2. Teil Rechtliche Bewertung von Crowd Work

„Wer nur in den Gesetzen das Arbeitsrecht sucht, wird es niemals finden. Die Gesetze spiegeln nur die allgemeinen Tatbestände des Arbeitslebens wider. Die Fülle seiner wirklichen Gestaltungen lässt sich daraus nicht erkennen….erst die Tatsachen machen das Arbeitsrecht sichtbar.“[381]

Hugo Sinzheimer

§ 3 Fallstudie für das Cluster Microwork am Beispiel zweier Plattformen

Wie sich aus dem oben Dargestellten ergibt, bereitet es einige Schwierigkeiten die Crowd Worker abzubilden. Die Heterogenität der Arbeit und Plattformen zeigt, dass arbeitsrechtlich differenziert werden muss. Eine arbeitsrechtliche Lösung nach dem Motto *„one size fits all“* wird sich dabei m.E. nicht finden lassen. Die Crowd ist vielfältig, soviel dürfte mittlerweile klar sein: Während manche Spezialisten auf Crowd Work Marktplätzen in ihrer Tätigkeit völlig frei sind, unterliegen Microworker auf den Plattformen stärkeren Kontrollen, die arbeitsrechtlich relevant werden können. Im Folgenden wird zu untersuchen sein, wie die Arbeit auf Microwork Plattformen arbeitsrechtlich zu bewerten ist.

Hierzu wird zunächst der rege Diskurs in der juristischen Literatur aufgezeigt (§ 3 A.). An dieser Stelle ist auch das Abgrenzungsproblem des Arbeitsvertrages verortet, d.h. die abstrakt generellen Voraussetzungen des Arbeitsvertrages sind darzustellen. Daran schließt sich die Einordnung des Vertrages an.[382]

Zu diesem Zweck liegt das Licht der Aufmerksamkeit auf zwei bekannten in Deutschland tätigen Microwork Plattformen, clickworker und Roamler. Zu Beginn wird dargestellt, wie die Arbeit auf diesen Plattformen tatsächlich im Einzelnen ausgestaltet ist (§ 3 B. I.). Im Falle eines arbeitsgerichtlichen Prozesses würde ebenfalls eine Tatsachensammlung in Form eines Tatbestandes erfolgen. Anschließend werden die Vertragsverhältnisse

---

381 *Sinzheimer* über Lotmar, in: Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, 1937, S. 207 ff. (207, 215, 217 ff.).

382 Vgl. *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 29 f., der zwischen dem Abgrenzungs- und Einordungsproblem differenziert.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen den Beteiligten herausgearbeitet (§ 3 B. II.). Daraufhin wird geprüft, ob die Rechtsverhältnisse der Crowd Worker auf den Plattformen clickworker und Roamler unter § 611a BGB zu subsumieren sind (§ 3 B. III.). Eine Prüfung der arbeitnehmerähnlichen Person erfolgt unter § 3 B. IV., ebenso wie die Prüfung der Heimarbeitsgesetzes (HAG) unter § 3 B. V.

A. *Die bisherige Diskussion um die arbeitsrechtliche Einordnung von Crowd Workern sowie der neugeschaffene § 611a BGB*

Die Nomenklatur des Arbeitsrechts weist Verantwortlichkeiten und Rollen zu, aus denen sich Rechtsfolgen ergeben.[383] Der Begriff des Arbeitnehmers bildet den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und ist dessen Eintrittskarte.[384] Wird festgestellt, eine arbeitende Person ist Arbeitnehmer/in, gilt für sie das gesamte Arbeitsrecht. Ist das nicht so, gilt sie als Selbstständige mit der Folge, dass das private Wirtschaftsrecht Anwendung findet.[385] Für die Prüfung, ob ein Rechtsverhältnis nach Arbeitsrecht bewertet wird, muss folglich zuvor geprüft werden, ob die betreffende Person in einem Arbeitsverhältnis steht, mithin Arbeitnehmerin ist. In Bezug auf Crowd Worker ist dies in der arbeitsrechtlichen Literatur der letzten Jahre bereits diskutiert worden.[386]

Die Debatte unterschied m.E. allerdings zu wenig nach den einzelnen Plattformen, die unterschiedliche Arbeitsbedingungen und Modelle bie-

---

383 *Schneider-Dörr*, HBS Paper Nr. 116, Feb. 2019, S. 45.

384 *Däubler* in: *Henssler et. al.* (Hrsg.), FS Wank (2014), S. 81–93 (89).

385 *Deinert*, Solo-Selbstständige zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Nomos Verlag 2015; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–572 (569).

386 Chronologisch, aktuell beginnend: *Walzer*, Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker, Nomos 2019; *Kocher* in: Hensel et. al. (Hrsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213, Nomos 2019; *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18 Crowdwork, Bund Verlag 2018; *Pacha*, Crowdwork, ZAAR 2018; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, C.H. Beck 2018; *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie – eine Literaturauswertung, Forschungsbericht 499 für das BMAS, 2017; *Waas*, Crowd Work in Germany, S. 146 ff.; im Grunde die gesamte Ausgabe CLLPJ 2016 insbes. *Prassl/Risak*, S. 619 ff.; *Cherry*, S. 577; *Däubler*, SR 2016, S. 89 ff.; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041; *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047; *Klebe*, AuR 2016, S. 277–281; *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016, S. B 103 ff.; *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015; *Risak*, ZAS 2015, S. 1–15; gesamte Ausgabe, Arbeitsrecht im Betrieb, Sonderausgabe September 2015, Gute Arbeit für die Crowd; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, S. 1–4, *Däubler* in: Benner (Hrsg.) Crowdwork – Zurück in die Zukunft, S. 243–274.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten. Diese Unterschiede können sich durchaus darauf auswirken, ob jemand Arbeitnehmer/in ist oder nicht. Die Diskussion nahm die Unterschiede der Plattformen dem Grunde nach zur Kenntnis, so wurde schon unterschieden, ob es sich um Gig Work oder Crowd Work handle.[387] Jedoch blieb eine detaillierte Berücksichtigung der tatsächlichen auf Microwork Plattformen vorzufindenden Bedingungen und ihre mögliche Relevanz für die Arbeitnehmereigenschaft aus. Diese m.E. bestehende Lücke soll die folgende Prüfung schließen. Dabei liegt das Augenmerk auf den o.g. Microwork Plattformen clickworker und Roamler. Vorangestellt ist eine chronologische Darstellung der juristischen Diskussion um die Arbeitnehmereigenschaft von Crowd Workern.

I. Bisheriger Stand in der arbeitsrechtlichen Literatur

Viele Autor/innen kommen zu dem Schluss, dass Crowd Worker keine Arbeitnehmer/innen sind. Einige sehen jedoch für Crowd Worker, die auf Microtask Plattformen arbeiten, Möglichkeiten als Arbeitnehmer/innen klassifiziert zu werden. Manche äußern sich auch zur Möglichkeit Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen und/oder unter dem Aspekt des Heimarbeitergesetzes zu sehen. Die Darstellung findet in chronologischer Abfolge statt, um so auch die Entwicklung der Diskussion aufzuzeigen.

1. 2014

Klebe/Neugebauer beschreiben das Phänomen Crowdsourcing und stellen den rechtlichen Rahmen dar: Danach agieren die Plattformen als Vermittler auf Seiten der Crowd Worker und auf Seiten der Unternehmen.

Externe Crowd Worker werden dort als Selbstständige angesehen und auch eine Arbeitnehmerähnlichkeit wie im Sinne des § 12a TVG scheide aus, da sich die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht auf wenige Personen begrenzen lasse und gegenüber dem Auftraggeber/in wegen der herrschenden Anonymität nicht nachzuweisen wäre.[388]

---

387 Siehe sogleich unter § 3 A. I.
388 *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, S. 4–7.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. 2015

Däubler äußert **2015** zu Beginn der juristischen Debatte in Deutschland Bedenken, ob Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen gesehen werden können. Er sieht hier den Austausch unter Selbstständigen als dominierend, da Crowd Worker keinen Weisungen nachkommen, sondern lediglich vordefinierte Anforderungen erfüllen müssen. Wie Arbeitende ihre Tätigkeit organisieren, interessiere weder Plattformbetreiber noch das Unternehmen, das die Plattform beauftragte. Es gehe um eine „*reine Transaktion Arbeitsprodukt gegen Geld*".[389]

In einem weiteren Beitrag gemeinsam mit ***Klebe*** untersucht ***Däubler***, ob externe Crowd Worker ein Arbeitsverhältnis mit der Plattform unterhalten und infolgedessen Arbeitnehmer/innen sind.[390] Sie fassen dabei zusammen, dass auf Plattformen die Aufgaben bereits vorab im „*Angebot*" abschließend definiert werden. Weisungen werden so überflüssig. Des Weiteren seien Crowd Worker in der Regel frei, wo und zu welchem Zeitpunkt sie arbeiten wollen, auch erhalten sie typischerweise keine Weisungen, sondern arbeiten Aufträge ab; insofern erscheine eine Qualifizierung als Selbstständige zunächst plausibel. Die Autoren verweisen auf eine Entscheidung des BAG, wonach eine umfassende „Vorprogrammierung" der zu erbringenden Tätigkeit gegen die Arbeitnehmereigenschaft spreche.[391] Weiterhin führen sie eine Modifikation dieser Rechtsprechung an, wonach der sehr geringe Spielraum gerade dafür sprach, jemanden als Arbeitnehmer/in zu sehen.[392] Des Weiteren kommen die Autoren zu dem Ergebnis, dass die Einbeziehung von Crowd Worker/innen unter die anwendbaren Regelungen der arbeitnehmerähnlichen Person von den konkreten Umständen abhinge.[393]

Sie gehen die Voraussetzungen für die arbeitnehmerähnliche Person durch: Hat das von einer Plattform oder einem Unternehmen bezogene Einkommen existenzsichernde Bedeutung? Bezieht ein Crowd Worker von einem Vertragspartner mehr als die Hälfte aller Einnahmen? In der Sache kommen sie zu dem Schluss, dass die Geschäftsmodelle der Plattformen

389 *Däubler* in: Benner (Hrsg.), Crowd Work, Bund Verlag 2015, S. 243–274 (246).
390 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041.
391 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1035) mit Verweis auf BAG, NZA 1993. S. 174.
392 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1035) mit Verweis auf BAG, BAGE 86, S. 170, NZA 1998, S. 368 (379).
393 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durchaus eine wirtschaftliche Abhängigkeit entstehen lassen können.[394] Zu ähnlichen Ergebnissen kommen sie bei der Anwendung des Heimarbeitsgesetzes, die möglich ist, aber man könne nicht davon ausgehen, dass dies im Regelfall so ausfallen dürfte.[395]

Gleichwohl bleibe es bei der Qualifizierung als Selbstständiger. Die Autoren wollen das aber nicht so stehen lassen und überlegen weiter, ob nicht doch von „persönlicher Abhängigkeit" die Rede sein kann, wenn die Weisungen im Vertrag vorweggenommen sind und zusätzlich noch zeitliche Vorgaben und eine fortwährende Kontrolle beispielsweise über Screenshots erfolge.[396]

Lingemann/Otte beleuchten in ihrem Beitrag zunächst allgemein die „economy on demand"; dabei untersuchen sie v.a. UBER, erwähnen aber auch, reine Online-Plattformen. Dabei haben sie jedoch nicht Crowd Work als Arbeitsmodell im Blick, sondern Dienstleistungen wie ärztliche oder anwaltliche Beratung.[397] Gleichwohl untersuchen sie am Beispiel UBER, ob die Fahrer/innen als Arbeitnehmer/innen oder als Selbstständige zu qualifizieren seien. Sie verweisen darauf, dass nach der Rechtsprechung des BAG die Arbeitnehmereigenschaft von Taxifahrern vor allem von der Eingliederung in den Betrieb sowie dem Grad der Weisungsgebundenheit abhinge.[398] Bei UBER seien die Fahrer/innen im Wesentlichen in ihrer Tätigkeit frei und keinen Weisungen unterworfen – weder bzgl. des Standorts noch sei ein Minimum an Fahrten pro Tag/Woche vorgegeben.[399] Insbesondere könne ihrer Ansicht nach die Zurverfügungstellung einer App keine Arbeitnehmereigenschaft begründen, da sie kein Betriebsmittel sei und die Fahrer/innen durch die Vermittlungsprovision für die Nutzung der App bezahlen.

Gleichwohl schicken sie eine lange Begründung hinterher, wie UBER einem Risiko der Scheinselbstständigkeit unterliege und wie es zu umgehen sei.[400] Nämlich indem die Vermittler möglichst wenig konkrete Vorgaben zu Arbeits- oder Produktionsmitteln, persönlichen Qualifikationen, Arbeitskleidung und -bedingungen machten, keine Arbeitsmittel zur Verfügung stellen, keine Weisungen erteilen sollten bzgl. Einsatzort und

394 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036).
395 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (18).
396 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1035).
397 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047 (1042).
398 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047 (1043) mit Verweis auf BAG, NZA 1986, S. 688-690.
399 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047 (1042).
400 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047 (1044, 1046).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einsatzzeit und kein Bewertungssystem etablierten, das über eine reine Qualitätsbeurteilung hinausgehe.[401]

Nach ***Günther/Böglmüller*** ist Crowdworking eine moderne Form von Drittpersonaleinsatz, die sich der modernen Kommunikationsmittel bediene. Sie betonen, dass eine Zuordnung „*des Crowdworkers zu selbstständiger Tätigkeit oder sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung … nur für jeden Einzelfall beurteilt werden* [könne]".[402] Grundsätzlich sehen sie einige Indizien, die für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen können, nicht als erfüllt an: Jemand werde nicht zum Arbeitnehmer, weil er/sie auf die technische Einrichtung oder das Personal des Vertragspartners angewiesen seien; wegen der Ortsungebundenheit scheide das für das Arbeitsverhältnis typische örtliche Weisungsrecht des Arbeitsgebers von vorneherein aus. Ähnlich verhalte es sich bezüglich des zeitlichen Weisungsrechts – eine zeitliche Vorgabe, wann etwas fertig zu sein habe, sei nicht mit dem zeitlichen Weisungsrecht des Arbeitgebers zu vergleichen und mache einen selbstständigen Dienstleister nicht zum Arbeitnehmer.[403] Insgesamt seien Crowd Worker nicht schutzbedürftiger als klassische Dienstleister, so dass „*unsystematische Forderungen nach arbeitnehmergleichen Schutzstandards*" im Sinne eines Sonderschutzes für Crowd Worker nicht angebracht seien.[404]

Risak (österr. Rechtslage) kommt in seiner ersten Untersuchung zu dem Ergebnis, dass Crowd Worker, die Microwork nachgehen, als Arbeitnehmer/innen gesehen werden könnten.[405] Zu dieser Schlussfolgerung kommt er, nachdem er die dreiseitigen Vertragsverhältnisse geklärt hat und davon ausgeht, dass Crowd Worker mit der Plattform einen Vertrag haben.[406] Dieser Vertrag könne als Arbeitsvertrag gesehen werden, wenn die Arbeit in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit erbracht werde. *Risaks* weitere Prüfung ergibt, dass Crowd Worker bei ihrer Tätigkeit einer fremden Betriebsorganisation sowie dem Weisungsrecht der Leistungsempfänger/in unterliegen.[407] Hierzu erläutert er, dass durch die „*dislozierte Leistungserbringung*" im Internet, die Tasks auf dem Interface der Plattform stattfindet; dieses Interface der Plattform kann solche Kontrollmechanismen aufweisen wie wenn der Crowd Worker eine physisch-reale Werkshalle, die unter der Kontrolle eines Mittelsmannes steht, aufsuchen

401 *Lingemann/Otte*, NZA 2015, S. 1042–1047 (1046).
402 *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, S. 1025–1031 (1030).
403 *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, S. 1025–1031 (1030).
404 *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, S. 1025–1031 (1030).
405 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19.
406 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (16).
407 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

müsste.[408] Des Weiteren beschreibt er, wie eine Disziplinierung durch Bewertungen der Crowd Worker erfolgen könne sowie durch zeitliche Vorgaben, wie lange an einer Aufgabe gearbeitet werden dürfe. Dies lässt Risak zufolge eine Subsumtion zu, dass das Maß an Fremdbestimmung durch die Plattformen so hoch sei, dass die Arbeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht werde.[409] Bei diesem Schluss greift er das arbeitsrechtliche Folgeproblem auf, ob wegen der teilweise extrem kurzen Dauer eines Auftrages (teils nur wenige Minuten) zeitlich befristete Kettenverträge oder ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorlägen.[410] Er wirft dabei die grundlegende Frage auf, ob eine sehr kurze Leistungserbringung überhaupt eine persönliche Abhängigkeit begründen kann.[411] Im Ergebnis bejaht er dies und ergänzt es um die Bedingungen, dass die Art der Leistung stark determiniert sein müsse, wenig Freiräume biete sowie von einer hohen Kontrolldichte bestimmt werde.[412] Die tatsächliche Frage, ob nun ein befristetes oder ein durchgängiges Arbeitsverhältnis begründet werde, löst er zugunsten eines zulässig befristeten Kettenarbeitsverhältnisses auf. Die Begründung ist, dass Crowd Worker sich selbst die Aufgaben suchen und deshalb eine sachliche Rechtfertigung der zeitlichen Befristung gegeben ist; ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Arbeitsvertrag sei deshalb nicht anzunehmen.[413]

Deinert beschreibt in seiner Untersuchung „*Soloselbstständige zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht*“, wie Kleinunternehmer/innen, die keine eigenen Arbeitnehmer/innen beschäftigen, einen verstärkten Bedarf nach sozialem Schutz durch die Rechtsordnung haben können als es das soziale Zivil- und Wirtschaftsrecht zu vermitteln vermag.[414]

Das stellt er auch in Bezug auf Crowd Worker fest, die zwar formal ihre Arbeit weisungsfrei erbringen und dies Selbstständigkeit bedeute, aber im Gesamtbild ihrer Tätigkeit einem Arbeitsverhältnis näher stehen mögen als einem selbstständigen Unternehmertum.[415] Des Weiteren könne ein Rating, das die Arbeit der Crowd Worker bewerte, keine Weisungsgebundenheit bzgl. der Arbeitsleistung begründen, sondern nur eine

---

408 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (16).
409 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (16).
410 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (17).
411 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (17).
412 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (17).
413 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (17).
414 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015, S. 10 f., im Folgenden: *Deinert*, Soloselbstständige.
415 *Deinert*, Soloselbstständige, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Qualitätsbewertung hinsichtlich der bereits erbrachten Leistung.[416] Gleichwohl enthalte Crowdsourcing keine Voreinstellung für Abhängigkeit und Selbstständigkeit in der Leistungserbringung. Es bleibe eine Frage der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung und demnach könne Crowdworking in Selbstständigkeit wie auch im Arbeitsverhältnis erfolgen.[417]

Wedde kommt in einem Beitrag ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die vom BAG entwickelten Vorgaben zur Feststellung persönlicher Abhängigkeit dazu führen können, dass sich daraus „*zwingend ein Arbeitsverhältnis*" ableitet.[418] Dieses könne insbesondere aus festen Zeitvorgaben oder umfassenden Arbeitsanweisungen der Auftraggeber oder aus umfassenden Kontrollmaßnahmen resultieren. Persönliche Abhängigkeit statt „freier Mitarbeit" könne etwa dann festgestellt werden, wenn Crowd Worker mehrfach oder langfristig für denselben Auftraggeber tätig werden.[419]

3. 2016

Kocher/Hensel analysieren den bestehenden Diskurs um die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerbegriffes auf Crowd Worker und verweisen darauf, dass die Arbeitnehmereigenschaft überwiegend verneint werde.[420] Sie legen sich dabei zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, ob sie diese Auffassung teilen, allerdings tragen sie zusammen, inwiefern Arbeitsumstände, wie sie sich auf Plattformen finden lassen unter die Indizien des „herkömmlichen" Arbeitnehmerbegriffes subsumiert werden könnten. Danach sei in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG auf die „persönliche Abhängigkeit" eines Crowd Workers abzustellen.

Da Crowd Work eben nicht in einem räumlich-betrieblichen, sondern in einem virtuell-digitalen Kontext stattfindet, wird entscheidend darauf abzustellen sein, ob dadurch Indizien für ein Weisungsrecht der Plattform vorliegen.[421] Die Indizien könnten darin zu sehen sein, inwieweit der Vertrag selbst Tätigkeiten „vorprogrammiere", zeitliche Vorgaben gemacht würden, Kontrollen (z.B. über Screenshots) stattfänden oder eine „*informationelle Abhängigkeit*" bestehe.[422] Weitere Indizien könnten sein, dass Kon-

416 *Deinert*, Soloselbstständige, S. 24, a.A. *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (11).
417 *Deinert*, Soloselbstständige, 2015, S. 24.
418 *Wedde*, AiB Extra September 2015, S. 26–31 (27).
419 *Wedde*, AiB Extra September 2015, S. 26–31 (27).
420 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (987).
421 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (987).
422 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (987).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trolle nicht in vertraglichen oder Einzelweisungen zu sehen sei, sondern im Feedback bei den auf Plattformen integrierten Rating-, Bewertungs- und Reputationssystemen.[423] Eine vertiefte Befassung, die für eine persönliche Abhängigkeit und damit für die Arbeitnehmereigenschaft relevant werden könnte, schlagen sie für die auf Plattformen etablierte Kommunikationsstruktur vor.[424] Es wird ausgeführt, dass dadurch der betriebliche Ablauf vorgegeben werde und dies ebenfalls für eine Einbindung und damit für persönliche Abhängigkeit sprechen könnte.[425]

Insgesamt stellt ihr Beitrag eine grundlegende Kritik dar, dass arbeitsrechtlicher/sozialer Schutz von Arbeit zu einer Frage der Vertragsgestaltung werde und dass die momentane Lösung vor allem darin bestehe, Einzelfälle zu entscheiden, die den Typusbegriff eines/r Arbeitnehmer/in erfüllen.[426] Sie führen weiter aus, dass dies dann nicht zu richtigen Entscheidungen über die Arbeitnehmereigenschaft führt, wenn eine Tätigkeit bei gleich bleibender arbeitsorganisatorischer Gestaltung sowohl als Arbeitsverhältnis als auch als selbstständiges Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet werden kann.[427] In weiterer Konsequenz fragen sie in Anlehnung an den „Supiot-Bericht", ob es „*einen Grundstock an Vorschriften [brauche], welche die Beschäftigungsbedingungen aller Beschäftigten, unabhängig von der Form ihres Vertrags, regeln?*".[428]

Im **Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag (DJT) 2016** meint ***Krause***, dass es für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft von Crowd Worker/innen an der nach tradierter Ansicht erforderlichen persönlichen Abhängigkeit fehlen werde und deshalb die Qualifikation von Plattformarbeitern als Arbeitnehmer/innen „*vielfach eher zu verneinen*"[429] sein wird.[430] Gleichwohl sei die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht von vorneherein auszuschließen. Er verweist dabei insbesondere auf die häusliche Telearbeit, die ja auch im Arbeitsverhältnis erbracht werde. Die Tätigkeit einer Crowd Worker/in könne ein hohes Maß an arbeitsleistungsbezogenen Einfluss- und Kontrollmechanismen mit sich bringen (Screenshots, Maus-Aktivitäten, Protokollierung von Arbeitsabläufen). Der Arbeitsplatz stelle sich dann wie eine „*virtuelle Werkshalle*" dar, durch

423 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (988).
424 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (988).
425 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (988).
426 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (988).
427 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (988).
428 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (989).
429 *Krause*, NZA 2016, S. 1004–1007 (1007).
430 *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die eine persönliche Abhängigkeit begründet werde.[431] Ebenso könne es keinen Unterschied für die Klassifizierung machen, ob Algorithmen oder Menschen Weisungen erteilen. Schließlich sei der herkömmliche Arbeitnehmerbegriff auch dehnbar genug, um eine „*informationelle Abhängigkeit*" zu erfassen.[432]

Thüsing untersucht unterschiedliche Phänomene der Digitalisierung der Arbeitswelt. Er benennt ausdrücklich Crowdsourcing und erläutert das dahinter stehende Prinzip. In der Sache bewertet er Crowd Work als eine Ausprägungsform der Telearbeit, weshalb darauf die herkömmlichen Kriterien der persönlichen Abhängigkeit anwendbar seien. Ob jemand Arbeitnehmer/in sei, folge aus der Gesamtbetrachtung der typologischen Indizien.[433] Liegen Indizien vor, die eine Arbeitnehmereigenschaft rechtfertigen, dann ist der Crowd Worker Arbeitnehmer/in und sonst Selbstständiger. Jedenfalls habe der herrschende Arbeitnehmerbegriff keinen Anpassungsbedarf.[434]

***Hanau*, H.** konstatiert, dass sich aus dem bisherigen arbeitsrechtlichen Diskurs die Klassifizierung von Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen nicht durchgesetzt habe.[435] Er erklärt es damit, dass es bei einer über das Internet angebahnten und abgewickelten Crowd Work an der erforderlichen persönlichen Abhängigkeit fehlen werde, denn zur Weisungsbindung oder gar zu einer betrieblichen Eingliederung, werde es meist nicht kommen.[436] Daran anschließend fragt er, ob dies zur Folge habe, dass der Arbeitnehmerbegriff ausgeweitet werden müsse.

Er denkt dabei an ein Arbeitsrecht, das nach dem Grad der Schutzbedürftigkeit der Betroffenen jeweils einzelne Schutzinstrumente heranziehe – so wie es bereits bei Arbeitnehmerähnlichen der Fall sei – aber unter Nutzung eines erweiterten oder gar gesamten Schutzspektrums, also bei besonderer Schutzbedürftigkeit auch Teile des Entgelt- und Kündigungsschutzes. Auf diese Weise würde das Arbeitsrecht modularisiert.[437] Man könne zum einen den Arbeitnehmerbegriff erweitern oder ihn zu Gunsten

431 *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, S. 104.
432 *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, S. 104 mwN.
433 *Thüsin*g, SR 2016, S. 87–108 (102).
434 *Thüsing*, SR 2016, S. 87–108 (102).
435 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613–2617 (2615).
436 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613–2617 (2615).
437 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613–2617 (2616).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines allgemeineren Beschäftigtenbegriffes verabschieden.[438] *Hanau* führt weiter aus, dass ein solches Konzept komplex wäre und mit größeren Unsicherheiten verbunden sei, es aber überlegenswert sei, wenn das gegenwärtige Arbeitsrecht seine Prägekraft verlieren sollte.[439]

Bauschke fasst in einem Beitrag den bestehenden Diskurs – insbesondere aus dem 71. DJT – ebenfalls zusammen, danach seien Crowd Worker überwiegend nicht als Arbeitnehmer zu sehen, da es ihnen an der persönlichen Abhängigkeit fehle, die sich im Weisungsrecht bezogen auf Inhalt, Ort und Zeit konkretisiere.[440] Gleichwohl können sich die digitalen Überwachungsmöglichkeiten so verdichten, dass kaum ein Unterschied zu bestimmten Arbeitnehmertätigkeiten wie Telearbeit oder Homeoffice zu finden sind.[441]

Däubler exerziert die Einordnung als Arbeitnehmer/in für Gigwork-Plattformen am Beispiel der Fahrdienstleistung von UBER durch.[442] Seiner Ansicht nach könnte zwischen Fahrer/innen und UBER ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Gerade was die Ablehnung von Schichten und Fahrplänen angeht, vergleicht er dies mit den Schichtplänen im Medienbereich, bei denen *„die Annahme die absolute Regel und die Ablehnung die absolute Ausnahme"* seien, insoweit komme dem Ablehnungsrecht nach der Rechtsprechung keine entscheidende Bedeutung zu.[443] Insgesamt mache UBER sehr weitreichende Vorgaben, wie die Arbeit zu erbringen sei, so dass trotz gewisser Besonderheiten gegenüber einem „Standardarbeitsverhältnis", ein Arbeitsverhältnis angenommen werden könne.

Däubler sieht insbesondere in der Bewertung der Fahrer/innen und damit in den Reputations- und Feedbackfaktoren, die über weitere Einsätze und Verdienstmöglichkeiten entscheiden, dieselbe Wirkung wie in einer Weisung im Arbeitsverhältnis.

Gleichzeitig betont *Däubler*, dass eine rechtliche Einschätzung für andere Geschäftsmodelle der economy on demand anders ausfallen kann. Insgesamt spricht sich *Däubler* für eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffes *„an die veränderte Umwelt an"*[444], wobei offen bleibt, ob dies de lege lata

438 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613–2617 (2616) mit Verweis auf *Krause*, Gutachten, B 107 und *Klebe*, AuR 2016, S. 277 (280) sowie *Deinert*, Soloselbstständige, Rn. 151.
439 *Hanau*, NJW 2016, S. 2613–2617 (2616).
440 *Bauschke*, öAT 2016, S. 225–228 (225).
441 *Bauschke*, öAT 2016, S. 225–228 (225).
442 *Däubler*, SR 2016, S. 2–44 (34 f.).
443 Folgender Abschnitt nachzulesen bei: *Däubler*, SR 2016, S. 2–44 (35).
444 *Däubler*, SR 2016, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über die Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen des § 611a BGB oder de lege ferenda erfolgen könne.

Klebe fasst zusammen, dass bei den herrschenden Arbeitsbedingungen auf Plattformen, die teils sehr genaue Vorgaben und Kontrollen in Form von konkreten Anweisungen und Screenshots haben, vieles für eine Arbeitnehmereigenschaft spreche.[445] Er berücksichtigt dabei, dass die Bewertungen eine Reputation schaffen, die im positiven Fall besser bezahlte Jobs auf der Plattform ermögliche, die aber im Fall des Ausscheidens von der Plattform ein Karriereende bedeuten könne, da die Reputation auf der Plattform bleibe. Er gibt zu Bedenken, dass nur die Spezialisten unter den Crowd Workern in der Lage seien, sich unternehmerisch am Markt zu behaupten. In der Regel können Crowd Worker nur durch Mehrarbeit analog zum Stundenverdienst ihre Einnahmen verbessern, aber nicht selbst die Entgelthöhe festlegen oder steigern. Klebe spricht sich daher für einen stärker an den individuellen Marktchancen abstellenden Arbeitnehmerbegriff aus; Schutz könne aber auch über die Ausweitung von Arbeitnehmerrechten auf Selbstständige hergestellt werden.[446]

4. 2017

Deinert erläutert in einem Beitrag, unter welchen Aspekten Crowd Work unter das Arbeitsrecht fallen kann.[447] Unter Crowd Work versteht er, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen als Nachfrager an eine unbestimmte Vielzahl von Internetnutzern wenden, um bestimmte Aufgaben fremd zu vergeben.[448]

Deinert geht hier davon aus, dass Crowd Work in der Regel außerhalb einer betrieblichen Organisation des Auftraggebers bei freier Gestaltung der Tätigkeit und in der Regel auch nicht für einen Auftraggeber erfolgte; daher handele es sich auch nicht um Arbeitsverhältnisse, auch die Arbeitnehmerähnlichkeit lasse sich kaum konstruieren. Allerdings führt er weiter aus, dass gerade bei sehr einfachen Tätigkeiten infolge der inhaltlichen Programmierung, allein schon durch den Vertrag eine andere Bewertung im Sinne des Arbeitsverhältnisses geboten sein kann.[449]

---

445 Folgender Abschnitt aus *Klebe*, AuR 2016, S. 277–281 (278).
446 *Klebe*, AuR 2016, S. 277–281 (281).
447 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68).
448 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68).
449 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Giesen/Kersten beziehen in ihrem Buch Arbeit 4.0 ebenfalls Stellung zu dem Status von Crowd Workern.[450] Ihrer rechtlichen Einschätzung zufolge seien „*Crowdworker in der Regel keine Arbeitnehmer*".[451] Sie meinen, dass Crowd Work in aller Regel nicht im Rahmen eines herkömmlichen Arbeitsverhältnisses gemäß § 611a BGB, sondern auf der Grundlage eines freien Dienstvertrages gem. § 611 BGB oder eines Werkvertrages gem. § 631 BGB stattfindet. Den Grund für das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses sehen sie darin, „*dass meist gar keine Dienste vereinbart und geschuldet werden, sondern Erfolge.*" Des Weitern würden „*die Aufträge nicht unter dauernder Anleitung erledigt. Vielmehr kann der Crowdworker Zeit, Ort und Art seines Vorgehens selbst bestimmen und gestalten.*"[452] Gegen eine Arbeitnehmereigenschaft spreche ferner, dass die Aufträge nicht unter dauernder Anleitung erledigt würden; sie bildeten auch kein vulnerables „*Heer digitaler Nomaden*", da das Heimarbeitsgesetz sie schütze.[453] Sie kommen zum umfassenden Anwendungsbereich des HAG auf Crowd Worker.[454]

Waas dekliniert die Möglichkeit, Crowd Worker unter den tradierten Arbeitnehmerbegriff zu fassen, durch und wie bereits *Däubler/Klebe* kommt er zu dem Schluss, dass es denkbar, im Einzelfall jedoch auch auf große Schwierigkeiten stoßen könne:[455]

> „*That the employee status of a crowdworker could be verified based on the aspect of control is indeed anything but impossible. Some platforms identify the individual crowdworker, measure the quality of their work performance and compare it to other crowdworkers. In such a case it can certainly be claimed that the aspect of control points towards the existence of an employment relationship.*"

Leist, Hießl und Schlachter beziehen selbst keine Stellung, sondern fassen die Diskussion über Plattformökonomie in einer Literaturstudie zusammen. Dabei untersuchen sie sowohl den deutschen als auch den US-amerikanischen Rechtsraum.[456]

---

450 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 107 ff.
451 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 109 sowie alles Weitere bis zur nächsten Fn.
452 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 109.
453 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 110.
454 *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 110 f.
455 *Waas* in: Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka, Crowdwork, A Comparative Law Perspective, HSI Schriftenreihe Band 22, 2017, S. 146 ff. (151, 157).
456 *Leist/Hießl/Schlachter*, Plattformökonomie, FB Nr. 499 für das BMAS, 2017, S. 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. 2018

Däubler unternimmt in seinem Buch „Digitalisierung und Arbeitsrecht" zunächst eine grundsätzliche Unterscheidung, ob es sich um Vermittlertätigkeiten von Plattformen wie UBER handelt oder ob es rein internetbasiertes Crowd Work ist. Innerhalb von Crowd Work differenziert er weiter zwischen der arbeitsrechtlichen Situation für „Microtasker", Plattformarbeiter/innen im Kreativwettbewerb sowie „Spezialisten-Crowdwork".[457] Für die hier interessierende Situation der Microtasker stellt er – wie bereits zuvor – fest, dass sie frei seien in Bezug auf Arbeitsort und -zeitpunkt; typischerweise erhielten sie auch keine Weisungen, vielmehr seien vorgegebene Aufträge abzuarbeiten.[458] Konsequenterweise erscheine eine Qualifizierung als Selbstständiger zunächst plausibel. Allerdings zeigt er mit der Rechtsprechung des BAG zu Zeitungszustellern, dass ein Arbeitsverhältnis angenommen werden könne, wenn der Arbeitsvertrag keine Weisungen enthalte. Das BAG argumentierte, dass die Weisungen wegen der Einfachheit der Tätigkeit im Arbeitsvertrag vorweggenommen waren.[459] *Däubler* meint, dies könne auch auf Microtasker Anwendung finden. Er unterstreicht die Überlegung mit folgendem Beispiel:[460] Stromunternehmen pflegen es, ihren Kund/innen einmal jährlich eine Postkarte zuzusenden mit der Bitte für die Jahresabrechnung den Zählerstand einzutragen.

Geschieht dies, so steht einer erfolgreichen Abrechnung evtl. noch die Handschrift im Weg, denn es kommt vor, dass Computer die Handschrift nicht entziffern können und folglich die Abrechnung falsch zu werden droht. Stromunternehmen lassen diese Arbeit von der Crowd erledigen.[461] Man stelle sich dieses Beispiel so vor, dass nicht die Crowd die Zahlen eingebe, sondern Mitarbeiter/innen bei EnBW selbst. *Däubler* sieht sie in einem großen Raum sitzen, Zahlen eintippen und dabei exakt der gleichen Arbeit nachgehen wie die Crowd Worker – sie bräuchten für diese Art der Arbeit auch keine zusätzliche Weisung und niemand käme auf die Idee ihren Arbeitnehmerstatus zu bezweifeln.[462] Schließlich zieht er auch in Betracht, dass für die Qualifikation als Arbeitnehmer/in in anderen Fällen

457 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 457–464.
458 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 459.
459 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 459 mit Verweis auf BAG, Urteil BAG v. 16. 7. 1997 – 5 AZR 312/96 – NZA 1998, 368, 369.
460 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 449.
461 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 449 mit Verweis auf das Beispiel von Böhm, CuA 2014, S. 15.
462 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 459.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch auf die Kontrolle abgestellt werden kann, die von den Plattformen über den Arbeitsprozess ausgeübt werde.[463]

Wank prüft, inwieweit Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen gesehen werden können. Er meint, die Kennzeichen für eine Arbeitnehmereigenschaft seien schwach ausgeprägt.[464] Allerdings geht er bzgl. der Tatsachen davon aus, dass Crowd Worker selbst entscheiden könnten, wann und wo sie arbeiten und daher eine örtliche Weisungsbindung nicht anzunehmen sei. Ferner sei eine Eingliederung nicht erkennbar, da Crowd Worker mit eigenem Rechner arbeiten, weder Hilfspersonal noch Fremdmaterial bräuchten und daher keine organisatorische Einbindung erkennbar sei.[465] Eine Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person biete die Literatur zwar an, aber wegen der wenigen Gesetze, die anwendbar seien, helfe es Crowd Workern kaum.[466]

Maties behandelt in seinem Beitrag den *„Arbeitnehmerbegriff in der Arbeitswelt 4.0"* Crowd Work als Unterfall der Arbeitswelt 4.0.[467] Er betont, dass sich der Arbeitnehmerbegriff auch bei Crowdworking nach dem § 611a Abs. 1 BGB richte. Es komme folglich auf den Einzelfall an. Allerdings führt er des Weiteren aus, dass es sich bei externen Crowd Workern i.d.R. um Selbstständige handeln werde, *„da normalerweise eine Aufgabe vorgegeben"* werde, *„die selbstständig zu lösen"* sei und *„die Voraussetzungen einer persönlichen Abhängigkeit nicht subsumierbar sein werden.*[468]" Seine Gedanken schließt er indes so ab: *„Anderes ist aber m.E. im Einzelfall denkbar."*[469]

6. 2019

Kocher unterscheidet für eine mögliche Einordnung von Crowd Workern als Arbeitnehmer/innen zwischen einfachem und komplexem Crowdwor-

---

463 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, S. 459 mit Verweis auf Kocher/Hensel, NZA 2016, S. 984–997.

464 *Wank* in: Düwell/Haase/Wolmerath (Hrsg.), Digitalisierung der Arbeitswelt in Deutschland und Japan, Festschrift der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht, S. 61–86 (83).

465 *Wank* in: Düwell/Haase/Wolmerath (Hrsg.), Digitalisierung Arbeitswelt in Deutschland und Japan, S. 61–86 (83).

466 *Wank* in: Düwell/Haase/Wolmerath (Hrsg.), Digitalisierung Arbeitswelt in Deutschland und Japan, S. 61–86 (83).

467 Folgender Abschnitt bei *Maties* in: Benecke (Hrsg.), Unternehmen 4.0, S. 39–61 (S. 56).

468 *Maties* in: Benecke (Hrsg.), Unternehmen 4.0, S. 56.

469 *Maties* in: Benecke (Hrsg.), Unternehmen 4.0, S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

king. Bei letzterem verneint sie eine Eigenschaft als Arbeitnehmer/in, da es an der Weisungsgebundenheit in der Regel fehlen werde.[470] Anders könne es beim einfachen Crowdworking aussehen: Unter bestimmten Bedingungen werde in der Literatur ein Arbeitsverhältnis angenommen.[471] Andererseits gibt sie zu Bedenken, ob die Rechtsprechung so entscheiden würde. Dabei verweist sie auf einen Fall, den das BAG im Jahr 2016 entschied.[472] Dort wurde ein in Telearbeit beschäftigter IT-Mitarbeiter nicht als Arbeitnehmer gesehen, dafür aber als Heimarbeiter.[473] Die Begründung für die Ablehnung als Arbeitnehmer – was die Vorinstanz noch so gesehen hatte – war, dass die Vorgabe eine bestimmte App oder Software zu verwenden kein Hinweis auf eine abhängige Beschäftigung sei.[474] Insgesamt würden die Plattformen keine unmittelbaren Weisungen erteilen, gleichwohl bemühen sie sich schon um eine Steuerung der Crowd. Dies geschehe aber nicht unmittelbar, sondern mittelbar dadurch, dass Crowd Workern bestimmte Verhaltensweisen nahegelegt werden.[475] Diese Steuerungsmittel sind beispielsweise die Einführungs-, Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen, die Zuordnung nach Qualifikationsniveau sowie die Bewertungs-, Feedback- und Ratingsysteme verbunden mit einer Überwachung/Beobachtung der Arbeitstätigkeit.[476] Diese Kriterien könnten jedoch nicht für die Bejahung der Weisungsgebundenheit herangezogen werden, denn beispielsweise seien Schulungsmaßnahmen typisch für ein Arbeitsverhältnis, aber sie sind unabhängig von der Frage der Weisungsbindung.

Es bleibe, so *Kocher*, fraglich, ob ein deutsches Arbeitsgericht in bestimmten seltenen Fällen, die Arbeitnehmereigenschaft von Crowd Workern anerkennen würde – es sei *„eher zweifelhaft, aber gleichzeitig schwer zu prognostizieren"*.[477]

---

470 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (176).
471 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (176) mwN.
472 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (176) mit Verweis auf BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, S. 264 ff.
473 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, S. 264 ff.
474 Unter § 3 B. V. wird auf diese Entscheidung noch eingegangen werden.
475 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (178).
476 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (178).
477 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (178).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

7. 2020

Mit Urteil vom 04.12.2019 8 Sa 146/19 entschied das LAG München, dass ein Crowd Worker, der für die Plattform Roamler arbeitete, nicht als Arbeitnehmer zu sehen sei.[478] Der zugrundeliegende Sachverhalt war Folgender: Roamler ist eine Plattformbetreiberin, die insbesondere Aufträge in Bereich „Point of Sale" anbietet. Das bedeutet, dass Warenpräsentationen im Einzelhandel zu überprüfen sind, nach der Bezeichnung von Roamler sog. *Tool-Checks*. Diese Plattform wird in dieser Arbeit noch näher untersucht, so dass auf Genaueres noch einzugehen sein wird.[479] Grob erläutert, funktioniert die Arbeitsorganisation so, dass die Plattform die zu bewältigenden Aufgaben auf ihre Roamler App lädt. Wenn sich Crowd Worker die Plattform App heruntergeladen, sich angemeldet und bestimmte Übungen auf der App absolviert haben, können sie für Aufgaben freigeschaltet werden.[480] In der Entscheidung führte der Kläger Februar 2017 seinen ersten Auftrag aus und erzielte in der Folge bei einer Arbeitszeit von etwa 20 Stunden/Woche ein Monatseinkommen von durchschnittlich 1749,34 Euro.[481] Der Crowd Worker und Roamler hatten eine sog. „Basis-Vereinbarung" abgeschlossen, die vorsah, dass die Beklagte – ohne weitergehende Verpflichtung – Aufträge anbieten könne, die von dem Kläger – ebenfalls ohne weitere Verpflichtung – jederzeit angenommen werden können. Wenn der Kläger einen Auftrag angenommen habe, sei dieser gemäß der Beschreibung, die mit der App übermittelt werde, korrekt durchzuführen. Dabei sei der Crowd Worker nicht an örtliche oder zeitliche Vorgaben gebunden. Ergänzt wurde die „Basis-Vereinbarung" durch „Allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen".

Danach komme nur ein Vertrag zwischen der Plattform und dem Crowd Worker zustande und nicht etwa mit dem Unternehmen, das Roamler mit der Überprüfung von Warenpräsentationen beauftrage. Die „Basis-Vereinbarung" konnte jederzeit und ohne Angabe von Gründen gekündigt werden. Durch Annahme eines Auftrags verpflichtete sich der Kläger, innerhalb der zweistündigen Frist und anhand der angegebenen Leistungsbeschreibung, die vorgegebenen Einzelhandelsstätten, meist Tankstellen

478 LAG München, Urteil vom 04.12.2019 – 8-Sa 146/19, abrufbar unter: https://www.lag.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/8sa146_19.pdf, abgerufen am 14.05.2020.

479 § 3 B.

480 Die vorangegangenen Informationen sind abrufbar unter: www.roamler.de, abgerufen am 14.05.2020.

481 LAG München, Urteil vom 04.12.2019, 8 Sa 146/19, S. 2 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Supermärkte, aufzusuchen, um dort die Informationen und Bilder des geforderten Produkts einzuholen und auf die App hochzuladen. Diese Daten wurden an den Innendienst, die sog. Reviewer gesendet und dort ausgewertet. Mit E-Mail vom 10.4.2018 teilte Roamler dem Kläger mit, dass sie ihm unter Deaktivierung seines Accounts und Auszahlung seines Guthabens keine Aufträge mehr anbiete. Die hiergegen erhobene Klage war im Wesentlichen auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses gerichtet. Das Arbeitsgericht München wies die Klage ab[482], ebenso wie das LAG München. Das LAG München prüfte an, ob durch die Annahme eines Tool-Checks ein befristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen sein könnte. Es ließ allerdings offen, ob ein Arbeitsverhältnis vorlag, denn der Kläger habe keine Entfristungsklage innerhalb der Drei-Wochen-Frist nach § 17 TzBfG Klage erhoben.[483] Damit sei die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis dem Grunde nach vorliege, nicht entscheidungserheblich.

Des Weiteren prüft das LAG München, ob die tatsächliche Durchführung der „Basis-Vereinbarung" zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses geführt habe. Dies verneint es jedoch mit dem Hinweis, dass entgegen dem ausdrücklich Vereinbarten, nicht ein wahrer Geschäftsinhalt dergestalt angenommen werden könne, dass durch die „Basis-Vereinbarung" eine Verpflichtung des Klägers zur Übernahme von Aufträgen bestanden habe.[484] Im Weiteren prüft die Kammer, ob eine Drucksituation für den Kläger entstanden sei, dass er sich zur Übernahme von Aufträgen verpflichtet gefühlt haben könnte. Das wurde verneint, da kein Zusammenhang zwischen einer Mindestaktivität des Nutzers und einem Ausschluss von der Nutzung und damit eine einem vertraglich Verpflichteten vergleichbare Pflicht zum Tätigwerden vorgelegen habe. Alles in allem, sei kein Arbeitsvertrag zwischen der Plattform und dem Crowd Worker zustande gekommen.

Die Revision wurde zugelassen. Sie wurde eingelegt und wird beim BAG unter dem Aktenzeichen **9 AZR 102/20** geführt. Die Literatur zu dem Urteil war bisher überschaubar.[485]

---

482 ArbG München, Urteil vom 20.2.2019 – 19 Ca 6915/18, BeckRS 2019, 37646.

483 LAG München, Urteil vom 04.12.2019 8 Sa 146/19, S. 43 des Urteils; *Frank/Heine*; NZA 2020, 292–294 (293).

484 LAG München, Urteil vom 04.12.2019 8 Sa 146/19, S. 44 des Urteils.

485 Nach Recherchen der Verfasserin (Mai 2020): *Steck*, SPA 2020, S. 9–11; *Frank/Heine*; NZA 2020, S. 292–294.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

8. Zusammenfassung der Diskursanalyse in der Literatur und Rechtsprechung

Die Darstellung des siebenjährigen Diskurses um die arbeitsrechtliche Einordnung von Crowd Workern zeigt eine sehr rege geführte Debatte, deren Ende nicht abzusehen ist. Nach dem Urteil des BAG dürfte es einen weiteren Diskussionsschub geben, der – je nachdem – eine große Überraschung oder unter „war-ja-abzusehen" verbucht werden könnte.

Ob sich einfache Crowdwork in Form von Microwork unter den gesetzlichen Arbeitnehmerbegriff subsumieren lasse, bleibt für die Verfasserin nach der dargestellten Diskussion immer noch offen. Der Sache sehr nahe kommen *Däubler*, *Klebe*, *Krause*, *Risak* und *Kocher*. *Klebe* legt sich in der Sache fest – er legt dar, unter welchen Umständen Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen gesehen werden können. *Däubler* arbeitet die Nuancen bei Crowd Work verstärkt heraus und sagt, dass unter bestimmten Umständen Crowd Worker Arbeitnehmer/innen sein könnten. *Krause* und *Risak* verweisen auf die „*virtuelle Werkshalle*" und das Interface als Arbeitsort.[486]

Das Wesen der Plattformen erfasst m.E. am besten die Arbeit von *Kocher*, denn Plattformen etablieren durch technische Möglichkeiten eine neue Art von Kontrolle, die sich in dem herkömmlichen Begriff der persönlichen Abhängigkeit noch nicht niedergeschlagen hat, aber das Potential hat, sich darin niederzuschlagen.[487]

Das Urteil des LAG München ist, wie noch darzustellen sein wird, verfehlt.[488]

Ansonsten wird der wissenschaftliche Diskurs von dem Spektrum „denkbar-unwahrscheinlich" bis „denkbar-möglich" geführt. Was der gesamten Diskussion jedoch m.E. fehlt, ist, eine sehr konkