informationen abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_de, (abgerufen am 30.03.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

am Beginn ihrer Beschäftigung schriftlich über ihre Rechte und Pflichten informiert zu werden, die sich aus dem Beschäftigungsverhältnis ergeben, auch in der Probezeit. Bei jeder Kündigung haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das Recht, zuvor die Gründe zu erfahren, und das Recht auf eine angemessene Kündigungsfrist.".

Die Umsetzung der ESSR ist für die Mitgliedstaaten, aber auch für die Organe der EU nicht verbindlich, stattdessen ist Letzteren vorbehalten, entsprechende Maßnahmen in Form von Rechtssetzungsakten zu verabschieden, die eine Umsetzung der Grundsätze vorantreiben.[1334] Hierfür wird die ESSR kritisiert. Sie ist im Gegensatz zur EU-Grundrechtecharta, die Unionsorgane und Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung europäischen Rechts bindet, für die Mitgliedstaaten nicht verpflichtend sowie vage und allgemein formuliert, so dass die Vorgaben so interpretiert werden können, dass die Mitgliedstaaten sie bereits erfüllen.[1335] Wie die Richtlinie 2019/1152 zeigt, hat die ESSR jedoch Einfluss auf die Sekundärgesetzgebung der EU. Diese Hoffnung war auch mit ihr verbunden; ebenso wird erwartet, dass sie auf die Urteilsfindung des EuGH wirken kann, wie es bereits bei der EU-Grundrechtecharta der Fall war, bevor diese in den Vertrag von Lissabon integriert wurde.[1336]

In der Richtlinie 2019/1152 nahm der europäische Gesetzgeber erhebliche Änderungen vor, so dass er – wie sich aus dem Erwägungsgrund (51) ergibt – anstelle der Änderung der Nachweisrichtlinie eine neue Richtlinie schuf.[1337]

b) Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2019/1152

Artikel 1 der RL 2019/1152 enthält Zweck, Gegenstand und Anwendungsbereich. Nach Art. 1 Abs. 1 ist der Zweck, die Arbeitsbedingungen zu verbessern, indem eine transparentere und vorhersehbarere Beschäftigung gefördert und zugleich die Anpassungsfähigkeit des Arbeitsmarktes gewährleistet wird. Im Anschluss daran wird in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt, dass die Mindestrechte

---

1334 https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_de, (abgerufen am 30.03.2020).
1335 *Seikel*, Policy Brief WSI Nr. 17, 11/2017, S. 7 mwN.
1336 *Seikel*, Policy Brief WSI Nr. 17, 11/2017, S. 8 f.
1337 *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1162).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„…für jeden Arbeitnehmer in der Union gelten, der nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht, wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen ist.“

aa) Auslegung durch die Mitgliedstaaten?!

In dieser Regelung steckt viel Konfliktpotential, der aus den oben dargelegten Divergenzen zwischen dem nationalen und unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff herrührt. Dem Grunde nach handelt es sich dabei um eine Regelung, die den Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich nach ihrem nationalen Recht überlässt. Das muss aber nicht bedeuten, dass es der EuGH in Vorlagefragen bei der nationalen Begriffsbestimmung belässt. Die im nationalen Kontext besprochene Entscheidung zur Arbeitnehmereigenschaft der Rot-Kreuz-Schwestern zeigt, dass der EuGH auch bei Verweisen auf das nationale Recht, dennoch sein weites Begriffsverständnis anlegt. Es scheint, als ob die von vielen Kritiker/innen dabei konstatierte Kompetenzüberschreitung (s.o.), für die hiesige Richtlinie so nicht mehr besprochen werden müsste, denn nun steht in der Richtlinie der klare Hinweis, dass die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sei. Ob es tatsächlich so einfach ist, soll ein Blick in den Gesetzgebungsprozess zeigen:

In der ursprünglichen Fassung wollten Kommission und Parlament an unionsautonomes Begriffsverständnis zugrunde legen, allerdings war der Rat dagegen.[1338] Im Kommissionsvorschlag hieß Art. 1 Abs. 2 noch so: *„In dieser Richtlinie werden die Mindestrechte festgelegt, die für jede Arbeitnehmerin und jeden Arbeitnehmer in der Union gelten.“*[1339]

Nach der Abänderung durch den Rat hieß es in Art. 1 Abs. 2:

> *„In dieser Richtlinie werden Mindestrechte festgelegt, die für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Union gelten, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.“*

1338 *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163); Ratsdokument 10299/18 vom 21.06.2018, Art. 1 Abs. II; 10054/18 vom 14.06.2018, S. 4 f.

1339 COM 2017, 797 final, S. 9. Abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/00/67/EU_06770/imfname_10775435.pdf, abgerufen am 30.03.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Dissens könnte offenkundiger kaum sein, während Kommission und Parlament eine unionsautonome Bestimmung anstrebten, schlug der Rat eine Regelung rein nach dem Begriffsverständnis der jeweiligen Mitgliedstaaten vor.

Der Konsens mündete schließlich in der Regelung, wie sie verabschiedet wurde.[1340]

Was bedeutet das aber nun?

Zunächst muss man sagen, dass die zentrale Abgrenzung, wer unter den Arbeitnehmerbegriff falle, vorrangig nach der Definition des nationalen Rechts zu bestimmen ist.[1341] Allerdings stellt der wörtliche Hinweis auf die zu beachtende Rechtsprechung des EuGH (die ohnehin zu beachten wäre) eine inkorporierte Auslegungsschranke dar.[1342]

Wie das zu verstehen ist, kann unterdessen nur mit Zuhilfenahme der Erwägungsgründe verständlicher werden. Im Erwägungsgrund (8) der Richtlinie, ist die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff erwähnt. Dort wird in der Fußnote des Erwägungsgrundes (8) auf den Arbeitnehmerbegriff in den Entscheidungen *Lawrie-Blum*, *Union syndicale Solidaires Isére*, *Balkaya*, *Kunsten* und die *DRK-Schwesternschaft* verwiesen. Das kann durchaus Fragen aufwerfen, denn in diesen Entscheidungen ist der EuGH von einem überwiegend unionsrechtlich autonomen Begriffsverständnis ausgegangen; das ist genau das Gegenteil zu dem Verweis von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie auf die nationalen Regelungen.[1343] *Kolbe* stellt dabei fest, dass es damit auf die erste gesetzliche Definition des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes, den europäischen § 611a BGB, hinausgelaufen wäre.[1344] *Henssler/Pant* haben dabei ein Redaktionsversehen entdeckt: Der Verweis auf die Entscheidungen des EuGH bezog sich ursprünglich auf den Kommissionsvorschlag, der von einem autonomen unionsrechtlichen Begriffsverständnis ausging.[1345]

Während sich im Gesetzgebungsprozess der betreffende Artikel der Richtlinie und auch der Erwägungsgrund änderten, blieb die Fußnote mit dem Hinweis auf die besagte Rechtsprechung stehen. Dies macht die Diskrepanz zwischen dem Erwägungsgrund und Anwendungsbereich

1340 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (37).
1341 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329); *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163).
1342 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (328).
1343 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329).
1344 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (37).
1345 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verständlicher. Im Übrigen dienen Erwägungsgründe als Auslegungshilfe und haben hinter dem verfügenden Teil einer Richtlinie zurückzustehen, wie sie ihm widersprechen.[1346] Damit ist nicht per se von einem unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff bei Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie auszugehen, gleichzeitig sind die Mitgliedstaaten nicht völlig frei, sondern unterliegen einer „*Prüfungsreserve*" durch den Gerichtshof, denn ihm obliegt die verbindliche Entscheidung über die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie.[1347] Am Ende läuft es doch auf einen persönlichen Anwendungsbereich hinaus, der sich am unionsrechtlich bestimmten Arbeitnehmerbegriff, ausrichtet.[1348]

Einige sehen in dieser Frage kaum praktische Relevanz, denn auch beim Abstellen auf das jeweilige nationale Begriffsverständnis, können die Mitgliedstaaten die Anwendung nicht ausnahmslos auf Arbeitsvertragsparteien begrenzen.[1349] Dies folgt zum einen aus der Richtlinie selbst, aber auch aus der bereits ergangenen Rechtsprechung. Gerade in Hinblick auf Art. 1 Abs. 2 RL 2019/1152 ist die Rechtssache „*O'Brien*" interessant.[1350] Dort ging es um den Anwendungsbereich der Teilzeitrichtlinie und der ihr angehängten Rahmenvereinbarung für einen „Teilzeitrichter". Dies ist eine Besonderheit im britischen Recht. Es handelt sich bei dieser Art Richtern um sog. *Recorder*, die sich von anderen Richtern darin unterscheiden, dass sie auf der Basis von Tagesgebühren vergütet werden und kein Gehalt im klassischen Sinne beziehen. Ihre Tagesvergütung beträgt 1/20 des Gehalts eines in Vollzeit tätigen *Circuit Judge* (Bezirksrichter). Im Gegensatz zu den Vollzeitrichtern haben *Recorder* keinen Anspruch auf eine Altersrente. Der Richter *O'Brien* klagte darauf, dass er Anspruch auf eine Altersrente habe, weil eine Verweigerung derer zu einer Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten führe, zu denen er gemäß der Teilzeitrichtlinie gehöre. Der Antragsgegner, das Vereinigte Königreich Großbritannien, sah ihn ihm einen „Amtsträger", der nicht in einem Arbeitsverhältnis stehe, womit die Teilzeitrichtlinie nicht anwendbar sei.

Die Rahmenvereinbarung der Teilzeitrichtlinie formuliert den Anwendungsbereich ähnlich wie die RL 2019/1152, denn es heißt in § 2 Nr. 1

1346 *Sagan*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 1.97; *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329).

1347 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329); Maul-Sartori, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163).

1348 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (37).

1349 *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163).

1350 EuGH, 01.03.2012, Rs. C-393/10, abrufbar unter: http://curia.europa.eu/juris (abgerufen am 30.03.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> *„Die vorliegende Vereinbarung gilt für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen."*

Der EuGH stellte dabei fest, dass die Auslegung über den Anwendungsbereich der Richtlinie grundsätzlich dem Mitgliedstaat obliege, jedoch ist das *„den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie 97/81 eingeräumte Ermessen bei der Definition der in der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit verwendeten Begriffe …nicht unbegrenzt."*; es komme dabei darauf an, ob die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gewahrt werden.[1351] Ob ein Rechtsverhältnis in den Anwendungsbereich einzubeziehen sei, hänge auch davon ab, ob es erheblich anders ausgestaltet ist, als dasjenige, das zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten bestehe, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören.[1352]

Ziel war es, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gegen „beliebige Ausnahmen" – wie im geschilderten Fall *„O'Brien"* – abzusichern, gleichwohl wäre das richtige methodische Vorgehen gewesen, den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten mit Blick auf die Unionsgrundrechte, den Gleichheitssatz und dem Schutzzweck der Richtlinie zu ziehen.[1353]

Dies lässt vermuten, dass bei einem Rechtsstreit bzgl. der Richtlinie 2019/1152 ein weites Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes angelegt würde.

bb) Konkreter persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2019/1152

Zu welchem Anwendungsbereich führt das in der Richtlinie 2019/1152?

Unproblematisch sind die Arbeitnehmer/innen, die einen Arbeitsvertrag haben, als solche bezeichnet werden und solche sind in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2019/1152 einzubeziehen. Wie immer bereitet der Anwendungsbereich an den Rändern Schwierigkeiten.

Wie die oben genannten Erwägungen aber gezeigt haben, ist das nationale Gericht nicht völlig frei darin, nur Arbeitnehmer/innen nach na-

---

1351 EuGH, 01.03.2012, Rs. C-393/10, Rn. 34 abrufbar unter: http://curia.europa.eu/juris (abgerufen am 30.03.2020).

1352 EuGH, 01.03.2012, Rs. C-393/10, Rn. 42 abrufbar unter: http://curia.europa.eu/juris (abgerufen am 30.03.2020).

1353 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (37).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionalem Recht in den Schutzbereich der Richtlinie einzubeziehen. Das Unionsrecht ist zu berücksichtigen und so kann es durchaus zu einem weiten Arbeitnehmerbegriff kommen. In solchen Fällen wird auch von einer „*semi-autonomen Begriffsbestimmung*" gesprochen.[1354] Ob jemand unter den Schutz der Richtlinie fällt, wird sich daher daran messen lassen müssen, ob er/sie *wie ein Arbeitnehmer* schutzwürdig ist. Hier sind wir wieder bei dem oben Gesagtem: Es wird dabei nicht ausschließlich auf die *persönliche Abhängigkeit* und auch nicht auf einen *Arbeitsvertrag* ankommen, eine irgendwie geartetes Unterordnungsverhältnis könnte ausreichen, ebenso wie wirtschaftliche Abhängigkeit, wenn den unternehmerischen Risiken keine Chancen gegenüberstehen. *Maul-Sartori* sieht dabei die „*üblichen Verdächtigen*" in der Prüfung: Beamte, GmbH-Geschäftsführer, Praktikanten, Menschen in Behindertenwerkstätten, DRK-Schwestern.[1355] Aber ausweislich des Erwägungsgrundes zu (8) können auch andere dazukommen, wie „*Arbeitnehmer, die auf Abruf, intermittierend, auf der Grundlage von Gutscheinen und auf Online-Plattformen beschäftigt sind…*".

Ausgeschlossen sind tatsächlich selbstständige Personen, da sie gemäß des Erwägungsgrundes zu (8) „*die Kriterien nicht erfüllen.*". Besonders berücksichtigt sind dort auch Scheinselbstständige, es heißt: „*Wenn eine Person die typischen Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitsverhältnisses erfüllt, aber als selbstständig erwerbstätig bezeichnet wird, um bestimmte rechtliche und steuerliche Verpflichtungen zu umgehen, liegt Scheinselbstständigkeit vor. Diese Personen sollten in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen. Die Ermittlung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses sollte sich an den Fakten orientieren, die sich auf die tatsächliche Arbeitsleistung beziehen und nicht an der Beschreibung des Verhältnisses seitens der Parteien.*"

Dies zeigt, dass sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Rechtsverhältnisse erstreckt, dem Arbeitsvertragsverhältnis wesensgleich sind. Wobei das nicht heißen muss, dass dem eine im nationalen Recht vorzunehmende Zuordnung zu einem anderen Rechtsverhältnistypus entgegenstünde.[1356]

Art. 1 Abs. 3 und 4 der RL 2019/1152 enthalten Öffnungsklauseln hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches zugunsten der Mitgliedstaaten.

Nach Art. 1 Abs. 3 der RL 2019/1152 obliegt es den Mitgliedstaaten Menschen in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen, de-

1354 *Brose*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Befristungsrecht Rn. 13.22.
1355 *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163).
1356 *Maul-Sartori*, NZA 2019, S. 1161–1168 (1163).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren festgelegte und tatsächlich geleistete Arbeitszeit in einem Referenzzeitraum von vier aufeinanderfolgenden Wochen im Durchschnitt nicht mehr als drei Stunden wöchentlich beträgt. Das kann man als Bagatellgrenze ansehen, die so geringfügig ist, dass sie eine Anwendung der Richtlinie offen lässt.

Recht unscheinbar, aber für Arbeit in der Plattformökonomie, hoch interessant, ist Art. 1 Abs. 4 der RL 2019/1152, denn er stellt die Ausnahme vom vorhergehenden Abs. 3 dar. Die Ausnahme, den Anwendungsbereich im Rahmen einer Bagatellgrenze einzuengen, gilt nicht für Arbeitsverhältnisse, bei denen vor dem Beschäftigungsbeginn kein garantierter Umfang bezahlter Arbeit festgelegt ist. Damit zeigt die Richtlinie auf, dass sie das schützen will, wofür sie geschaffen wurde: Atypische Beschäftigung wie Plattformarbeit, Nullstundenverträge und Arbeit auf Abruf, wo oftmals keine garantierte Mindestvorgabe bezahlter Stunden vereinbart ist. Die Art. 1 Abs. 5–8 enthalten die Regelung, dass Arbeitgeber die Verpflichtung aus der Richtlinie delegieren dürfen sowie weitere Bereichsausnahmen.

c) Inhalte der Richtlinie 2019/1152 in Bezug auf Crowd Worker

Wie bereits an mehreren Stellen angeklungen ist, hat der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung der Richtlinie auch arbeitende Menschen auf Online-Plattformen im Blick gehabt.[1357]

aa) Persönlicher Anwendungsbereich

Da die hiesige Prüfung für die Plattformen clickworker und Roamler dazu kommt, dass die dort tätigen Crowd Worker Arbeitnehmer/innen sein können, wird die Richtlinie, bzw. das entsprechend umgesetzte Gesetz umfassend auf sie angewendet werden können.

Die Plattformen Roamler und clickworker zeichnen sich durch eine hohe Weisungsdichte und Fremdbestimmung aus. Das trifft nicht auf alle Crowd Work Plattformen zu. Dennoch könnten auch Crowd Worker anderer Plattformen in den Anwendungsbereich fallen.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person von hohem Interesse. Könnten etwa Crowd Worker, wenn sie als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, also von einer

1357 So auch *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (40).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Plattform wirtschaftlich abhängig sind, unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Wirtschaftlich abhängige Selbstständige sind in der Richtlinie nicht erwähnt. Es heißt im Erwägungsgrund (8), dass die Richtlinie gerade nicht auf „*Personen, die tatsächlich selbstständig sind*" anzuwenden sei. Weiter ist dort dann zu lesen, dass der „*Missbrauch des Status der selbstständigen Erwerbstätigkeit*", eine Form der falsch deklarierten Erwerbstätigkeit darstelle – mithin Scheinselbstständige – unter die Richtlinie fallen. Hier sind wir wieder bei der Divergenz zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und der Scheinselbstständigkeit. Sie muss jedoch nicht unerträglich bleiben. Der Wortlaut, der „*tatsächlich*" selbstständige Personen von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt, könnte gegen die Anwendbarkeit auf die arbeitnehmerähnliche Person sprechen. Denn die arbeitnehmerähnliche Person ist selbstständig. Sie ist aber *tatsächlich* auch wirtschaftlich abhängig. Ob die Richtlinie auf sie Anwendung findet, richtet sich nach dem Schutzzweck der Richtlinie. Der Schutzzweck der Richtlinie sind transparente und fairere Arbeitsbedingungen; diese treffen wirtschaftlich abhängige Selbstständige ebenso wie Arbeitnehmer/innen. Ähnlich wie Arbeitnehmer/innen haben arbeitnehmerähnliche Personen einen erhöhten Schutzbedarf über Mindestarbeitsbedingungen unterrichtet zu werden und Durchsetzungsinstrumente an die Hand zu bekommen. Der Umstand fehlender Planungssicherheit macht sie ja zu arbeitnehmerähnlichen Personen. Diese Planungssicherheit ist in der Richtlinie aber besonders hervorgehoben, denn ihr geht es an mehreren Stellen um eine bessere Vorhersehbarkeit (Erwägung (4), (8), (30), (43)) und diese ist gerade bei wirtschaftlicher Abhängigkeit geboten. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass der Erwägungsgrund (8) die Scheinselbstständigen dem Schutz der Richtlinie unterstellt. Diese sind nämlich Arbeitnehmer/innen und zwar auch nach nationalem Recht. Die Einbeziehung kann somit auch als Klarstellung gedeutet werden, dass Umgehungen schlicht nicht geduldet werden. Eine Einengung des Anwendungsbereiches kann darin nicht gesehen werden.

Ob in Heimarbeit Beschäftigte von der Richtlinie umfasst werden, wird die Umsetzung zeigen. Dafür sprechen die gleichen Gründe, wie für die Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Person sprechen.

bb) Sachlich relevante Inhalte für Crowd Worker

Nach dem personellen Anwendungsbereich in Art. 1 und den Begriffsbestimmungen in Art. 2 der RL 2019/1152, folgt eine „*bunte Regelungsvielfalt*

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hochgradig heterogen ausgestalteter Einzelfallbestimmungen".[1358] Die erste für Crowd Worker inhaltlich interessante Regelung ist in Art. 3 zu sehen, wonach der Arbeitgeber die aus der Richtlinie erforderlichen Informationen schriftlich bereitzustellen habe, wobei diese Informationen nicht zwingend in Papierform bereitgestellt werden müssen, sondern auch in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen und zu übermitteln sind, wobei dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Speicherung möglich sein muss. Crowd Workern könnten die Informationen über die App oder in ihrem personalisierten Nutzerkonto zugänglich gemacht werden, dort könnten sie abgespeichert werden und eine Übermittlungs- und Empfangsbestätigung könnte an die Plattform automatisiert geschickt werden. Ob freilich damit sichergestellt würde, dass Crowd Worker ihre Rechte auch kennen, ist wie immer im Fall der Kenntnisnahme von Rechten fraglich (Stichwort: Clickwrapping). Das zweite Kapitel der Richtlinie (Artikel 4 – 7) enthält formale Pflichten des Arbeitgebers, Arbeitnehmer/innen über die wesentlichen Aspekte ihrer Arbeit zu unterrichten. Das dritte Kapitel der Richtlinie umfasst den Kern der Regelungen über die Mindestanforderungen. Art. 8 betrifft Regelungen über die Probezeit und Art. 9 Regelungen zur Mehrfachbeschäftigung; beides dürfte bei Crowd Work nur nebensächlich relevant werden.

In Art. 10 der Richtlinie wird eine Mindestvorhersehbarkeit bei völlig oder größtenteils unvorhersehbaren Arbeitsmustern (Begriff Art. 2 lit. c Organisationsform der Arbeitszeit nach einem bestimmten Schema, das vom Arbeitgeber festgelegt wird) festgelegt. Auf den ersten Blick passt die Regelung nicht zu den üblichen Crowd Work Modellen auf Online Plattformen, denn bei dieser Arbeitsorganisationsform wird eben nichts abgerufen, Crowd Worker werden nicht im herkömmlichen Sinne „verpflichtet", ihnen wird keine Schicht oder ähnliches zugeteilt. Die Regelung bezieht sich dem Grunde nach auf Abrufarbeitsverträge oder Null-Stunden-Verträge. Wie wir jedoch oben gesehen haben, sind Geschäftsmodelle der online Crowd Work darauf nicht angewiesen.

Hierbei könnte jedoch Art. 11 der Richtlinie helfen; danach haben die Mitgliedstaaten, wenn sie Abrufverträge oder *ähnliche Arbeitsverträge* erlauben, die Pflicht eine der drei folgenden Maßnahmen zu ergreifen, um missbräuchliche Praktiken zu unterbinden:

a) Beschränkungen der Anwendung und Dauer von Abrufverträgen und ähnlichen Arbeitsverträgen;

1358 *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (329).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) eine widerlegbare Vermutung, dass ein Arbeitsvertrag mit einem garantierten Mindestumfang bezahlter Stunden ausgehend von den in einem bestimmten Zeitraum durchschnittliche geleisteten Stunden vorliegt;
c) andere gleichwertige Maßnahmen, mit denen missbräuchliche Praktiken wirksam verhindert werden können.

Hier könnte eine Schutzmaßnahme für Crowd Work implementiert werden. Wie wir oben gesehen haben, sind Arbeitsverträge bei Crowd Work auf Online-Plattformen insofern besonders, als sie je nach Ausgestaltung des Geschäftsmodells extrem kurz befristet sind oder qua Realofferte begründet werden, wenn Leistung und Gegenleistung über einen längeren Zeitraum ausgetauscht werden und die sonstigen Voraussetzungen des § 611a BGB vorliegen. Da Crowd Workern selten Arbeitsverträge angeboten werden, sie aber, wie in den beiden Fällen von Roamler und clickworker dargestellt, durchaus in einem Arbeitsvertragsverhältnis stehen können, müssten sie in vielen Fällen mühsam den Klageweg beschreiten, um zu ihrem Recht zu kommen. Hier könnte daher Art. 11 lit. b) der Richtlinie helfen. Zugunsten der Crowd Worker könnte dann eine gesetzliche Vermutung greifen, dass sie in einem Arbeitsverhältnis mit einem garantierten Mindestumfang bezahlter Stunden stehen, ausgehend von den in einem bestimmten Zeitraum durchschnittlich geleisteten Stunden. Das muss keine untragbaren Nachteile für die Plattformen mit sich bringen. Als Intermediäre in mehrseitigen Märkten müssen sie ohnehin beide Seiten bedienen: Crowd Worker und Crowdsourcer. Wird eine Seite auf Dauer bevorzugt, springt die andere ab und das Geschäftsmodell gerät ins Wanken. Plattformen sind darauf angewiesen, gute Crowd Worker zu haben, die die jeweiligen Arbeiten schnell und fehlerfrei absolvieren; sie sind ebenfalls auf Aufträge von Crowdsourcern angewiesen. Diese beiden Seiten werden nur dann eine erfolgreiche Interaktion haben, wenn beide Interessen auf Dauer befriedigt werden. Das heißt, Crowdsourcer wollen erledigte Arbeiten, Crowd Worker wollen diese Arbeit gegen Entgelt erledigen. Das muss die Plattform kuratieren.

Die Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages werden nur Power Crowd Worker erfüllen, sie sind aber auch diejenigen, die dann den arbeitsrechtlichen Schutz „verdienen". Damit macht es Sinn, dass zu ihren Gunsten ein Arbeitsvertragsverhältnis mit einem Mindestumfang an Stunden angenommen wird. Die Regelung betrifft nicht nur Abrufverträge, sondern auch *ähnliche* Arbeitsverhältnisse. Arbeitsverhältnisse mit Plattformen weisen durchaus Ähnlichkeiten mit dem Abrufarbeitsverhältnis aus. Die Tatsache, dass die Arbeit im virtuellen Raum verteilt wird und sich Crowd Worker die Aufgaben abholen, kann nicht dazu führen, dass gar kein Ar-

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beitsverhältnis zustande kommt. So könnte die bloße Arbeitsorganisation zur Umgehung von Arbeitsrecht führen, was ersichtlich nicht geduldet werden kann. Wie der nationale Gesetzgeber diese Regelungen im Einzelfall ausgestalten wird, ist völlig offen. Allerdings ist zu empfehlen, dass sie Arbeit auf Online-Plattformen und insbesondere die Arbeitsorganisationsform im Blick behält.

Art. 12 der Richtlinie könnte für Crowd Worker auf Online-Plattformen relevant werden, denn in Abs. 1 sollen die Mitgliedstaaten sicher stellen, dass Arbeitnehmer, wenn sie seit mindestens sechs Monaten bei demselben Arbeitgeber tätig sind, ihn um eine Arbeitsform mit vorhersehbaren und sichereren Arbeitsbedingungen ersuchen dürfen und eine begründete schriftliche Antwort zu erhalten haben. Hier könnten sich gerade die erwähnten Power Crowd Worker an die Plattform wenden, wenn sie seit mindestens sechs Monaten Aufgaben für die Plattform erledigen. Gleichwohl wird es keine Verpflichtung zur Einstellung geben können, aber zumindest muss man sich damit befassen, da die Vertragsbeziehungen verstetigt werden und auch das eine Arbeitsvertragsbeziehung mit vorhersehbaren Bedingungen rechtfertigt.

Art. 17 und 18 der Richtlinie könnten ebenfalls auf Crowd Worker Auswirkungen haben. Art. 17 der Richtlinie sieht den Schutz vor Benachteiligungen und jedweden negativen Konsequenzen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter vor, wenn sie Beschwerde beim Arbeitgeber eingereicht oder ein Verfahren angestrengt haben, um die Einhaltung der Regelungen aus der Richtlinie durchzusetzen. Für Crowd Worker könnte dies bedeuten, dass sie in keinem Fall von der Plattform deaktiviert werden dürfen oder ihre erlangte Reputation zurückgesetzt werden darf, weil sie sich bei der Plattform oder anderer Stelle über die Nichteinhaltung der Richtlinie bzw. deren Umsetzungsregelungen beschweren. Art. 18 der Richtlinie stellt dabei sicher, dass gerade Kündigungen oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung wegen in Anspruch genommener Rechte aus der Richtlinie (deren Umsetzung), zu untersagen sind.

Haben Arbeitnehmer/innen die Vermutung, dass ihnen wegen Inanspruchnahme ihrer Rechte aus der Richtlinie gekündigt worden sei, können sie vom Arbeitgeber verlangen, die hinreichend genau bezeichneten Gründe für die Kündigung zu erfahren. Es soll auch eine Art Beweislastumkehr geschaffen werden, wenn Arbeitnehmer/innen vor Gericht oder einer zuständigen Stelle Tatsachen aufführen können, dass ihnen wegen Inanspruchnahme der Rechte aus der Richtlinie gekündigt worden sei, dies zu ihren Gunsten vermutet wird und der Arbeitgeber nachweisen muss, dass die Kündigung aus anderen Gründen erfolgt ist. Für Crowd

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Worker kann diese Regelung relevant werden, wenn sie von der Plattform deaktiviert werden. Die Formulierung der Richtlinie ist nicht nur auf Kündigungen beschränkt, sondern bezieht sich auch auf Maßnahmen gleicher Wirkung. Eine solche könnte eine Deaktivierung sein. Da sich Plattformen in vielen Fällen nicht als Arbeitgeber sehen, werden sie auch keine Kündigung aussprechen. Gerade wenn aber Crowd Worker ihre Rechte aus der Richtlinie geltend machen, könnten sie Gefahr laufen, deaktiviert zu werden mit der Folge, dass sie ihre gesamte Reputation/Erfahrungspunkte und Verdienstmöglichkeiten verlieren. Sie könnten anstrengen, dass sie Arbeitnehmer/innen im Sinne der Richtlinie sind und daher das Recht haben, die Gründe für diese einschneidenden Maßnahmen zu verlangen. Ob ihnen das viel bringen würde, steht auf der anderen Seite, denn für eine Kündigung oder Deaktivierung würden andere Gründe „vorgeschoben" werden; der Zusammenhang mit dem Unterrichtungsersuchen könnte wegen zeitlicher Nähe nur als Indiz gelten.[1359]

Die übrigen Regelungen der Richtlinie betreffen hauptsächlich Schlussbestimmungen aus denen sich keine materiellen Rechte für Crowd Worker ableiten.

Natürlich haben die Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung der Richtlinie, aber die Richtlinie legt teils auch sehr genau fest, was in Zukunft an Mindestarbeitsbedingungen erwartet wird. Gerade die Tatsache, dass sich die Richtlinie in ihren Formulierungen nicht nur auf rechtliche bekannte Begriffe wie Kündigung und Abrufarbeitsverhältnis beschränkt hat, zeigt, dass sie neue Arbeitsformen – gerade wie die Plattformarbeit – erfassen will. Das ist begrüßenswert und der nationale Gesetzgeber sollte dies bei der Umsetzung berücksichtigen.

II. Schlussüberlegungen zum europäischen Arbeitnehmerbegriff

Es lässt sich keine pauschale Antwort auf die Frage finden, ob der Arbeitnehmerbegriff nach dem EuGH nun gut oder schlecht sei. Um es mit den Worten von *Bücker* zu der *FNV Kunsten* Entscheidung zu sagen: „*Die Antwort, die der EuGH gefunden hat, hätte durchaus schlimmer ausfallen können.*"[1360]

1359 *Kolbe*, EuZA 2020, S. 35–47 (42).

1360 *Bücker* in: FS Klebe (2018), Demokratisierung der Wirtschaft durch Arbeitsrecht, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsanwender/innen müssen damit zurechtkommen, dass es einen nationalen und einen europäischen Arbeitnehmerbegriff gibt. Wie oben aufgezeigt wurde, divergieren diese beiden Begriffe aber enorm. Diese Divergenzen sind schon erstaunlich, da wir ja nicht über völlig unterschiedliche Rechtsinstitute oder hinnehmbare Unterschiede in der Rechtskultur sprechen. Wir sprechen im nationalen und europäischen Arbeitsrecht von arbeitenden Menschen. Ihr Schutz rechtfertigt sich aus der existentiellen Angewiesenheit auf den Arbeitsplatz. Weder nach dem nationalen noch nach dem europäischen Begriff würde man diesen Schutz versagen, wenn alle Kriterien des § 611a BGB oder der Lawrie-Blum-Formel des EuGH erfüllt sind.[1361]

Was aber ist los an den Rändern dieser Begriffe? Was, wenn wie bei Crowd Work die „Verpflichtung zur Leistung" in eine „Option zur Leistung" umgewandelt wird, die aber faktisch doch eine Verpflichtung ist, weil Menschen nun mal arbeiten müssen, um Geld für ihr Leben zu verdienen? Wir reden hier nicht über das Problem, wer nicht verpflichtet ist, hat keinen – wie auch immer gearteten – Vertrag. Wir sprechen darüber, dass es in Zukunft Arbeitsorganisationsmodelle gibt, die alles auf „Freiwilligkeit" setzen, weil sie die Angebotssituation mittels Technik umkehren können. Ähnlich verhält es sich mit dem Element der Weisungsgebundenheit, beide Arbeitnehmerbegriffe stellen darauf ab. Ursprünglich war dies eine großartige Leistung juristischer Abstraktion, um abhängige Arbeit von anderen Vertragsformen abzugrenzen.[1362] In einer Welt, die voll ist von modernen Arbeitsformen, hilft sie nicht, wie sie soll.

Der EuGH hat das besser begriffen als der nationale Gesetzgeber. Auch wenn Dogmatik und Kompetenzgrenze zuweilen besser eingehalten sein könnten.

Der EuGH macht jedoch in seiner Rechtsprechung deutlich, dass er eigentlich nicht den personellen Anwendungsbereich auslegt, sondern teleologisch die Frage stellt, wer den Schutz der jeweiligen Regelung „verdient" hat.[1363] Die Regelungen über den Mutterschutz zeigen dies: Bei Frau *Danosa* ging es nicht um den Schutz einer Fremd-Geschäftsführerin und bei Frau *Saint Pix* ging es nicht um eine Person ohne gegenwärtige Beschäftigung, es ging vielmehr darum, dass bestimmte Nachteile sie getroffen hatten, weil sie Frauen und schwanger waren.[1364] Dass der EuGH diesen

1361 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3 -17 (14).
1362 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (15).
1363 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (14).
1364 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (11).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutz am Arbeitnehmerbegriff konstruierte, lag an den Gegebenheiten, wie die Fälle jeweils zu EuGH kamen, nämlich durch Kündigungen, bzw. Aufgabe der Arbeitssuche infolge der Schwangerschaft.

Der Ansatzpunkt wäre nicht im Arbeitnehmerbegriff zu suchen, sondern in der Schutzzone der jeweiligen Regelung; das Credo wäre, nicht den Arbeitnehmerbegriff zu flexibilisieren, sondern die jeweilige Schutzzone für jene zu öffnen, die sie benötigen unabhängig von der Vertragsart aufgrund derer sie tätig werden.[1365] Menschen wären dann nicht Arbeitnehmer/innen, weil sie schutzbedürftig sind, sondern jemand ist schutzbedürftig und sollte deshalb unter die Richtlinie fallen. Das hat mit Weisungsbindung nichts zu tun. Das wäre ein „korrektes" Vorgehen im Sinne teleologischer Begriffsbildung.[1366]

Fakt ist aber, dass die Divergenzen und Systemverschiebungen, die die unterschiedlichen Arbeitnehmerbegriffe auf nationaler und europäischer Ebene, mit sich bringen, nicht für Rechtssicherheit sorgen. Der tätigkeitsbezogene Ansatz des EuGH hat begonnen die Vertragstypengrenze des BGB zu schleifen; dafür gibt es aber legitime Gründe, denn die Grenzen zwischen Arbeitsrecht und anderen Tätigkeitsverträgen verwischen und die verschiedenen Vertragstypen bieten nicht in allen Fällen eine ausreichende Abgrenzung; daher ist zu überlegen, wie der Anwendungsbereich von Schutzvorschriften zugunsten des unterlegenen Vertragspartners zu normieren ist.[1367]

Der europäischen Kommission hier Untätigkeit vorzuwerfen, wäre ungerecht, denn das 2006 vorgestellte Grünbuch für „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts" hatte zwei interessante Aspekte.[1368]

Zum einen warf es die Frage auf, ob es nicht sinnvoll sei, den Arbeitnehmerbegriff in den Richtlinien zu vereinheitlichen.[1369] Zweitens fragte die Kommission danach, ob man einen Grundstock an Vorschriften bräuchte, welche die Beschäftigungsbedingungen aller Beschäftigten regeln sollten unabhängig von der Vertragsform.[1370] Die Ideen liegen in seither in der

---

1365 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (17); *Wank*, EuZA 2016, S. 143 (150); ders. AuR 2017, S. 140–153 (145 ff.).
1366 *Benecke*, EuZA 2018, S. 3–17 (9 f.).
1367 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (164).
1368 Zusammenfassend: *Wank*, AuR 2007, S. 244–249.
1369 Darauf hinweisend *Temming,* SR 2016, S. 158–168 (164).
1370 Darauf hinweisend *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (165); *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997; *Kocher*, KJ 2013, S. 145 -157 (153).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ablage, vielleicht sollte man sie wieder befreien und vielleicht ist die RL 2019/1152 ein Schritt in diese Richtung.

C. Was würde Crowd Workern tatsächlich helfen?

Das beste Recht bringt nichts, wenn es nicht durchgesetzt werden kann. Einige Crowd Worker werden Arbeitnehmer/innen sein, andere Heimarbeiter/innen oder Arbeitnehmerähnliche. Die Vielfalt von Crowd Work und die verschiedenen Möglichkeiten mittels des Prinzips Crowdsourcing, Arbeit zu organisieren, wird es auch mit sich bringen, dass viele Crowd Worker Selbstständige sind. Wie kann ihnen innerhalb wie außerhalb rechtlicher Kategorien geholfen werden? Wenn man sich die drängendsten Probleme von Crowd Workern ansieht, erkennt man, dass dies nicht zwangsläufig statusbezogene Beschwerden sind.[1371] Viele monieren, dass sie von einem Moment auf den anderen von der Plattform deaktiviert werden können. Sie werden dann von Verdienstmöglichkeiten abgeschnitten. Die erarbeitete Reputation, die Zeit und Mühe gekostet hat und letztlich das immaterielle Zeugnis aller Crowd Worker darstellt, ist nicht mehr zugänglich. Je nach Abhängigkeitsgrad kann das wirtschaftlich bedrohlich werden. Hinzukommt, dass Klärungsmöglichkeiten meist nicht eröffnet werden. Soll man sich an den Algorithmus wenden, der die Deaktivierung veranlasst hat?

Schließlich gibt es eine enorme Intransparenz über die Daten. Bei aller Unterschiedlichkeit, die es bei Arbeit auf Plattformen gibt, ist eine Gemeinsamkeit, dass enorm viele Daten produziert werden. Direkt und indirekt.

Zum einen, was die Crowd Worker selbst aktiv beisteuern, zum anderen, was sie durch Tracking Daten produzieren und welche Rückschlüsse daraus ableitbar sind. Diese Daten sind arbeitsrechtlich relevant, denn wieviel und wie jemand auf einer Plattform arbeitet, kann damit sofort nachvollzogen werden.

Würde man allein für diese Probleme der Deaktivierung, eines Beschwerdekanals, des Reputations- und Datenschutzes eine Lösung finden, wäre vielen Crowd Workern in ihrem täglichen Arbeiten schon gehol-

1371 Siehe hierzu den Studienteil § 2 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fen.[1372] Auch, wenn damit viele der oben angesprochenen arbeitsrechtlichen Probleme mitnichten geklärt wären.

Hier wird auch nach Lösungsmöglichkeiten gesucht, die auch außerhalb des klassischen Rechtsweges stehen. Diskutiert werden Selbstverpflichtungen und Ombudsstellen.

Überlegenswert ist aber auch, wie mittels Technologie das rechtlich Wünschenswerte in das Design einer Plattform programmiert werden könnte. Die Verfasserin vermisst hierzulande eine Diskussion, die man als „*Regulation by design*" bezeichnen kann.[1373] Das Vorgehen ist aus dem Datenschutzrecht unter „*Data Protection by design*" bekannt (dazu sogleich). Das Prinzip kann aber ausgeweitet werden. Ein Crowd Worker sollte nicht zuerst ein formelles Verfahren verwiesen werden, um Ratings mitnehmen zu können. Dies sollte in das Softwaredesign programmiert werden können.

Die Überlegungen werden im Folgenden dargelegt, sie verstehen sich als Denkanstöße, die in Zukunft vertiefter zu besprechen sein werden.

I. Selbstverpflichtungen

Die Anzahl der Regulierungsbemühungen, -vorschläge, -probleme und -aspekte bietet so viel Diskussionsstoff, dass es diese Arbeit sprengen würde.[1374] Es gibt so viele unterschiedliche Plattformmodelle, dass auch völlig unterschiedliche Rechtsgebiete betroffen sind.[1375]

Zwar gibt es auf EU-Ebene die P2B-Verordnung, die das Europäische Parlament im Juni 2019 zur Förderung und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten erlassen hat und die am 12. Juli 2020 in Kraft tritt, aber diese gilt nur zwischen Plattformen und gewerblichen Nutzern.[1376] Wir werden später noch auf einige Inhalte der Verordnung kommen. Bezüglich der Arbeit auf Plattformen gibt es – abgesehen von der o.g.

1372 *Walzer* bespricht die Probleme „Schutz der Plattformmitgliedschaft und digitalen Reputation" de lege ferenda, S. 240–245.

1373 In dieser Form nur bei Schmidt gelesen, FES 2016.

1374 *Greef/Schroeder*, Plattformökonomie und Crowdworking: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure, Forschungsbericht 500 für das BMAS, 2017.

1375 *Parker et. al.*, Plattform-Revolution, S. 231–260.

1376 Verordnung (EU) 2019/1150 vom 20. Juni 2019, L 186/57, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=de (abgerufen am 08.04.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

RL 2019/1152 – keine offizielle Regulierung. Gleichwohl hat Arbeit auf Plattformen eine breite Öffentlichkeit erfahren und insbesondere die Gewerkschaften IG Metall, Ver.di sowie die NGG haben sich der unterschiedlichen Themen angenommen. In Bezug auf Crowd Work verdient dabei die von der IG Metall mit einigen relevanten Crowd Work Plattformen 2017 errichtete Ombudsstelle besondere Erwähnung. Ihr Ziel ist es, Streitigkeiten zwischen Crowd Workern und Plattformbetreibern zu schlichten. Dazu müssen die Plattformbetreiber Unterzeichner/innen der Selbstverpflichtung „Grundsätze für bezahltes Crowdworking/Crowdsourcing" sein. Diesen darzustellenden Entwicklungen von Crowd Work wird ein allgemeiner Ansatz zu Selbstregulierungen in der Plattformökonomie vorangestellt. Das Prinzip der Selbstverpflichtung ist nicht neu, viele Branchen und Bereiche nutzen die Möglichkeiten. Gerade für den Bereich der Plattformökonomie gibt es prominente Auffassungen schwerpunktmäßig mit Selbstverpflichtungen zu arbeiten.

1. Selbstverpflichtungen in der Plattformökonomie

Sundararajan veröffentlichte im Jahr 2016 das Buch „The Sharing Economy".[1377] Zuvor veröffentlichte er gemeinsam mit *Cohen* den Artikel „Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy".[1378] Er ist Professor an der New York University.[1379] Sein Hintergrund ist für die Bewertung seiner Vorschläge nicht irrelevant. Er war vor seiner Professur Unternehmer im Silicon Valley; seine Forschung wird unterstützt durch Google, IBM und Microsoft. *Sundararajan* ist – anders kann man es kaum sagen – ein großer Fan der sog. „*Sharing Economy*".[1380] Darunter fällt noch viel mehr als Arbeitsplattformen, aber da die sog. „*Sharing Economy*" hauptsächlich in Form von Plattformen existiert, beziehen sich seine Thesen auch auf Plattformen, wo gearbeitet wird. Die Haupterrungenschaft der *Sharing Economy* sei seines Erachtens, dass Technik es ermögliche, ungenutzte physische Ressourcen zu teilen – beispielweise das Auto, andere Gegenstände, aber eben auch Arbeitskraft.[1381]

1377 *Sundararajan*, The Sharing Economy, 2016.
1378 *Molly/Sundararajan*, Chicago Law Review 2015, S. 117–133.
1379 Eintrag „Arun Sundararajan" https://en.wikipedia.org/wiki/Arun_Sundararajan, abgerufen am 11.05.2020.
1380 Zum Sharing-Narrativ siehe § 2 C. IV. 5.
1381 *Sundararajan*, Sharing Economy, S. 159 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nie zuvor in der Geschichte des Kapitalismus war es einfacher möglich, dass sich völlig Fremde gegenseitig etwas ausleihen oder sich ihre Wohnung überlassen – dies sei v.a. auf die Sanktionsmöglichkeiten mittels Bewertungen zurückzuführen.[1382] Im Falle guter Interaktion falle eine Bewertung positiv aus, im Falle schlechter eben negativ – insgesamt bauen sich Teilnehmer/innen der sog. „*Sharing Economy*" eine Reputation auf, die eben ihre Vertrauenswürdigkeit und auch Performance widerspiegelten.[1383] Nach seiner Auffassung sei das durchweg positiv zu beurteilen, weil es den alten Kapitalismus, der unternehmensgelenkt, unpersönlich und kommerziell sei mit einer stärkeren sozialen Komponente des Tauschens und letztlich auch mit einem höheren Grad an Autonomie der Beteiligten ausstatte.[1384]

Sundararajan schlägt vor diesem Hintergrund vor, dass sich der Staat mit Regulierung zurückhalte, da es der Markt – gerade durch die eingebetteten Bewertungssysteme – selbst richten werde; so seien „*safe harbors*" nötig, wo sich Plattformen entfalten können ohne Sorge vor zu viel oder falscher Regulierung zu haben.[1385] Insbesondere seien die Plattformen selbst am besten darin, eine eigene Regulierung zu betreiben, in Form von Selbstverpflichtungen.[1386] Möchte man diese Meinung teilen oder nicht, ist eine persönliche Sache. Jedenfalls muss eine solch libertäre Haltung nicht unerträglich empörend sein, denn sie ist nichts Plattformspezifisches.[1387]

Obgleich es keine Empörung auslösen muss, so kann man sich schon über die Ignoranz wundern: *Sundararajans* Ansichten blenden konsequent die o.g. Missstände auf Plattformen aus. Das Machtungleichgewicht zwischen den ausufernden Nutzungsbedingungen der Plattformen gegenüber den Nutzer/innen, denen wenig mehr übrigbleibt als zu akzeptieren oder ausgeschlossen zu werden, nimmt er gar nicht zur Kenntnis.

Ebensowenig, dass Selbstregulierung zwar ein Anfang ist, aber bei fehlender Parität, das Machtungleichgewicht nur vertieft. Außerdem ist Selbstregulierung sehr genau zu betrachten: Wollen sich Plattformen nur einer staatlichen Regulierung entziehen, mithin von sich ablenken? Das ist keine Unterstellung, aber es ist zur Kenntnis zu nehmen, dass gut gemeinte Selbstverpflichtungen auch ein hervorragendes Marketinginstru-

---

1382 *Sundararajan*, Sharing Economy, S. 60 ff.
1383 *Sundararajan*, Sharing Economy, S. 65.
1384 *Sundararajan*, Sharing Economy, S. 36.
1385 *Sundararajan*, Sharing Economy, S. 140.
1386 Cohen/*Sundararajan*, Chicago Law Review 2015, S. 117–133.
1387 Zusammenfassung weiterer vorwiegend libertärer Haltungen zur Plattformökonomie, *Parker* et. al., Plattform-Revolution, S. 236–241.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ment sein können, um soziale Verantwortung zu *behaupten*. Denn während wir beim Vollzugsdefizit des Arbeitsrechts darüber sprechen, dass es wenigstens noch die Möglichkeit der Durchsetzung gibt, so wird diese mit bloßen Selbstverpflichtungen zur wohlwollenden oder weniger wohlwollenden Option. Das ist die dunkle Seite von Selbstverpflichtungen.

Eine helle Seite *kann* es dort geben, wo Sozialpartner zusammenkommen und die Bedingungen gemeinsam aushandeln, wie das kommende Beispiel zeigen soll.

2. Code of conduct und Ombudsstelle

In seiner ersten Version aus dem Jahr 2015 war er hiesige Code of conduct eine Selbstverpflichtung verschiedener Plattformbetreiber mit Unterstützung des Deutschen Crowdsourcing Verbandes. Sie verpflichteten sich darin auf ein paar gemeinsame Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdworking. 2017 wurde diese Version durch die aktuell gültige Version abgelöst.[1388] In diesen zwei Jahren hat sich die IG Metall mit den Unterzeichner/innen des Code of conduct sowie Crowd Workern mehrmals in Workshops getroffen, um die Arbeitsbedingungen von Crowd Workern zu thematisieren.[1389] Die Ergebnisse fanden Eingang in der neu aufgelegten Version des Code of conduct. Dort sind zehn Punkte niedergelegt, vorangestellt ist eine Definition von Crowdworking, Ziel, Zweck und Anwendungsbereich der Selbstverpflichtung.

a) Inhalt des Code of conduct

In der Definition von Crowdworking grenzen die Unterzeichner/in zunächst zum unbezahlten Crowdsourcing ab und lehnen sich dann an die Definition von *Leimeister/Durward/Blohm* an, die im bezahlten Crowdworking eine Form digitaler Erwerbsarbeit sehen, in der eine nicht definierte Menge an Personen mittels eines offenen Aufrufs digitale Güter

1388 Code of conduct, Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdworking, 2017. Abrufbar unter: http://crowdsourcing-code.de/ (abgerufen am 08.04.2020).

1389 Pressemitteilung der IG Metall vom 09.06.2017, abrufbar unter: https://www.igmetall.de/presse/pressemitteilungen/ig-metall-zieht-positive-zwischenbilanz-des-crowdworking-p.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

produziert. Darauf folgt die Feststellung, dass Crowdworking „*in der Regel den gleichen gesetzlichen Regelungen wie Freiberuflichkeit oder selbstständiges Unternehmertum*“ unterliegt und dann „*kein dauerhaftes, sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis*“ darstellt.

Weiter heißt es, dass Crowd Work nicht nur als Nebeneinnahmequelle, sondern von einigen Crowd Workern auch als Haupteinnahmequelle genutzt werde. Crowdworking zeichne sich dabei durch ein „*hohes Maß an Flexibilität aus*“ und sei „*generell freiwillig*“, denn „*die Crowd Worker können jederzeit selbst entscheiden, ob sie einen Auftrag annehmen möchten. In der Regel sind sie bei der Zeiteinteilung weitestgehend frei. Auf der anderen Seite gibt es von den Plattformbetreibern keine Auftragsgarantie, da das Angebot durch den Markt bestimmt wird.*“

Im Abschnitt Ziel und Zweck des Code of conduct betonen die Unterzeichner/in, dass es ihnen um eine Basis für ein vertrauensvolles und faires Miteinander zwischen Plattformbetreibern und Crowdworkern gebe. Sie räumen dabei ein, dass es einige Unklarheiten in rechtlicher Hinsicht gebe, wo der Code of conduct eine Orientierung bieten soll. Im Anwendungsbereich weisen sich auf die Freiwilligkeit der selbstauferlegten Verpflichtung hin, der nur innerhalb des Unterzeichnerkreises Geltung beanspruchen kann. Acht Plattformbetreiber haben den Verhaltenskodex unterzeichnet, nämlich die Geschäftsführer der Plattformen Testbirds, clickworker, content, Crowdguru, appjobber, Shopscout, Bugfinders sowie die Geschäftsführerin von Streetspotr.

In **Nr. 2** des Verhaltenskodex wollen die Unterzeichner/in auf die rechtlichen und steuerlichen Regelungen und Vorgaben hinweisen, die der Tätigkeit zugrunde liegen, wobei sie v.a. darauf hinweisen, dass Crowd Worker sich entsprechend ihrer persönlichen Situation um rechtliche und steuerliche Angelegenheiten selbstständig kümmern müssen.

Nr. 3 sieht eine Regelung für eine faire und angemessene Bezahlung vor, wobei in die Kalkulation „*Faktoren wie Komplexität der Aufgabe, notwendige Qualifikationen, Ortsgebundenheit, lokale Lohnstandards sowie den zu erwartenden Zeitaufwand*“ eine Rolle spielen. Ferner verpflichten sich die Plattformbetreiber zu Transparenz bei den Zahlungsbedingungen (Fristen, Auszahlung).

Nr. 4 enthält Grundsätze guter Arbeit, die „*auch in der digitalen Welt Gültigkeit für sich beanspruchen*“ kann. Die Plattformbetreiber möchten ein online Arbeitsumfeld schaffen, das „benutzerfreundlich“ und „intuitiv“ gestaltet ist. Es soll direkte Kontaktmöglichkeiten geben, ebenso wie anerkennende Maßnahmen für die Arbeit auf Plattformen, die motivieren

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sollen; so beispielsweise Erfahrungspunkte, Badges, Preise und Awards, FAQs, How-To's und Foren sowie Weiterbildungsmöglichkeiten.

In **Nr. 5** verpflichten sich die Plattformbetreiber zu einem respektvollen Umgang, insbesondere seien sie sich der Verantwortung bewusst, die Interessen beider Seiten zu achten und zu berücksichtigen.

In der Regelung **Nr. 6** geht es um klare Aufgabendefinitionen und eine angemessene Zeitplanung, die notwendig ist, damit Crowd Worker die Aufgaben in realistischen Zeiten abarbeiten können.

Die Regelung **Nr. 7** legt von Seiten der Plattformbetreiber, die Freiwilligkeit und Flexibilität fest, in der Crowdworking erbracht wird. Es bestehe nach Ansicht der Plattform keine Verpflichtung und keine langfristige Bindung an eine Plattform.

Nach **Nr. 8** verpflichtet die Plattformen zu einem konstruktiven Feedback und offener Kommunikation, wie Aufgaben am besten auszuführen sind; hierzu ist insbesondere auch ein technischer Support nötig, sowie die Förderung eines Austausches zwischen den Plattform und Crowd Worker und zwischen den Crowd Workern untereinander.

Wichtige Regelungen sind in **Nr. 9** festgelegt, nämlich ein geregelter Abnahmeprozess und die Nacharbeit. Abnahmefristen müssen festgelegt werden, die Ablehnung von Arbeiten begründet werden und zwar auf den Fakten der Projektbeschreibung. Es muss eine Möglichkeit zur Nacharbeit für Crowd Worker geben. Hinzukommt, dass jede Plattform einen fairen, neutralen Prozess für Beschwerden festlegen soll. Kann keine Einigung auf diesem Wege erzielt werden, kann die dafür eingerichtete Ombudsstelle angerufen werden.

Nr. 10 des Code of conduct enthält Regelungen zum Datenschutz und Privatsphäre. Der Schutz dieser Güter genieße höchste Priorität, insbesondere persönliche Informationen wie Personalien und Kontaktinformationen. Daten der Crowd Worker werden nicht ohne vorherige schriftliche Einwilligung sowie nur bei überwiegendem berechtigtem Interesse an Dritte ausgehändigt. Es würden nur solche Informationen in anonymisierter Form weitergegeben, die unbedingt benötigt werden, um das Projekt und die Arbeitsweise für den Kunden nachvollziehbar zu machen.

b) Ombudsstelle

Die Ombudsstelle ist Ende des Jahres 2017 nach Verhandlungen der IG Metall mit dem Deutschen Crowdsourcing Verband und acht der wichti-

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Crowdworking-Plattformen errichtet worden.[1390] Gemäß § 2 der Regelungen der Ombudsstelle ist ihr erklärtes Ziel, Streitigkeiten zwischen Crowdworkern, Auftraggebern und Plattformen einvernehmlich außergerichtlich zu klären. Dabei überwacht sie die Einhaltung des o.g. „Code of Conduct". Die Ombudsstelle ist paritätisch besetzt und arbeitet ehrenamtlich (§ 3 der Regelung Ombudsstelle). Nach § 3 Abs. 1 gehören der Ombudsstelle fünf Personen an:

- ein/e neutrale/r Vorsitzende/r
- ein/e Vertreter/in des Deutschen Crowdsourcing Verbands e.V.
- ein/e Vertreter/in des Deutsche Gewerkschaftsbunds (DGB) oder seiner Mitgliedsgewerkschaften
- ein/e Vertreter/in der Plattformen, die den „Code of Conduct" unterzeichnet haben
- ein Crowdworker, der auf einer dieser Plattformen registriert ist.

Betroffene Crowdworker können sich direkt online über ein Formular im Internet an die Ombudsstelle wenden, vorher muss allerdings der Versuch unternommen worden sein, die Angelegenheit außergerichtlich zu lösen (§ 4 Abs. 1 „Bilaterale außergerichtliche Lösungswege erfolglos ausgeschöpft"). Inhaltlich kann es dabei um Fragen der Bezahlung, der Arbeitsabläufe oder ähnlicher klärenswerter Sachverhalte gehen.

Die Ombudsstelle behandelt die Vorgänge nach § 6 ihrer Regelung vertraulich. Interessant sind die Regelungen zu Dauer und Ende des Verfahrens in § 5.

Nach § 5 Abs. 2 ist der Rechtsweg weiterhin offen – es sei denn, die Parteien unterwerfen sich dem Spruch der Ombudsstelle im Voraus oder nehmen ihn nachträglich an.

Weitreichend ist auch § 5 Abs. 3, wonach bei Streitigkeiten nach § 2 Abs. 2 der Regelung eine Veröffentlichung des Spruchs in geeigneter Form erfolgt. Insbesondere darf eine Plattform, die sich laut Spruch der Ombudsstelle zu Unrecht auf den „Code of Conduct" beruft, nicht weiter verlautbaren, dass sie den „Code of Conduct" anerkennt. Sie wird in diesem Fall aufgefordert, entsprechende Hinweise auf ihren Internetseiten zu löschen. Die Ombudsstelle behält sich ausdrücklich vor, solche Entscheidungen selbst aktiv zu kommunizieren, beispielsweise durch Streichung der Plattform von einer Liste der Unterstützer des „Code of Conduct" so-

1390 IG Metall, Pressemitteilung vom 08.11.2017, abrufbar unter: https://www.igmetall.de/download/2017_11_8_Presseinformation_OmbudsstelleCrowdworking_ef5ebcd3b52f834a38b64ec80377aee518d11009.pdf, (abgerufen am 10.04.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie durch eigene Verlautbarungen gegenüber der Presse und im Internet. Ein Verfahren soll möglichst nach drei Monaten abgeschlossen sein (§ 5 Abs. 4).

Die Durchführung ist abgesehen der eigenen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten kostenlos (§ 7).

Der Antrag bei der Ombudsstelle erfolgt online über eine entsprechende Maske.[1391]

Seit ihrer Errichtung sind bereits zwei Tätigkeitsberichte über die Arbeit der Ombudsstelle veröffentlicht worden (so auch vorgesehen nach § 8 der Regelung).

Wie die Jahresberichte der Ombudsstelle zeigen, wird sie in Anspruch genommen:

Im Zeitraum 2017 beriet die Ombudsstelle über 7 Fälle. 5 Fälle konnten durch die Vermittlung einvernehmlich geklärt werden. In 2 Fällen betrieb die sich beschwerende Partei das Verfahren nicht weiter. Im Jahr 2018 wurden 23 Fälle an die Ombudsstelle herangetragen. 15 Fälle konnten durch die Vermittlung der Ombudsstelle einvernehmlich geklärt werden. In 3 Fällen fasste die Ombudsstelle einen Beschluss. In einem Fall handelte es sich um eine allgemeine Beschwerde/Anregung, die an die Plattform weitergeleitet wurde. In einem weiteren Fall war die Ombudsstelle nicht zuständig. (Die Beschwerde richtete sich gegen eine Plattform, die den „Code of Conduct" nicht unterzeichnet hatte.) 3 Fälle waren noch in Bearbeitung.[1392]

In dem Berichtszeitraum 2019 war die Tätigkeit schon umfangreicher[1393]:

Es wurden 7 noch offene Verfahren aus 2018 erledigt. In 6 dieser Fälle erfolgte eine einvernehmliche Klärung durch Vermittlung der Ombudsstelle (4 Mal Erfüllung, 2 Vergleiche), in einem Fall traf die Ombudsstelle eine Entscheidung.

Im Kalenderjahr 2019 wurden 14 Fälle an die Ombudsstelle herangetragen. In 13 dieser Fälle wurde die Beschwerde von Crowdworkern vorgebracht, in einem Fall von einer Plattform. Die Eingaben finden in der

---

1391 Abrufbar unter: https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/de.html, (abgerufen am 10.04.2020).

1392 Abschnitt aus dem Bericht der Ombudsstelle 17/2018, abrufbar unter: https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/pdf/Ombudsstelle_bezahltes_Crowdworking_Bericht_2017_2018.pdf, (abgerufen am 10.04.2020).

1393 Abschnitt aus dem Bericht der Ombudsstelle 2019, abrufbar unter: https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/pdf/Ombudsstelle_bezahltes_Crowdworking_Bericht_2019.pdf, (abgerufen am 10.04.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regel in deutscher Sprache statt. 2019 wurden erstmals 2 Fälle in englischer Sprache an die Ombudsstelle herangetragen. 6 Fälle konnten durch die Vermittlung der Ombudsstelle einvernehmlich geklärt werden. Ein Fall wurde durch Entscheidung der Ombudsstelle beendet. In 3 Fällen hat die sich beschwerende Partei das Verfahren nicht weiter betrieben. In 2 Fällen hat die Ombudsstelle den beteiligten Parteien Hinweise gegeben. In 2 Fällen war die Ombudsstelle nicht zuständig: Einmal hatte es keinen Klärungsversuch gegeben, bevor die Ombudsstelle angerufen wurde, das andere Mal handelte es sich um eine allgemeine Anfrage, der kein konkreter Beschwerdefall zu Grunde lag. Einzelne an die Ombudsstelle herangetragene Fragen waren von grundsätzlicher Bedeutung.

c) Kritik an der Selbstverpflichtung

Die Inhalte des Code of conduct sind ambivalent. Die Idee vieler Regelung ist gut, aber sehr vage. Für die Verfasserin bleibt offen, was eine gute Bezahlung ist, wie sich diese transparent gestaltet, ob die Aufgaben so klar definiert sind und die Zeitplanung so angemessen ist, wie die Unterzeichner/in meinen. Die offene Formulierung dieser Punkte ist das eine; es lässt sich damit erklären, dass ein solcher Verhaltenskodex auf verschiedenste Plattformmodelle passen muss. Sie legen keine konkreten Zahlen, Berechnungsmodelle, Transparenzpflichten oder Aufgabendefinitionen vor; es ist eben kein Tarifvertrag oder Gesetz.

Was besonders auffallend ist, ist, dass auch über den Code of conduct versucht wird, die rechtliche Einordnung von Crowd Work zu präjudizieren. Es sei jedenfalls eine selbstständige Tätigkeit und kein dauerhaftes sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis. Die Tätigkeit ist gekennzeichnet durch jederzeitige Freiwilligkeit ohne langfristige Verpflichtungen. Aus unternehmerischer Sicht ist das nachvollziehbar; es soll keinesfalls der Eindruck entstehen, dass hier irgendwie Arbeitsverhältnisse entstehen.

Das Recht setzt sich nicht zufällig über versuchte Präjudize hinweg, wenn in Wahrheit Arbeitsverhältnisse vorliegen und dies nur verschleiert werden soll. Ob das der Fall ist, kann nur im Einzelfall, bzw. für bestimmte Plattformtypen festgestellt werden (s.o.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsätzlich ist dem Code of conduct zugute zu halten, dass es überhaupt einmal eine Vereinbarung gibt, in der sich die Plattformbetreiber auf Mindeststandards verpflichten.[1394]

Der Code of conduct wird aus Sicht der Verfasserin durch die Schaffung der Ombudsstelle erheblich aufgewertet, denn während die Regelungen des Code of conduct zu einem wesentlichen Teil aus der Feder der Plattformen und ihrer Interessenvertretung stammen, kommen bei der Ombudsstelle auch andere zu Wort, da Crowd Worker und Gewerkschaften vertreten sind und ein/e neutrale/r Vorsitzende/er berufen ist. Das ist hauptsächlich auf das frühzeitige Engagement der IG Metall zurückzuführen.[1395]

Die Regelungen zur Ombudsstelle zeigen, dass sie kein „plattformgeschaffenes" Organ ist und insofern nicht nur ein „Marketinginstrument" darstellt, denn wie beispielsweise § 5 Abs. 3 festlegt, darf die Ombudsstelle, Plattformen, die sich nach dem Spruch der Ombudsstelle nicht an den Code of conduct halten, daraus streichen und dies öffentlich kommunizieren. Die Berichte der Ombudsstelle zeigen, dass sie sich dort mit plattformspezifischen Dingen auseinandersetzen und dabei den Beteiligten durchaus vernünftige Überlegungen an die Hand geben wollen.

So wurde im Geschäftsjahr 2019 die Frage an die Ombudsstelle herangetragen, *„ob die Vergütung – teilweise – verdient ist, wenn der Auftrag anders als beschrieben ausgeführt wurde oder objektiv nicht ausführbar war, weil sich eine Location nicht (mehr) am angegebenen Ort befindet oder vorübergehend, beispielsweise wegen Sanierungsarbeiten, geschlossen ist."*[1396]

Die Auffassung der Ombudsstelle war:

> *„1. In Fällen eines klar beschriebenen und erfüllbaren Auftrags ist die Vergütung nur verdient, wenn die in der Jobbeschreibung niedergelegten Voraussetzungen vollständig erfüllt sind.*

1394 IG Metall, Pressemitteilung vom 08.11.2017, abrufbar unter: https://www.igmetall.de/download/2017_11_8_Presseinformation_OmbudsstelleCrowdworking_ef5ebcd3b52f834a38b64ec80377aee518d11009.pdf, (abgerufen am 10.04.2020).

1395 Hierzu: *Benner*, Crowdwork – zurück in die Zukunft, 2015; Öffnung der IGM Satzung im Jahr 2015 für Crowd Worker, https://www.igmetall.de/ueber-uns/ig-metall-oeffnet-sich-fuer-solo-selbststaendige, abgerufen am 30.03.2020.

1396 Abschnitt aus dem Bericht der Ombudsstelle 2019, abrufbar unter: https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/pdf/Ombudsstelle_bezahltes_Crowdworking_Bericht_2019.pdf, abgerufen am 10.04.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> *2. Die Ombudsstelle gibt zu bedenken, dass im Hinblick auf die Grundsätze des Code of Conducts, die eine faire Bezahlung (Nr. 3) und Verlässlichkeit (Nr. 5) vorsehen, es unangemessen sein könnte, ausschließlich den Crowdworker mit dem Risiko, dass ein von einer Plattform ausgeschriebener Job objektiv und für jeden unerfüllbar ist, zu belasten. Dies gilt auch dann, wenn in den Auftragsbedingungen darauf hingewiesen wird, dass die Vergütung nicht verdient ist, wenn der Auftrag nicht ausgeführt werden kann, weil die Location nicht mehr/zur Zeit nicht vorhanden ist.*"

Das sind typische Schwierigkeiten bei Crowd Work, es ist daher gut, wenn die Plattformen eine differenzierte Auffassung eines paritätischen Gremiums erhalten. Insgesamt ist das Engagement in der Ombudsstelle begrüßenswert. Probleme können gelöst werden ohne, dass die ganze Arbeitsbeziehung leidet. Es erleichtert die Möglichkeit „beieinander zu bleiben". Es funktioniert für jene gut, die die grundlegenden Verhältnisse nicht antasten wollen. Allerdings bleiben grundlegende rechtliche Fragen, wie der Status bestimmter Crowd Worker auf bestimmten Plattformen, ungeklärt. Dafür muss weiterhin der Rechtsweg beschritten werden.

II. „Regulation by design"

Es ist in dieser Arbeit viel über Informationsasymmetrien, das Machtgefälle und die Marktmacht der Plattformen gegenüber Crowd Workern gesprochen worden.[1397] Wir haben uns die AGB bestimmter Plattformen angesehen und die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit auf Plattformen in zwei Fällen analysiert. Ein Aspekt ist dabei bisher zu wenig berücksichtigt worden: Regeln, die durch das *Softwaredesign* einer Plattform implementiert werden.

An dieser Stelle befinden wir uns in einer beginnenden Debatte der Rechtswissenschaft, nämlich, wie Plattformen insgesamt eine „Gesetzgebungsfunktion" wahrnehmen, die mit ihrer Marktrelevanz und -größe zunimmt.[1398] Wie kann Crowd Workern vor diesem Hintergrund schnell geholfen werden? Die Verfasserin meint, dass Technik hier vielversprechende Möglichkeiten bietet.

1397 Kapitel über die Funktionsweise von Plattformen, § 2 C. IV.

1398 Konkret zu Plattformen: *Schweitzer*, ZEuP 2019, S. 1–12; private Rechtssetzung allgemeiner: *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, S. 1–10; *Becker*, ZUM 2019, S. 636–648.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wenn Plattformen beispielsweise dazu verpflichtet werden können, die Mitnahme einer Reputation zu ermöglichen, dann kann dies bereits die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Plattformen so ändern, dass sie sich um ihre Crowd mehr bemühen müssen und so ihre Arbeitsbedingungen verbessert werden. Eine solche Mitnahme sollte so einfach sein, wie die Anmeldung bei einer Plattform, nämlich indem man einen Button anklickt. Es geht dabei darum, auf das Software-Design einer Plattform Einfluss nehmen zu dürfen, denn wenn Plattformen durch Software-Design Fakten schaffen, dann ist eine vielversprechende Regulierung darin zu sehen, dass sie dieses Software-Design nicht nur im eigenen Interesse gestalten. Die Diskussion soll hier angestoßen werden.

1. Worum geht es?

Oben wurden einige Probleme auf Plattformen angesprochen, die plattformspezifisch sind. Dazu gehören, die Zugangsmöglichkeit zur Plattformen, die über einen Nutzungsvertrag geregelt ist, die einseitigen Deaktivierungsmöglichkeiten, die fehlenden Beschwerdekanäle bzw. Klärungsmöglichkeiten und die Mitnahme der Reputation. Crowd Workern ist nicht geholfen, wenn sie zu diesem Zweck auf den Rechtsweg verwiesen werden. Je nachdem, wie ihre Rechtsbeziehung ausgestaltet wäre, müsste man sie auf den Weg zu den Arbeitsgerichten oder den ordentlichen Gerichten verweisen. Ob ihnen damit immer und vor allem schnell geholfen wäre, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden – ja, wenn es ihnen darum geht, als Arbeitnehmer/innen oder arbeitnehmerähnliche Personen oder als Heimarbeitende gesehen zu werden. Wenn sie jedoch „nur" ihre Reputation mitnehmen wollen oder einfach eine Möglichkeit suchen, um mit der Plattform in Kontakt zu treten, dann wird auch der Arbeitsrechtsweg nicht viel bringen. Geholfen wäre den Crowd Workern, wenn das Software-Design der Plattform so sein müsste, dass diese Dinge möglich sind.

Ein Stichwort bietet dabei die Idee der „regulation by design" – was rechtlich vorgeschrieben ist, soll quasi durch das Design der Software einer Plattform durchgesetzt werden. Man könnte auch von „embedded law"[1399] oder technischer Rechtsdurchsetzung[1400] sprechen, wobei letztere Überle-

1399 *Breidenbach* nennt es „Embedded Law", Rethinking Law 2018, S. 38–41 (38).
1400 *Becker*, ZUM 2019, S. 636–648.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungen in der Sache noch weiter gehen. Es geht dabei vor allem darum, Plattformen mit den ihnen bekannten „digitalen" Mitteln zu begegnen.

Ihre Nutzungsbedingungen sind dabei nur der geschriebene Teil weitreichender Steuerung auf Plattformen; die Interaktionsregeln der Plattform finden sich vor allem in ihrer Plattformarchitektur und ihrem -design.[1401] Vor etwas über 20 Jahren hat *Lawrence Lessig* dafür ein Schlagwort geprägt: „*Code is law*".[1402] Der „Code" steht für das „Programmieren" (engl.: to code, programmieren) und bezieht sich dabei auf die Hard- und Software, die mittels verschiedener Programmiersprachen, verschiedene Architekturen und Designs gestalten kann. Wer Architektur und Design einer Software erschaffe, erschaffe auch ein Gesetz, wie die Software funktioniere. Außerhalb dieser vorgesehenen Pfade gibt es keine alternativen Entscheidungen.[1403] Das entspricht ganz der Funktionsweise von Plattformen.[1404] Lessig schlussfolgert daraus, dass der „Code" damit die jeweilige Gestalt des Internets (er nennt es *Cyberspace*, aber das ist eigentlich nicht mehr gängig) bestimme und damit die Freiräume der einzelnen Menschen sowie das Recht.[1405]

Für Plattformen spielt die jeweilige Architektur ihrer Software eine enorme Rolle, denn alles ist auf eine erfolgreiche Interaktion aller Beteiligten angelegt.[1406] Das heißt aber auch, das Design einer Plattform ist hauptsächlich auf ihre Zwecke ausgerichtet und nicht zwangsläufig auf die Zwecke der Crowd. Hier könnte eine Regulierung ansetzen. Im ersten Schritt wären die zu regelnden Sachverhalte herauszuarbeiten, wie beispielsweise die erwähnte Mitnahme der Reputation oder die Einrichtung eines spezifischen Kommunikationskanals; in einem weiteren Schritt müsste vorgegeben sein, dass dies mittels Technikgestaltung auch direkt implementiert werde. Dabei muss man sagen, dass beispielsweise einzelne Regelungen aus der Richtlinie 2019/1152, die oben besprochen wurden, bereits so implementiert werden könnten.

1401 *Schweitzer*, ZEuP 2019, S. 1–12 (4).
1402 *Lessig*, Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin Verlag, 2001, S. 19 ff., 24.
1403 *Lanier*, Wem gehört die Zukunft?, S. 23, 52.
1404 Siehe § 2 C. IV.
1405 Hierzu der Eintrag zu dem Buch: https://de.wikipedia.org/wiki/Code_and_Other_Laws_of_Cyberspace, abgerufen am 15.04.2020.
1406 *Parker* et. al., Plattform-Revolution, S. 174, 185.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Umsetzung der Richtlinie würde sich fortschrittlich zeigen, wenn sie dies mit berücksichtigen würde, ganz im Sinne von Prof. *Deakins* Ausspruch „*Technology can evolve, so can the law.*“[1407]

Dafür können die Regelungen aus der DSGVO Pate stehen, denn dort steht Art. 25 der DSGVO mit der amtlichen Überschrift „Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“ ganz unter dem Aspekt „Data Protection by Design“ und „Data Protection by Default“.[1408] Art. 25 DSGVO schafft spezifische Verpflichtungen der Verantwortlichen im Sinne der DSGVO zum Schutz personenbezogener Daten; der dahinter stehende Gedanke ist, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten immer mit Risiken für die Freiheit und die Rechte natürlicher Personen verbunden sind, diese sollen mittels Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen minimiert werden.[1409] Diese Konzepte gehen bereits auf die 1990er Jahre und insbesondere auf das Engagement der Informationsfreiheits- und Datenschutzbeauftragten von Ontario/Kanada, *Ann Cavoukian* zurück.[1410] Sie legte sieben Grundsätze vor, wie das Risikopotenzial von Datenverarbeitungssystemen und -prozessen mittels proaktiver technischer Gestaltung zu vermindern sei. Danach sollen die mit der Nutzung von personenbezogenen Daten verbundenen Anforderungen bereits im Stadium der Konzeption und Entwicklung technologischer Systeme, geprüft und berücksichtigt werden.[1411] Die Überlegungen dahinter sind, dass effektiver Datenschutz nicht allein durch eine reaktive ex post Betrachtung eines Verarbeitungsvorgangs realisiert werden kann.[1412] Verantwortliche im Sinne der Vorschrift müssen deshalb geeignete technische und organisatorische Maßnahmen treffen, um den Anfor-

1407 *Deakin*, „On Uber&Luddism“, Blog Beitrag für die Cambridge Judge Business School, 28.10.2015 verfügbar unter: https://cbr.blog.jbs.cam.ac.uk/the-uber-ruling/, abgerufen am 15.04.2020. Übersetzung der Verf. „Technologie kann sich entwickeln, das Recht kann es auch.“

1408 *Wedde* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 25 DSGVO, Rn. 1.

1409 *Wedde* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, 2. Aufl. 2020, Art. 25 DSGVO, Rn. 1.

1410 *Cavoukian*, The 7 Foundational Principles, Privacy by Design, abrufbar unter: https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/pbd-implement-7found-principles.pdf abgerufen am 15.04.2020.

1411 *Gola* in: Gola/Eichler/Franck/Klug, DS-GVO, Art. 25, Rn. 1.

1412 *Gola* in: Gola/Eichler/Franck/Klug, DS-GVO, Art. 25, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derungen der DSGVO gerecht zu werden und die Rechte der Betroffenen zu schützen.[1413]

Diese Pflicht könnte auch Crowd Work Plattformen treffen. Zu überlegen ist im Folgenden, wie bereits Schutzmaßnahmen aus der DSGVO fruchtbar gemacht werden können. Weiterhin ist auf die Regelungen der erwähnten P2B-Verordnung einzugehen. Schließlich ist zu überlegen, ob weitere Regelungsgegenstände einer „Regulation by design" zugänglich wären.

2. Welche Regelungen wären für die Belange der Crowd Worker lege lata/lege ferenda geeignet?

a) Art. 20 DSGVO

Eine für Arbeit auf Plattformen interessante Regelung ist Art. 20 DSGVO. Sie umfasst das Recht auf Datenübertragbarkeit. Nach Art. 20 Abs. 1 DSGVO hat eine betroffene Person das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, sofern die Verarbeitung a) auf einer Einwilligung nach DSGVO beruht oder auf einem Vertrag oder b) sofern die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgt.

Die Erwägungen hinter dieser Regelung waren, dass Betroffenen ein höheres Maß an Flexibilität zukommen soll, wenn sie andere Anbieter nutzen wollen und ihre persönlichen Daten diesem neuen Anbieter übermitteln wollen.[1414] Auf diese Weise sollen die – auch in der Plattformökonomie – monierten Lock-in-Effekte, verringert werden. Betroffene sollen von einem Wechsel nicht abgehalten werden, weil ihre Wechselkosten zu einer anderen Plattform zu hoch wären.

1413 *Wedde* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, 2. Aufl. 2020, Art. 25 DSGVO, Rn. 2.

1414 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, 1. Aufl. 2018, Art. 20 DSGVO, Rn. 1; *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insofern handelt es sich dabei um eine marktbezogene Norm[1415], so dass es einige Stimmen gibt, die in Frage stellen, ob diese Norm überhaupt in die DSGVO gehört und als wettbewerbspolitische Regelung nicht eher im Kartellrecht anzusiedeln gewesen wäre.[1416] *Däubler* hält die Frage für legitim, ob sich Art. 20 DSGVO überhaupt auf die datenschutzrechtliche Kompetenznorm in Art. 16 AEUV stützen kann, aber letztlich löst er es pragmatisch auf, denn folgt die Kompetenz nicht aus Art. 16 AEUV, so folgt sie aus Art. 114 AEUV, der sich auf marktbezogene Rechtsangleichung beziehe, so dass es an der Gültigkeit von Art. 20 DSGVO nichts ändere.[1417]

Fraglich ist, ob Crowd Worker nach Art. 20 Abs. 1 DSGVO einen Anspruch auf Übertragung ihrer Reputation von einer Plattform auf eine andere Plattform hätten. Dazu müsste es sich bei der Reputation v.a. um bereitgestellte personenbezogene Daten handeln. Der Begriff der personenbezogenen Daten ist in Art. 4 Nr. 1 DSGVO legaldefiniert. Die Daten müssten sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen, davon umfasst sind auch pseudonymisierte Daten, nicht jedoch anonyme Daten, was sich aus Art. 11 Abs. 2 S. 2 DSGVO ergibt. Darüber hinaus müssen die Daten die Anspruchsinhaber selbst betreffen.[1418]

Ob die Reputation personenbezogene Daten, die selbst bereitgestellt wurden, betrifft, lässt sich weder pauschal annehmen noch pauschal ablehnen. Die Reputationsdaten von Crowd Workern auf Plattformen sind nicht einmalig bereitgestellte Daten, die dann wie auf einer Karteikarte abgespeichert werden. Wie sich im Folgenden zeigen wird, setzen sich Reputationsdaten aus einer Vielzahl von Daten zusammen. Es ist so, dass Crowd Worker zunächst Profildaten anlegen. Das betrifft alle Informationen, die notwendig sind, um sich auf der Plattform anzumelden. Profildaten sind das Paradebeispiel für portable Daten nach Art. 20 DSGVO.[1419] Sie wird ein Crowd Worker unproblematisch auf eine andere Plattform übertragen

---

1415 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, 1. Aufl. 2018, Art. 20 DSGVO, Rn. 1.

1416 *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO, Rn. 6 mwN.

1417 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO, Rn. 2; *Sydow*-Sydow, Art. 20, Rn. 25.

1418 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 5; *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 22.

1419 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 5; *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lassen können. Reputationsdaten beinhalten aber auch die Arbeitshistorie (s. Abb.).

Meine Arbeitshistorie

Workitem# Title Status zurücksetzen Suchen

Workitem#	Titel	Eingereicht am	Status	Kommentar	Aktionen	Honorar
116885459	Umfrage: Teammanager	18. Feb 20, 11:41	Fertig			0,75 EUR
104926173	Umfrage: Künstliche Intelligenzen & Innovation	26. Sep 19, 14:26	Fertig			1,05 EUR
102970597	Umfrage: Amazon Preisersparnis nennen mit Gutscheincode	23. Aug 19, 09:18	Fertig			0,10 EUR
102448099	Umfrage: Amazon Preisersparnis nennen mit Gutscheincode	15. Aug 19, 15:30	Fertig			0,10 EUR

Abbildung 41: clickworker, eigener Screenshot, 27.04.2020.

Fraglich ist, ob es sich dabei um durch die betroffene Person selbst bereitgestellte persönliche Daten handelt. Es ist anerkannt, dass Daten, die eine Konsumhistorie bei einem Online-Händler wiedergeben, als portable Daten iSd. Art. 20 DSGVO angesehen werden.[1420] Da die Daten eindeutig im Profil der registrierten Person hinterlegt sind, sind sie ihr zuzuordnen, so dass es sich um personenbezogene Daten handelt. Sie werden von den Crowd Workern auch bereitgestellt, weil sie ja durch die aktive Bearbeitung von Aufgaben auf der Plattform anfallen. Es ist vergleichbar mit der Konsumhistorie bei Online-Händlern, denn sie wird auch durch den Kauf von Produkten erstellt. Aus Sicht der Verfasserin liegt es nahe, die Arbeitshistorie ebenfalls als portable Daten anzusehen. Das könnte für Crowd Worker auch insofern relevant sein, weil sie wie ein Arbeitszeugnis zeigen, womit sich Crowd Worker beschäftigten und was sie schwerpunktmäßig bearbeitet haben.

Ob auch Bewertungen oder Rezensionen Dritter darunter fallen ist umstritten. In der Literatur werden dabei die „Multidata-Subject"-Situationen thematisiert.[1421] Das sind solche Daten, die mehrere Menschen betreffen, weil sie aus dem Bereich zwischenmenschlicher Kommunikation stammen wie Emails oder Chats. Soweit damit Daten Dritter tangiert werden, etwa Diskussionen, sollen sie nicht übertragbar sein, weil da die Rechte des Dritten überwögen.[1422] Allerdings verlangt die Verordnung nicht, dass

1420 *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 20, Rn. 9 mwN.; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 5; *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 22.

1421 *Munz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 23; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 6.

1422 *Munz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es sich „ausschließlich" um Daten handeln, die sich auf die betroffene Person beziehen.[1423] Es genüge, wenn die auf die andere Person bezogenen Daten in engem Zusammenhang mit den Daten der betroffenen Person stehen.[1424] Es spricht also nicht per se gegen eine Mitnahme der Daten, dass auch Daten der Bewertenden betroffen sein können. Dies wäre auch vor dem Hintergrund angemessen, dass es sich bei Bewertungsdaten hauptsächlich um Daten handelt, die Crowd Worker betreffen, weil darin ihre Arbeitsperformance gewürdigt wird. Hierin liegt das eigentliche Problem, denn es ist fraglich, ob diese Bewertungsdaten durch die Betroffenen *selbst bereitgestellt* wurden. Es wird die Ansicht vertreten, es handele sich dabei um Daten, die ohne Mitwirkung des Betroffenen gesammelt oder erzeugt wurden.[1425]

Grundsätzlich fallen solche Daten, die von einem Dritten bereitgestellt wurden, nicht unter Art. 20 DSGVO, auch wenn sie sich auf die betroffene Person beziehen.[1426] Solche Drittdaten sind etwa Bewertungen und Rezensionen Dritter.[1427] Allerdings muss dies nicht solche Folgen haben, dass Crowd Worker gar keine Reputationsdaten mitnehmen könnten. Die Art. 29-Gruppe unterscheidet zwei Kategorien von übertragbaren Daten:

1. sind eben die „*knowingly and actively provided data*" erfasst, also im Fall der Crowd Worker wären das die Registrierungsdaten sowie die Angaben im Benutzerprofil.[1428]
2. gibt es auch „*observed data*", d.h. solche Daten, die durch die Nutzung von Diensten oder Geräten durch Betroffene entstehen, weil sie dessen Aktivitäten erfassen und beim Verantwortlichen automatisch gesammelt werden.[1429]

1423 *Däubler,* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO, Rn. 6; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 20 Rn. 10.

1424 *Däubler,* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 6.

1425 *Walzer*, Crowdworker, S. 243.

1426 *Däubler,* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 8.

1427 BeckOK DatenschutzR/*von Lewinski*, 31. Ed. 1.2.2020, DS-GVO Art. 20 Rn. 48; *Däubler,* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 8.

1428 Vgl. *Munz,* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO, Rn. 27; Art.-29-Gruppe, Guidelines, WP242 rev.0104/2017, S. 9 f.; diese sollen insgesamt unproblematisch erfasst sein: *Piltz*, in: Gola/Eichler/Franck/Klug, DS-GVO, Art. 20 Rn. 14–16.

1429 *Munz,* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob diese letztgenannten Nutzungsdaten unter Art. 20 DSGVO fallen ist unklar. Die Art.-29-Gruppe meint, diese Daten müssten umfasst sein, da der Anwendungsbereich der Regelung sonst stark reduziert werde.[1430] Der Haupanwendungsfall solcher Daten sind Daten, die ein Anbieter eines Dienstes durch Tracking oder Beobachten erhebt, beispielsweise Daten eines vernetzten Fahrzeuges.[1431] Die Auffassung der Art.-29-Gruppe ist manchen zu weit.[1432] Wenn man jedoch bedenkt, dass Art. 20 DSGVO gerade für soziale Mediendienste und Plattformen geschaffen wurde, wo es dem zumindest primären Zweck nach um sozialen Austausch gehen soll, ist nicht klar, warum eine Übertragung der Daten nur auf den sehr engen Anwendungsbereich von Profildaten beschränkt sein soll.[1433] In der Literatur gibt es deshalb auch die Auffassung, dass die Übertragung von mit „Likes" versehenen Beiträgen Dritter verlangt werden kann.[1434]

Das ist in Bezug auf Bewertungsdaten nicht unwesentlich, denn vielen Crowd Workern wird es nicht darum gehen, wer, was, wann zu welcher Arbeitsperformance gesagt hat, sondern, dass eine bestimmte Aufgabe eine bestimmte Bewertung bekommen hat. Beispielsweise Crowd Worker X hat bei seinen 36 789 Arbeiten durchschnittlich 4,9 von 5 Sternen erreicht. Die maschinenlesbare Bewertung mit Tools wie Sternen, Likes oder anderen Punkten hängt unmittelbar mit den von Betroffenen bereitgestellten Daten zusammen, eine Übertragbarkeit eben dieser Daten ist das Relevante an Art. 20 DSGVO. Würde man nur die Profildaten in einem Netzwerk als übertragbar iSd. Art. 20 DSGVO ansehen, hätte man von einer Normierung schlicht absehen können. Betroffene, die Art. 20 DSGVO geltend machen wollen, sind nicht zu träge um ihren Namen in eine neue Maske einzugeben, es ist sogar zu vermuten, dass dies weniger kompliziert ist, als den Anspruch nach Art. 20 DSGVO geltend zu machen. Betroffenen geht es um die Daten, die ihre Performance beurteilen. Dazu gehören die Bewertungsdaten sowie die Arbeitshistorie. Beides ist untrennbar verbunden. Es geht dabei auch nicht um solche Daten, die der Verantwortliche erst mithilfe der bereitgestellten Daten gewonnen hat, denn das wären

---

1430 *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, S. 358–365(359); vgl. auch *Spindler*, MMR 2016, S. 219–224 (221 f.).

1431 *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Art. 20 DSGVO Rn. 7.

1432 *Piltz* in: Gola/Eichler/Franck/Klug, DS-GVO, Art. 20 Rn. 14–16.

1433 *Simitis*/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 20 Rn. 7.

1434 *Simitis*/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 20 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dann nicht mehr die Daten des Betroffenen, sondern die des Verantwortlichen.[1435]

Hier gilt es allerdings abzugrenzen zwischen Nutzungsdaten, die noch als bereitgestellte Daten betrachtet werden können und Auswertungsergebnissen, die nicht mehr die Daten der betroffenen Person sind und auch nicht unter Art. 20 DSGVO fallen.[1436] Im vorliegenden Fall überwiegt, dass Crowd Worker ein Recht auf die Übertragbarkeit ihrer Nutzungsdaten haben sollten, zumindest in der Form, dass auch Bewertungen ihrer Arbeit durch Tools wie Likes, Sterne o.Ä. portabel sind. Wörtliche Rezensionen Dritter würden wohl als „von Dritten bereitgestellt" nicht unter Art. 20 DSGVO fallen. An dieser Stelle kann Art. 20 DSGVO auch als Ausgangspunkt für eine Gesetzgebung für Crowd Worker betrachtet werden, damit eine umfassende Mitnahme der Reputationsdaten ermöglicht werden kann.[1437]

Das Recht auf Datenübertragbarkeit beschränkt sich gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO auf Daten, deren Verarbeitung entweder durch eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder einen Vertrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO legitimiert ist. Crowd Worker werden aufgrund eines Vertrages tätig, dieser ist zunächst als ein Nutzungsvertrag über die Dienste der Plattform zu sehen. Bei Beendigung eines Vertrages zur Nutzung eines Online-Dienstes (z.B. Schließung eines Kontos) ist der Verantwortliche nach Art. 13 Abs. 2 lit. b und Art. 14 Abs. 2 lit. c DSGVO gehalten, die betroffene Person auf das Recht zur „Mitnahme" der Daten nach Art. 20 DSGVO hinzuweisen.[1438]

b) P2B-Verordnung

Der offizielle Name der am 17.04.2019 vom Europäischen Parlament verabschiedeten P2B-Verordnung (P2B-VO) ist „Verordnung EU 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von

---

1435 *Simitis*/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 20 Rn. 7.

1436 *Simitis*/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 20 Rn. 8 mit Hinweis auf eine weite Auslegung zugunsten der betroffenen Person auf Empfehlung der *Art.-29-Gruppe*, WP 242 rev. 01, S. 12.

1437 So im Ergebnis *Walzer*, Crowdworker, S. 244, sie lehnt aber eine Übertragbarkeit ab und unterscheidet nicht nach Nutzungs- und Bewertungsdaten.

1438 *Simitis*/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 20 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Online-Vermittlungsdiensten".[1439] Sie tritt mit Wirkung zum 12.07.2020 in Kraft, ohne, dass es noch weiterer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedarf.

Die P2B-VO schafft einen umfassenden Regelungsrahmen für die Plattformwirtschaft in der EU: Anforderungen an die Transparenz der AGB und der Ranking Kriterien der Plattformbetreiber steigen, ebenso wird die Rechtsdurchsetzung durch Beschwerdemanagement, Mediation und Verbandsklagerecht erleichtert.[1440]

Der Hintergrund der Regulierung war, dass Online-Vermittlungsdienste, die meist als Plattformen organisiert sind, kleinen und mittelständischen Unternehmen Möglichkeiten bieten, ihre Vertriebskanäle zu erweitern und neue Märkte zu erschließen.[1441] Gleichwohl gehen damit die auch in dieser Arbeit bereits besprochenen plattformspezifischen Probleme einher: Machtungleichgewicht durch einseitige AGB, vielschichtige Informationsasymmetrien bzgl. des Zustandekommens des Rankings bzw. der Reputation, fehlende Beschwerdekanäle, grundlose Deaktivierung von Accounts. Die Europäische Kommission hat diese Probleme zur Kenntnis genommen und so kam es zur P2B-VO.

aa) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Der **sachliche Anwendungsbereich** der VO richtet sich gem. Art. 1 Abs. 2 P2B-VO an Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen. Die Legaldefinitionen der in der VO verwendeten Begriffe folgen in Art. 2 P2B-VO. Nach Art. 2 Nr. 2 P2B-VO bezeichnet Online-Vermittlungsdienste, Dienste der Informationsgesellschaft, die es gewerblichen Nutzern ermöglichen, Verbrauchern Waren und Dienstleistungen anzubieten, indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern vermitteln; diese Dienste werden den gewerblichen Nutzern auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses zwischen den Anbietern der Online-Vermittlung und dem gewerblichen Nutzern, die den Verbrauchern Waren und Dienstleistungen anbieten, bereitgestellt. Die Plattformen auf die diese Regelungen in erster Linie gemünzt

1439 L 186/57 abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150, abgerufen am 16.04.2020.

1440 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (788).

1441 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (789); *Busch*, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, WISO Diskurs 08/2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind, sind Online-Marktplätze wie Amazon Marketplace, Ebay, Otto, Zalando.

Ebenso umfasst sind aber Hotelbuchungsportale, Appstores, Preisvergleichportale und soziale Netzwerke, soweit Unternehmen dort ihre Produkte präsentieren, die man dann über einen Link zum Webshop erreicht.[1442]

Der **persönliche Anwendungsbereich** gilt für das Verhältnis zwischen dem Plattformbetreiber und den gewerblichen Nutzern, daher der Name Platform-to-Business (P2B-VO). Hinzukommt, dass die gewerblichen Nutzer ihre Waren und/oder Dienste auf der Plattform Verbraucher/innen anbieten müssen, damit wird auch mittelbar der Verbraucherschutz auf digitalen Märkten gestärkt.[1443] Ausgeklammert sind Business-to-Business Plattformen, d.h. die Vermittlung zwischen gewerblichen Nachfrager/innen wird nicht durch die VO abgebildet. Dafür wird die Verordnung kritisiert, denn dieser Bereich befindet sich ebenso im Wachstum und auch hier stehen sich Vertragsteilnehmer nicht unbedingt auf Augenhöhe gegenüber, was aber die Europäische Kommission pauschal angenommen hat.[1444]

bb) Relevanz für Arbeit auf Plattformen?

An dieser Stelle zeigt sich bereits der beschränkte Anwendungsbereich der P2B-VO für Arbeit in der Plattformökonomie: Zwar können Arbeitende in der Plattformökonomie gewerbliche Nutzer, mithin selbstständige Anbieter ihrer Dienste sein, aber die Rechte aus der Verordnung gelten für sie nur, wenn sie ihre Dienste gegenüber Verbraucher/innen anbieten. Das lässt die relevanten Bereiche sehr schrumpfen. Auf Designerplattformen, wo sich Crowdsourcer direkt an die Crowd Worker wenden können, wäre die Plattform im Verhältnis zum selbstständigen Designer nur insoweit aus der VO verpflichtet, als dieser seine Dienstleistung für eine/n Verbraucher/in erbringt. Ähnlich auf der Plattform upwork:

Wenn dort ein Crowd Worker beispielsweise für eine Übersetzung, ein Gutachten zu einer Rechtsfrage oder dem Programmieren einer Webseite angeheuert würde, müsste der/die Nachfrager/in der Leistung ein/e Ver-

1442 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (789).
1443 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (788).
1444 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (789); *Voigt/Reuter*, MMR 2019, S. 783–787 (784); Vorschlag vom 26.04.2018, COM (2018) 238 final, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

braucher/in sein. Denkbar sind im Bereich Gig Work Reinigungsdienste und haushaltsnahe Dienstleistungen im Allgemeinen. Wenn auf einer solchen Plattform eine Reinigungskraft ihre Dienste anbietet und gegenüber Verbraucher/innen erbringt, dann gilt im Verhältnis der selbstständigen Reinigungskraft und dem Plattformbetreiber die P2B-VO. Im Bereich der öffentlich prominenten Essenslieferdienste ist das schon nicht klar, da die gewerblichen Nutzer hier zuvörderst die Restaurants sind, die aber das Essen nicht ausliefern, sondern die Auslieferung findet über die Gig Worker statt, die sich auf der Plattform melden; die wiederum bieten gegenüber dem bestellenden Verbraucher ja nicht das Essen an, also wird für sie die P2B-VO nicht anwendbar sein.

Ohne empirische Zahlen dazu zu kennen, ist es wohl nicht gewagt, zu behaupten, dass die Rechtsverhältnisse zwischen Crowd Workern und Verbraucher/innen nicht die Hauptsache bei direkter Crowd Work bilden. Gerade bei Online-Plattformen wie upwork oder 99designs geht es darum, dass die Interaktion oftmals zwischen kleinen und mittelständischen Unternehmer/innen zustande kommt. Die Lücke, die hier die P2B-VO hinterlässt, ist keinesfalls gering und in Hinblick auf direkte Crowd Work, wo vielfach *wirklich* Selbstständige auf Plattformen ihre Dienste anbieten, hätte es hier eine Chance gegeben, Bedingungen für die gewerblichen Nutzer, die ihre Dienste auf Plattformen im Verhältnis zu anderen Unternehmen anbieten, zu verbessern.

Die Regelungen, die in der P2B-VO gefunden wurden, sind nämlich durchaus relevant und zwar unabhängig davon, ob es nur gewerbliche Nutzer sind oder ob die Dienstleistung nur gegenüber Verbraucher/innen zustande kommt.

Der Inhalt der P2B-VO zeigt nämlich schon, dass das die Probleme auf Plattformen ähnlich sind, unabhängig des persönlichen Anwendungsbereiches. Einige der Regelungen sollen daher kurz erläutert werden.

In Art. 3 der P2B-VO sind Transparenzpflichten für die AGB der Online-Plattformen festgelegt, das entspricht aber im Wesentlichen schon dem, was das nationale Recht aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB bereits verlangt.[1445]

Vorgesehen ist in Art. 3 Abs. 1 lit. c) P2B-VO, dass Plattformen die gewerblichen Nutzer in ihren AGB über die Suspendierungs- und Kündigungsgründe mindestens 15 Tage vor Umsetzung der Änderungen informieren müssen. Soll tatsächlich die Nutzung der Plattform für einen gewerblichen Nutzer beschränkt oder beendet werden, so sind ihm nach

1445 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (790); *Voigt/Reuter*, MMR 2019, S. 783–787 (785).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 4 Abs. 1 P2B-VO, die Gründe für diese Entscheidung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Die vollständige Beendigung der Nutzung ist nur wirksam, wenn dem gewerblichen Nutzer 30 Tage vor der Beendigung die Begründung auf einen dauerhaften Datenträger übermittelt worden ist, Art. 4 Abs. 2 P2B-VO. Klärungsmöglichkeiten eröffnet ein bei den Plattformen einzurichtendes internes Beschwerdemanagementverfahren, Art. 4 Abs. 3, 11 P2B-VO.

Dieses muss für gewerbliche Nutzer leicht zugänglich und kostenfrei sein, Art. 11 Abs. 1 P2B-VO; beide haben auf eine angemessene Lösung der Beschwerde hinzuarbeiten. Das soll nicht der einzige Kanal außergerichtlicher Streitschlichtung sein, denn nach Art. 12 f P2B-VO haben die Plattformen Mediatoren zur Streitschlichtung zu benennen, die sich mit den zu lösenden Probleme der gewerblichen Nutzer unparteiisch und erschwinglich, Art. 12 Abs. 2 lit. a) und b) P2B-VO, befassen können.

Wirklich hohe Relevanz haben die Regelungen zum sogenannten Ranking in Art. 5 der P2B-VO.

Nach Art. 2 Nr. 8 P2B-VO ist das Ranking, die relative Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, die über Online-Vermittlungsdienste angeboten werden, oder die Relevanz, die Suchergebnissen von Such-Maschinen zugemessen wird, wie von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten bzw. von Anbietern von Online-Suchmaschinen organisiert, dargestellt und kommuniziert, unabhängig von den für diese Darstellung, Organisation oder Kommunikation verwendeten technischen Mitteln.

Hier geht es darum, dass Online-Plattformen die Sammlung und Ordnung der möglichen Angebote von gewerblichen Nutzern vornehmen und dabei deutlich werden soll, welche Hauptparameter bei der Listung eine Rolle spielen. Das Ranking kann dabei durchaus einen Empfehlungscharakter haben, wenn die Plattformbetreiber das mit „Top-Ergebnisse" oder ähnlich betonen.[1446] Anhand welcher Kriterien diese Rankings erstellt werden, ist in der Regel unbekannt.[1447] Hier sollen die Regelungen in Art. 5 P2B-VO im Verhältnis zu den gewerblichen Nutzern in ihren AGB die Gründe für die relative Gewichtung darlegen, dabei müssen sie jedoch nicht ihre Algorithmen, die das Ranking steuern, offenlegen. Aus Verbrauchersicht geht es dabei um ein anderes Problem, nämlich, ob es zu einer unlauteren Beeinflussung des Rankings durch sachfremde Kriterien kam.[1448]

1446 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (792).
1447 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (792).
1448 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (792 mwN.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nicht minder relevant sind die Regelungen zum Datenzugang in Art. 9 der P2B-VO. Gleichwohl hält die amtliche Überschrift nicht, was sie verspricht, denn einen Datenzugang der gewerblichen Nutzer normiert sie nicht. In Art. 9 Abs. 1 P2B-VO heißt es, dass die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten in ihren AGB den technischen und vertraglichen Zugang zu personenbezogenen Daten oder sonstigen Daten oder beidem, die gewerbliche Nutzer oder Verbraucher für die Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste zur Verfügung stellen oder die im Zuge der Bereitstellung dieser Dienste generiert werden, *erläutern.* Das heißt, die Online-Vermittlungsdienste haben diese Daten, aber die gewerblichen Nutzer/innen können daraus keinen Zugang zu diesen Daten ableiten, nur eine Erläuterung. Das ist in datengetriebenen Märkten, wo Waren und Dienstleistungen anhand individueller Kundenpräferenzen optimiert werden, ein Nachteil für die gewerblichen Nutzer.[1449]

Schließlich ist zu erwähnen, dass Art. 14 der P2B-VO ein Verbandsklagerecht für Organisationen und Verbände vorsieht, die ein berechtigtes Interesse an der Vertretung gewerblicher Plattformnutzer haben. Auch können öffentliche Stellen bei Verstößen gegen die P2B-VO Unterlassungsklagen erheben, denn der einzelne Plattformnutzer könnte davor zurückschrecken, seine Rechte gegenüber der Plattform durchzusetzen wegen *„fehlende[r] finanzielle[r] Mittel, Angst vor Vergeltung und Exklusivbestimmungen für die Wahl des geltenden Rechts und Gerichtsstands“* (Erwägungsgrund 44).[1450] [Hinzufügung aus grammatikalischen Gründen, Anm. d. Verf.]

Neben berechtigter Kritik, die Verordnung sei auf *„halber Strecke zwischen den beiden im Titel der Verordnung genannten Zielen „Transparenz“ und „Fairness““*[1451] stehengeblieben, ist es ein wichtiger Schritt zu den erklärten Zielen.

Diese Überlegungen sind allesamt auch für Arbeit auf Plattformen relevant. Es wäre für Arbeitende auf Plattformen ein großer Schritt Richtung Schutz, wenn sie nur nach 30tägiger Frist und mit Begründung von einer Plattform deaktiviert werden könnten. Ähnlich wie das Ranking in Art. 5 P2B-VO geregelt ist, könnte die Reputation von Arbeitenden in der Plattformökonomie transparenter sein. Das Ranking des gewerblichen Nutzers einer Plattform entspricht der Reputation eines auf einer Plattform Arbeitenden. Wirklich geholfen wäre Arbeitenden auf Plattformen, wenn ein

1449 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (794).
1450 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (796).
1451 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (796).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

internes Beschwerdemanagement und eine außergerichtliche Schlichtung durch Mediation, eingerichtet würden.

Ein bemerkenswerter Schutz wäre zudem, wenn es Verbandsklagerechte für die Einhaltung dieser Rechte für Arbeitende in der Plattformökonomie gäbe. Es ist nicht ersichtlich, warum gewerbliche Nutzer diese Rechte, wenn sie ihre Dienste Verbraucher/innen anbieten, bekommen sollen, während alle anderen, die entweder keine gewerblichen Nutzer sind oder ihre Dienste im Verhältnis zu anderen gewerblichen Nutzern anbieten, nicht bekommen sollen. Die Gründe, weshalb es die Verordnung überhaupt gibt, nämlich die Machtasymmetrie zwischen den Vertragspartnern, ist bei Arbeitenden in der Plattformökonomie ebenfalls vorhanden. Der Schutzbedarf wird auch nicht durch die RL 2019/1152 gemindert, da dort viele Regelungen, die Arbeitenden auf Plattformen wirklich helfen würden, gar nicht genannt nicht. Dort gibt es zwar viele Regelungen, die die Arbeitsbedingungen transparenter machen sollen, aber die sich allgemein auf atypische Arbeitsverhältnisse beziehen.

Es ist ein Dilemma, zwar adressiert die RL 2019/1152 Arbeitende auf online Plattformen, aber mit nicht ausreichenden Regelungen.

Denn spezifische Regelungen zur Reputation, Beschwerdemanagement oder zur Verbandsklagerechten finden sich dort nicht. Die VO 2019/1150 beinhaltet viele inhaltlich passende Regelungen, ist aber persönlich nur eingeschränkt anwendbar.

cc) Vorschlag de lege ferenda

Sinnvoll wäre es, eine eigene Verordnung zu schaffen, die diese Probleme von Arbeit auf Plattformen wahrnimmt und vergleichbaren Lösungen wie bei der P2B-VO zuführt. Wichtig wäre es, dass diese Dinge unabhängig von dem zugrundeliegenden Vertrag Wirkung entfalten würden. Richtet man sie nur an Arbeitnehmer/innen hat man wieder das Problem zwischen der Diskrepanz zwischen dem europäischen und nationalen Arbeitnehmerbegriff.

Denkbar wäre aber auch, die P2B-VO zu erweitern. Das hätte den Vorteil, dass es bereits ein Regelwerk gibt und das Verfahren schneller wäre. Man müsste sie zum einen auf alle Arbeitenden auf Plattformen ausweiten und müsste sie auch im Bereich B2B eröffnen. Besonderheiten bei der Reputation könnten bei den Regelungen zum Ranking berücksichtigt werden. An diesen Stellen könnten einige der plattformspezifischen Probleme gelöst werden. Die P2B-VO scheint sich selbst auch als „*work-in-progress*“ zu

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verstehen, denn gemäß Art. 18 Abs. 1 P2B-VO soll die Verordnung bis zum 13. Januar 2022 evaluiert werden. Das sind gerade einmal 18 Monate nach ihrem Inkrafttreten am 12. Juli 2020.[1452]

§ 5 Zusammenfassung und Schlussüberlegungen

A. Zusammenfassung der Arbeit

1.

Das Prinzip Crowdsourcing fand eine erste Erwähnung 2006 durch den Informatiker Jeff Howe.[1453] Dieser beobachtete, wie sich Unternehmen zur Erledigung von Tätigkeiten nicht nur des klassischen Outsourcings bedienen, sondern, wie sie Aufgaben in die virtuelle Welt auslagern, die dort von den Nutzer/innen des Internets gegen Entgelt erledigt werden können. Er nannte es Crowdsourcing, weil sich Unternehmen dem Grunde nach des Outsourcings bedienten. Die Auslagerung der Aufgaben erfolgte jedoch an die Masse der Menschen, die das Internet nutzen – die Crowd. In den Folgejahren wurden die Definitionen zahlreicher und weiter. Leimeister et. al. sahen folgende Kernelemente bei jeder Crowdsourcing Initiative erfüllt:

1. Es gibt einen offenen Aufruf zur Durchführung von Aufgaben. Dieser erfolgt durch den Auftraggeber, auch Crowdsourcer oder Initiator genannt.[1454]
2. Die Mitwirkenden, bzw. Crowd Worker entscheiden per Selbstselektion, ob sie teilnehmen möchten. Crowd Worker werden in Anlehnung an das Wort Crowdsourcing auch Crowdsourcees genannt. Gelegentlich findet sich auch die Bezeichnung Digital Worker.[1455]
3. Der Interaktionsprozess erfolgt über IT-gestützte Plattformen. Diese können vom Crowdsourcer selbst aufgesetzt worden sein, sei es als betriebsinterne Plattform oder als externe Plattform, die allen Internetnutzern offen steht und durch einen Intermediär betrieben wird.

Ein solcher Crowdsourcing Intermediär ist selbst ein Unternehmen, das eine IT-gestützte Plattform betreibt, seinerseits eine aktive Crowd aufbaut, die aus Internetnutzern aus aller Welt bestehen kann und Crowdsourcing

---

1452 Darauf hinweisend auch: *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (796).
1453 1. bezieht sich auf Zusammenfassung der Kapitel § 2 A. I.-III.
1454 *Leimeister/Zogaj/Blohm* in: Benner (Hrsg.), Crowd Work, S. 16.
1455 *Leimeister/Zogaj/Blohm* in: Benner (Hrsg.), Crowd Work, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betreibenden Unternehmen die Möglichkeit bietet, Aufgaben und Tätigkeiten über die aufgesetzte Plattform auszulagern.[1456]

Dabei ist das Crowdsourcing an sich ist ein Organisationsprinzip, das in der Regel nach den oben aufgezeigten Kernelementen funktioniert.

Das wirklich Neue am Prinzip des Crowdsourcing ist, dass die Leistungserstellung nicht mehr an eine Person delegiert werden muss; die Leistungserstellung selbst steht im Mittelpunkt und Nutzer/innen können sich daran beteiligen. Dabei ergeben sich gewisse Verwandtschaften von Crowdsourcing zu Open Source, Open Innovation und user-generated content. Ursprünge des Crowdsourcing Ansatzes sind in dem Phänomen der Schwarmintelligenz zu verorten.

2.

In der Literatur werden Crowdsourcing und Crowd Work oftmals synonym verwendet.[1457] Das ist so nicht stimmig. Von Crowdsourcing als Crowd Work wird in aller Regel dann zu sprechen sein, wenn es sich um digitale Erwerbsarbeit handelt, die nach den oben aufgezeigten Crowdsourcing Prinzipien organisiert ist.[1458] Das heißt, Mitwirkung und Zielerreichung der Crowd Worker werden finanziell entlohnt. Crowd Worker tragen durch Crowd Work zu ihrem Lebensunterhalt bei, sei es durch Voll- oder Teilzeitbeschäftigung.

Bei Crowd Work werden Aufgaben nicht wie im klassischen Unternehmenskontext innerhalb von Abteilungen oder Funktionen abgewickelt. Die Crowd Worker können global verteilt sein und stellen dem Crowdsourcer ihre Arbeitskraft, also Zeit, Wissen und Fähigkeiten zur Verfügung. Crowd Work ist somit nicht nur verändertes Arbeitsmodell, um Unternehmensaufgaben internetbasiert zu verteilen, sondern es ist eine neue Arbeitsorganisationsform. Abzugrenzen ist Crowd Work gegenüber Cloudworking und Gig Work.

Die Vielfalt der Leistungen, die durch Crowd Work erstellt werden können, ist ungezählt. Im Grunde kann Crowd Work für alle Arten von Wertaktivitäten eingesetzt werden, wenn sich die Aktivität in das Internet verlagern lässt. Es kann hier eine grobe Einteilung nach einfachen und

1456 *Leimeister/Zogaj*, HBS Arbeitspapier 287, S. 21.
1457 2. bezieht sich auf eine Zusammenfassung der Kapitel § 2 B. I.-III.
1458 *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowd Worker in Deutschland, Study Nr. 323 der Hans-Böckler-Stiftung, Juli 2016, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

repetitiven Aufgaben in Form sog. Microtasks und komplexeren Aufgaben vorgenommen werden.

3.

Crowd Work bettet sich in ein wachsendes Ökosystem von Online-Plattformen ein.[1459] An dem aufgeführten Orte wurden einige empirische Studien zusammengefasst. Diese nationalen wie internationalen Studien zu Crowd Work Plattformen wenden sich verschiedenen Untersuchungsgegenständen zu. Ein Teil der Studien untersucht den Arbeitsmarkt von Crowd Work anhand der auf dem Markt vorhandenen Plattformen.

Einige Studien wenden sich den Crowdsourcern zu und untersuchen, inwieweit Crowd Work bereits in Unternehmen bekannt ist und praktiziert wird. Schließlich gibt es einige Untersuchungen, die sich die sozioökonomischen Bedingungen der Crowd Worker sowohl im nationalen und internationalen Kontext angesehen haben.

Insgesamt ist es schwierig, aus den gesamten Studien verlässliche Aussagen abzuleiten. Dafür ist Crowd Work zu vielschichtig, die Entlohnung zu unterschiedlich, die Anzahl der tatsächlich auf Plattformen arbeitenden Menschen zu ungewiss. Die Studien bilden einen ersten Aufschlag, wie sich die Situation für Crowd Worker darstellt, denn inhaltlich geben sie Auskunft darüber, wie die Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit sind. Hier treten auch wieder Gemeinsamkeiten zwischen den internationalen und deutschen Studien zu Tage. Es ist auffallend, dass Crowd Worker aller untersuchten Länder, unabhängig von ihren Lebenshaltungskosten und vorhandenen oder nicht vorhandenen Rechten für arbeitende Menschen, ähnliche Vor- und Nachteile ihrer Arbeit als Crowd Worker sehen. Durchweg schätzen alle die Flexibilität von Crowd Work. Gleichzeitig sehen sich die Befragten über alle Studien hinweg großen Nachteilen bzgl. des geringen Sozialschutzes, der fehlenden Organisationsmöglichkeiten sowie der Kontrolle durch die Plattformen ausgesetzt. Damit gibt es einen internationalen Konsens für die Schutzbedürfnisse bei Crowd Work.

Dazu gehören, faire Entlohnung, soziale Sicherheit, Organisationsmöglichkeiten, Informationsasymmetrie bzgl. der Plattformstrukturen, starke Rolle der Feedback- und Reputationsfaktoren, fehlende Verhandlungsmacht bei der Vertragsgestaltung und damit einhergehend die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen.

1459 3. bezieht sich auf eine Zusammenfassung der Kapitel § 2 C. I.-III.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.

Um Crowd Work Plattformen besser zu verstehen und bewerten zu können, muss die Funktionsweise von Plattformen insgesamt besser erfasst werden.[1460] Eine Plattform kann in ihrer Kerntätigkeit unterschiedlichsten Aktivitäten nachgehen: Ob sie nun die Arbeitskraft von Menschen gegen Entlohnung vermarktlicht, ob sie einen Marktplatz für Waren verschiedenster Händler/innen bietet, ob sie als soziales Netzwerk Aufmerksamkeit ökonomisiert oder unzählig viel mehr, ihre Funktionsweise ist immer ähnlich.

5.

Ein umfassendes Verständnis über die Funktionsweise von Plattformen erfordert einen Blick in die Organisationssoziologie.[1461] Dabei erfolgte ein Vergleich zwischen der Organisationsform Betrieb und Plattform. Im Ergebnis besetzt die Organisationsform Plattform die gleichen Organisationselemente wie ein betrieblich verfasstes Unternehmen.

In den organisationssoziologischen Bezügen geht es v.a. darum aufzuzeigen, dass sich mit der Plattform eine Organisationsform entwickelt, die alle Elemente eines betrieblich verfassten Unternehmens besetzt ohne die einzelnen Elemente mit den entsprechenden juristischen Schlussfolgerungen eines betrieblich verfassten Unternehmens zu belegen. Juristisch ist daraus die Erkenntnis zu ziehen, dass umso mehr auf die vertraglichen und tatsächlichen Verhältnisse zu achten ist.

6.

Darüber hinaus gehört es zu Funktionsweise von Plattformen umfassende Steuerungs- und Kontrollmechanismen zu implementieren.[1462]

Hierbei sind insbesondere die Bewertungs-, Feedback- und Reputationssysteme zu berücksichtigen. Die Reputation erfüllt eine Steuerungsfunktion, da sie die Crowd Worker motiviert, viele gute Bewertungen zu bekommen. Die Qualität der Bewertungen ist enorm wichtig, da sie darüber

1460 4. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 2 C. IV. 1. und 2.
1461 5. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 2 C. IV. 3.
1462 6. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 2 C. IV. 4.-5.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entscheidet, ob sie auf der Plattform bleiben können, bestimmte Jobs bekommen oder wie gut ihre Bezahlung sein kann. Für Crowd Worker ist die Reputation Fluch und Segen zugleich: Schaffen sie es immerzu gute Bewertungen zu bekommen, haben sie gute Aussichten auf der Plattform-Karriereleiter aufzusteigen, mehr zu verdienen und bessere Arbeit zu bekommen. Diese guten Bewertungen können aber auch zu einem Lock-in-Effekt führen. Das heißt, wegen der guten Reputation verbleiben Crowd Worker auf einer Plattform, obwohl sich die Arbeitsbedingungen verschlechtern können.

Das algorithmische Management ist eng verbunden mit den Bewertungs-, Feedback- und Reputationssystemen einer Plattform. Im Grunde genommen ist es die softwaregestützte Folge eines erfolgreich implementierten Reputationssystems auf einer Plattform.

Welche Arten von Aufgaben bewältigen die einzelnen Crowd Worker, wann, wie gut und noch unzählig viel mehr Daten sind den Plattformen bekannt. Dies ermöglicht es ihnen mit vergleichsweise wenig Personal eine enorme Menge Menschen zu steuern und ihnen die Aufgaben mit dem Wissen aus diesen Daten zu verteilen. Überträgt man dies auf die Welt der Arbeitsverhältnisse wird deutlich, dass Algorithmen Bewertungen durch Vorgesetzte ersetzen und so ein „algorithmisches Management" aufbauen, das aus bestimmten Ratings automatische Konsequenzen zieht, ohne die Gründe zu prüfen.

Weitere Effekte und Gegebenheiten auf Plattformen sind Netzwerk- und Skalierungseffekte, Datensammlung und Tracking, die Etablierung bestimmte Narrative wie beispielsweise, dass bestehende Regularien nicht passen sowie die in Geschäftsmodellen angelegte Informationsasymmetrie.

7.

Im zweiten Teil der Arbeit wird zunächst die arbeitsrechtliche Diskussion um Crowd Work dargestellt.[1463]

Der seit sechs Jahren andauernde arbeitsrechtliche Diskurs um die Einordnung von Crowd Workern zeigt eine Debatte, deren Ende nicht abzusehen ist- denn die deutschen Arbeitsgerichte haben noch keine rechtskräftige Entscheidung getroffen. Nach einer solchen dürfte es einen weiteren Diskussionsschub geben, der – je nachdem – eine große Überraschung oder unter „war-ja-abzusehen" verbucht werden dürfte. Hieran schließt

1463 7. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 3 A.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich eine Darstellung des Arbeitnehmerbegriffes, wie er in § 611a BGB Eingang gefunden hat, an.

8.

Ob Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen zu sehen sein könnten wird hier in Bezug auf die Plattformen Roamler und clickworker untersucht.[1464] Zu diesem Zweck erfolgt eine Tatsachensammlung über die Arbeitsorganisation auf diesen beiden Plattformen. Hieran schließt sich die Prüfung an, ob Crowd Worker, die auf diesen Plattformen tätig sind, als Arbeitnehmer/innen zu sehen sein könnten. Diese Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass diese Crowd Worker Arbeitnehmer/innen sein könnten. Crowd Worker, die aufgrund von Einzelverträgen oder qua Realofferte über einen längeren Zeitraum auf den Plattformen Clickworker und Roamler tätig werden, sind umfassend weisungsgebunden; sie haben kaum Gestaltungsspielraum bei der Durchführung der angenommenen Aufgaben. Die Crowd Worker erhalten für jede Aufgabe eine genaueste Beschreibung, wie sie durchzuführen ist. Grundsätzlich wertet das BAG eine detaillierte Beschreibung als starkes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, da die Arbeitsleistung in diesen Fällen einem Weisungsrecht entzogen ist.[1465] Jedoch erkennt das BAG auch, dass *„ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer…nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer [wird].*"[1466] Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung, wonach bei einfachen Tätigkeiten vorweggenommene Weisungen eher für eine persönliche Abhängigkeit sprechen können.[1467] Das liegt in den hier besprochenen Fällen vor.

Die sehr konkrete Beschreibung der geschuldeten Leistung ist wertungsmäßig als Weisung einzuordnen.

Darüber hinaus sind sie zeitlich weisungsgebunden, da sie nach Vertragsschluss engen zeitlichen Vorgaben unterliegen: die Zeit, die sie zur Fertigstellung einer Aufgabe benötigen sollen, wird konkret festgelegt. Diese zeitlichen Vorgaben sind keine freie Gestaltung der Arbeitszeit wie es § 611abs. 1 S. 3 BGB und § 84 Abs. 1 S. 2 HGB für Selbstständige vorse-

1464 8. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 3 B. I.-II.
1465 BAG, Beschluss v. 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – NZA 1992, S. 407, 409; BAG, Urteil v. 13.11.1991 – 7 AZR 31/91 – NZA 1992, S. 1125.
1466 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 5 AZR 282/12.
1467 BAG, Urteil vom 16.07.1997 – 5 AZR 312/96, NZA 1998, S. 368 (369).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen. Der Zeitraum, innerhalb dessen die Aufgabe zu erstellen ist, ist so knapp bemessen, dass kein Spielraum verbleibt, seine Arbeitszeit frei zu gestalten.[1468]

Die Crowd Worker auf Roamler und Clickworker sind darüber hinaus örtlich weisungsgebunden und zwar an einem virtuellen Arbeitsort. Mit der Pflicht, die Arbeit über eine App hochzuladen, bzw. über eine Schnittstelle auf der Benutzeroberfläche wird ihnen ein virtueller Arbeitsort zugewiesen. Die Überlegungen, dass es der Natur der Sache geschuldet ist, dass diese Tätigkeiten nun mal auf Benutzeroberflächen im Internet ausgeführt werden, greifen zu kurz, denn die grundsätzliche Voraussetzung, dass sie arbeiten können, ist, dass sie sich aktiv auf den Interfaces der Plattformen einfinden. Für Crowd Worker ist das der Arbeitsraum, der Betrieb, wenn man so möchte. Darin ist eine örtliche Weisung zu sehen.

Damit unterliegen Crowd Worker auf Roamler und Clickworker einer **Weisungsbindung in fachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht.**

Schließlich sind Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und Clickworker umfassend **fremdbestimmt**. Die Fremdbestimmung äußert sich im algorithmischen Management der Plattformen. Crowd Worker können keine Entscheidung außerhalb der zur Verfügung gestellten Software treffen. Die Crowd Worker haben keinen Einfluss auf die Funktionsweise oder Programmierung. Die Arbeitsorganisation ist damit komplett plattformseitig bestimmt**.** Crowd Worker haben sich in diese Arbeitsorganisation zu integrieren, möchten sie Teil einer Crowd Work Initiative sein.

Crowd Worker bei Clickworker und Roamler sind jederzeit in eine fremde Organisationsstruktur und Arbeitsteilung eingegliedert, denn der Produktionsablauf ist fest vorgegeben. Sie integrieren die Kleinstaufgaben wieder in den Wertschöpfungsprozess. Damit besteht ein vorgegebener Produktionsablauf, ein bestimmter Workflow, wie die Arbeit erledigt wird. Auch ist darin kein Werk zu sehen, denn es fehlt an einem Werk.

Eine App kann nicht dazu führen, dass aus einem unselbstständigen Produktionsschritt ein selbstständiger werde, weil jemand physisch von der Wertschöpfung entfernt wird.

Die Reputations-, Feedback- und Bewertungssysteme führen als nachträgliche Bewertung ihrer Tätigkeit ebenfalls zu einer Fremdbestimmung, die persönliche Abhängigkeit begründet. Das liegt daran, dass nicht nur ein Ergebnis, sondern auch die Art und Weise, wie die Tätigkeit erbracht wurde, bewertet werden.

1468 Grundsätzlich: BAG, Urteil vom 07.05.1980 – 5 AZR 293/78 – AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 35; *Berger-Delhey/Alfmeier*, NZA 1991, S. 257–263 (258).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die unternehmerische Eigenbestimmung ist durch die umfassende Abgeschlossenheit des plattformseitigen Ökosystems schlicht nicht vorhanden. Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und Clickworker können folglich Arbeitnehmer/innen sein.

9.

Im Allgemeinen ist die Bewertung, ob Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, eine Frage der Einzelbetrachtung.[1469] Für die hier zu prüfenden Fälle einer Crowd Work Tätigkeit auf den Plattformen Roamler und clickworker können Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sein. Dazu müssen sie wirtschaftlich von der Plattform abhängig sein, also dauerhaft einen zur Existenzsicherung wesentlichen Teil ihres Einkommens von einer Plattform beziehen. Darüber hinaus müssen sie ähnlich wie Arbeitnehmer/innen sozial schutzbedürftig sein. Wie oben aufgezeigt wurde, kann dies auf beiden Plattformen der Fall sein. Wesentlich ist hier, dass alle vertraglichen Beziehungen nur zwischen der Plattform und den Crowd Workern bestehen.

Im Weiteren wurde untersucht, ob Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und Clickworker gegenwärtig unter das HAG fallen können, da sie Heimarbeiter/innen iSd. § 2 Abs. 1 HAG sein könnten.

Das kann für alle Fälle von Crowd Work relevant werden, wo die Bindung insbesondere an die Plattform besteht und die Tätigkeit erwerbsmäßig, also auch mit einer bestimmten Dauer, verbunden ist.

10.

Im dritten Teil der Arbeit werden zunächst weitere Modelle des Arbeitnehmerbegriffes besprochen.[1470] Insbesondere das alternative Modell nach *Wank*, aber auch die Modelle eines abgestuften Arbeitsrechts. Nach dem Alternativmodell von *Wank* könnten Crowd Worker ohne eigene Organisation als Arbeitnehmer/innen zu sehen sein. Die Modelle eines abgestuften Arbeitsrechts fragen verstärkt nach dem Schutzzweck bestimmter arbeitsrechtlicher Regelungen und bestimmen den Arbeitnehmerbegriff

1469 9. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 3 B. III.-IV.
1470 10. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 4 A.-B.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

danach, ob jemandem der Schutz einer Regelung zugesprochen werden sollte. Indes hat sich keines der Modelle durchgesetzt.

Im europäischen Arbeitsrecht gibt es nicht einen Arbeitnehmerbegriff, sondern viele. Einmal jenen aus dem primären Europarecht und jenen aus dem sekundären Europarecht, der sich hauptsächlich nach Richtlinien bestimmt. Klar ist: Die Geltung von Arbeitnehmerschutzrechten ist im europäischen und deutschen Arbeitsrecht davon abhängig, ob eine Person als Arbeitnehmer/in qualifiziert werden kann.[1471] In diesem Zuge ist es sowohl der deutschen als auch der europäischen Rechtsprechung und Gesetzgebung daran gelegen, einen Vertragstypenmissbrauch zu verhindern, bei dem Tätigkeiten aufgrund flexibilisierter und digitalisierter Arbeitsstrukturen außerhalb des Arbeitsrechts in nur scheinbar selbstständigen Beschäftigungsverhältnissen erbracht werden.

Dennoch unterliegen nationaler und europäischer Arbeitnehmerbegriff erheblichen Divergenzen, die letztlich dazu führen, dass nicht klar beantwortet werden kann, ob eine Person, die nach nationalem Recht nicht Arbeitnehmerin wäre, nach europäischem Arbeitsrecht doch als Arbeitnehmerin zu sehen ist, soweit sie diesen Anspruch durch einen europäischen Rechtsakt begründet. Der Grund für diese Divergenzen ist in einer unterschiedlichen Schwerpunktsetzung beim Auslegungsergebnis und mit der Auslegungsmethode an sich zu erklären. Der EuGH legt eher eine teleologische Begriffsbildung zugrunde und fragt danach, wer den Schutz der jeweiligen Regelung „verdient" hat. Des Weiteren stellt der EuGH mit seiner eigenen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes nicht zwingend auf den Rechtsgrund *Arbeitsverhältnis* ab, sondern lässt eine *arbeitsgleiche Tätigkeit* genügen.[1472] Damit können Rechtsverhältnisse, die auf Status beruhen wie Beamte, auf gesellschaftsrechtlichen Gründen oder auf privaten Dienstverhältnissen, dennoch dem Arbeitnehmerbegriff nach Unionsrecht unterfallen.[1473] Dieser tätigkeitsbezogene Ansatz geht einher mit einer weiten Auslegung der Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes.

1471 Auch das Einfache muss zur Sortierung der Gedanken herausgestellt werden, so: *Henssler/Pant*, RdA 2019, S. 321–332 (321).

1472 *Temming*, SR 2016, S. 158–168 (163).

1473 EuGH, 14.10.2010 – Rs. C-243/09 („Fuß"); EuGH, 04.12.2014 – Rs. C-413/13, zitiert nach juris Rn. 33 („*FNV Kunsten Informatie en Media*"); EuGH 11.11.2010, Rs.C-232/09, NJW 2011, S. 2343–2347, Rn. 46 („*Danosa*"); EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZG 2016, S. 1432–1437 („Rot-Kreuz-Schwestern"/"Ruhrlandklinik").

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

11.

Im letzten Abschnitt der Arbeit wird der Frage auf den Grund gegangen, was Crowd Workern tatsächlich helfen würde.[1474] Wenn man sich die drängendsten Probleme von Crowd Workern ansieht, erkennt man, dass dies nicht zwangsläufig statusbezogene Beschwerden sind. Viele monieren, dass sie von einem Moment auf den anderen von der Plattform deaktiviert werden können. Sie werden dann von Verdienstmöglichkeiten abgeschnitten. Die erarbeitete Reputation, die Zeit und Mühe gekostet hat und letztlich das immaterielle Zeugnis aller Crowd Worker darstellt, ist nicht mehr zugänglich. Je nach Abhängigkeitsgrad kann das wirtschaftlich bedrohlich werden.

Hinzukommt, dass Klärungsmöglichkeiten meist nicht eröffnet werden. Würde man allein für diese Probleme der Deaktivierung, eines Beschwerdekanals, des Reputations- und Datenschutzes eine Lösung finden, wäre vielen Crowd Workern in ihrem täglichen Arbeiten schon geholfen. Auch, wenn damit viele der oben angesprochenen arbeitsrechtlichen Probleme mitnichten geklärt wären.

Hier wird auch nach Lösungsmöglichkeiten gesucht, die auch außerhalb des klassischen Rechtsweges stehen. Diskutiert werden Selbstverpflichtungen und Ombudsstellen.

Überlegenswert ist aber auch, wie mittels Technologie das rechtlich Wünschenswerte in das Design einer Plattform programmiert werden könnte. Diese Diskussion kann man als *„Regulation by design"* bezeichnen. Das Vorgehen ist aus dem Datenschutzrecht unter *„Data Protection by design"* bekannt. Das Prinzip kann aber ausgeweitet werden. Ein Crowd Worker sollte nicht zuerst ein formelles Verfahren verwiesen werden, um seine Ratings mitnehmen zu können. Dies sollte in das Softwaredesign einer Plattform programmiert werden können.

Wenn Plattformen beispielsweise dazu verpflichtet werden können, die Mitnahme einer Reputation zu ermöglichen, dann kann dies bereits die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Plattformen so ändern, dass sie sich um ihre Crowd mehr bemühen müssen und so ihre Arbeitsbedingungen verbessert werden. Eine solche Mitnahme sollte so einfach sein, wie die Anmeldung bei einer Plattform, nämlich indem man einen Button anklickt. Es geht dabei darum, auf das Software-Design einer Plattform Einfluss nehmen zu dürfen, denn wenn Plattformen durch Software-Design Fakten schaffen, dann ist eine vielversprechende Regulierung darin

1474 11. bezieht sich auf eine Zusammenfassung des Kapitels § 4 C.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu sehen, dass sie dieses Software-Design nicht nur im eigenen Interesse gestalten.

Für Crowd Worker interessante Regelungen finden sich in der der DSGVO und in der P2B-Verordung 2019/1150 zu sehen.

Eine für Arbeit auf Plattformen relevante Regelung könnte Art. 20 DSGVO sein. Sie umfasst das Recht auf Datenübertragbarkeit.

Nach Art. 20 Abs. 1 DSGVO hat eine betroffene Person das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln.

Die Erwägungen hinter dieser Regelung waren, dass Betroffenen ein höheres Maß an Flexibilität zukommen soll, wenn sie andere Anbieter nutzen wollen und ihre persönlichen Daten diesem neuen Anbieter übermitteln wollen.[1475] Auf diese Weise sollen die – auch in der Plattformökonomie – monierten Lock-in-Effekte, verringert werden. Könnten Crowd Worker gestützt auf diese Regelung ihre Reputation auf eine andere Plattform mitnehmen? Die Antwort darauf kann nicht pauschal ausfallen. Crowd Worker sollten ein Recht auf die Übertragbarkeit ihrer Nutzungsdaten haben, zumindest in der Form, dass auch Bewertungen ihrer Arbeit durch Tools wie Likes, Sterne o.Ä. portabel sind. Wörtliche Rezensionen Dritter würden wohl als „von Dritten bereitgestellt" nicht unter Art. 20 DSGVO fallen. An dieser Stelle kann Art. 20 DSGVO auch als Ausgangspunkt für eine Gesetzgebung für Crowd Worker betrachtet werden, damit eine umfassende Mitnahme der Reputationsdaten ermöglicht werden kann.

Eine für Crowd Work oder Arbeit auf Plattformen interessante Regulierung ist die P2B-Verordnung der EU. Die P2B-VO schafft einen umfassenden Regelungsrahmen für die Plattformwirtschaft in der EU: Anforderungen an die Transparenz der AGB der Plattformbetreiber steigen, ebenso die Transparenz hinsichtlich Ranking Kriterien, ebenso wird die Rechtsdurchsetzung durch Beschwerdemanagement, Mediation und Verbandsklagerecht erleichtert.[1476]

1475 *Däubler* in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, 1. Aufl. 2018, Art. 20 DSGVO, Rn. 1; *Munz* in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 20 DSGVO, Rn. 1.

1476 *Busch*, GRUR 2019, S. 788–796 (788).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit gehen die auch in dieser Arbeit bereits besprochenen plattformspezifischen Probleme einher: Machtungleichgewicht durch einseitige AGB, vielschichtige Informationsasymmetrien bzgl. des Zustandekommens des Rankings bzw. der Reputation, fehlende Beschwerdekanäle, grundlose Deaktivierung von Accounts. Allerdings ist der persönliche Anwendungsbereich der Verordnung sehr eng.

Er gilt für das Verhältnis zwischen dem Plattformbetreiber und den gewerblichen Nutzern, daher der Name Platform-to-Business. Hinzukommt, dass die gewerblichen Nutzer ihre Waren und/oder Dienste auf der Plattform Verbraucher/innen anbieten müssen, damit wird auch mittelbar der Verbraucherschutz auf digitalen Märkten gestärkt.

Zwar können Arbeitende in der Plattformökonomie gewerbliche Nutzer, mithin selbstständige Anbieter ihrer Dienste sein, aber die Rechte aus der Verordnung gelten für sie nur, wenn sie ihre Dienste Verbraucher/innen anbieten. Das lässt die relevanten Bereiche sehr schrumpfen. Hier wäre die Verordnung nachzubessern, bzw. eine eigene Regulierung für Arbeitende in der Plattformökonomie zu schaffen, die diese Probleme behandelt.

Die Überlegungen verstehen sich als Denkanstöße, die in Zukunft vertiefter zu besprechen sein werden.

B. Abschluss

Diese Arbeit versucht einen neuen Blick auf Crowd Work zu werfen. Einen Blick, der sich der tatsächlichen Arbeitsorganisation auf Microtask Plattformen zuwendet. Das Licht der Aufmerksamkeit liegt dabei *auch* auf der besonderen Funktionsweise von Plattformen. Dies berührt zwangsläufig Fragen, die nicht nur rechtswissenschaftlicher Natur sind, so dass sich an mehreren Stellen Ausflüge in die Organisationssoziologie und Betriebswirtschaftslehre finden. Die verdiente Tiefe bleibt hier den Expert/innen ihrer Gebiete vorbehalten. Insgesamt versteht sich die Arbeit als Beitrag, der Diskussionen aufwerfen soll, denn die Zukunft der Arbeit birgt Dinge, die wir nicht absehen können. Je früher wir die Diskussion starten, desto wahrscheinlicher können wir Dinge gestalten. Auch wenn die Zahlen zu Crowd Work nicht alarmierend scheinen, halte ich eine echte Debatte und sich daraus abzuleitende gesetzliche Regelungen über die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes, der arbeitnehmerähnlichen Person sowie der Heimarbeitsrechts für sehr angebracht. Natürlich wird darüber immerzu diskutiert. Wichtig ist, dass genau untersucht wird: Ist das Arbeitsverhält-

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nis anschlussfähig für neue Arbeitsorganisationsformen? Wie sich aus der Arbeit zeigt, ist dies zu bejahen. Die üblichen Umgehungsstrategien sind – wie immer – zu enttarnen. Das entpflichtet alles nicht von weiteren Überlegungen Schutzlücken jedweder Art zu schließen – so wie es in dieser Arbeit an mehreren Stellen anklingt.

Insgesamt müssen wir einen stärkeren Fokus auf digitale Erwerbsarbeit legen. Ob wir das Ganze Crowd Work nennen oder morgen über „AI-Work" und „Virtual-reality"-Work sprechen, ist doch letztlich nur ein „Label" und damit austauschbar. Fakt ist, Technologie birgt Potentiale und bietet dem (Arbeits-)Leben enorme Erleichterungen und Freiheiten. Fakt ist auch, Technologie birgt Gefahren, die alle Freiheiten zunichtemachen können. Das ist kein Ausdruck von Technikfeindlichkeit, nur von Aufklärung.

Ein letzter Fakt ist, dass Menschen nicht besonders gut darin sind, vorzusorgen, wenn sie sich das Ausmaß der Entwicklungen nicht vorstellen können. Diese Arbeit wird zu einem Zeitpunkt fertiggestellt als das Virus Sars-Cov 2 die Welt einnahm. Hier wird das mit der Vorsorge und Solidarität nochmal aus ganz verschiedenen Perspektiven deutlich.

Ein Aspekt in einer „Arbeitswelt mit Pandemie" brachte hervor, dass das „Home-Office" besser funktioniert als viele Arbeitgeber/innen sich das vorstellen konnten. Denken wir hier einen Schritt weiter: Könnte hier nicht ein weiteres Online-Outsourcing stattfinden?

Wieso sollten Arbeitgeber/innen dabei auf Deutschland beschränkt bleiben, wenn sie merken, dass sie mit jemandem in Indien ebenfalls eine gute Leistung erzielen und das zu einem geringeren Teil der Personalkosten?[1477] Wird diese Arbeit über eine Plattform organisiert, haben wir v.a. damit ein Problem, dass wir gar keine Arbeit haben. Wenn die Arbeit in Deutschland bliebe, wären die arbeitenden Menschen noch Arbeitnehmer/innen? Ich erinnere an dieser Stelle an die sog. „*Weight Watchers*" Entscheidung, wo eine unternehmerische Umstrukturierung aus Arbeitnehmer/innen auch Selbstständige machte.[1478] Vielleicht hätten wir auch eine Menge mehr Heimarbeiter/innen, wenn wir an die besprochene Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2016 denken.

1477 Dieses Beispiel greift Prof. *Felbermayr* (Präsident Kieler Institut für Weltwirtschaft) im Interview mit *Bidder*, Spiegel Online auf: „Das wird ein Zangenangriff auf Deutschlands Wohlstand", Spiegel Online vom 17.05.2020, abrufbar unter: https://www.spiegel.de/wirtschaft/corona-krise-das-wird-ein-zangenangriff-auf-deutschlands-wohlstand-a-eaf27caa-342d-4aca-bcb1-e84b15ca5a2d abgerufen am 24.05.2020.

1478 BAG, Urteil vom 09.05.1996 – 2 AZR 438/95 –, BAGE 83, 127–149.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei alldem ist zu bedenken:

Wenn Arbeit im virtuellen Raum wie auf einem Wühltisch verteilt wird, dann gilt auch das Prinzip Wühltisch – keiner fühlt sich verantwortlich, wenn etwas runter fällt. Bedrückend ist, wenn es Menschen sind, die herunterfallen könnten. Grund genug, sich mit diesen Dingen zu befassen – ohne Rücksicht darauf, ob es 10.000 oder 10.000.000 betrifft.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748924548-361 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY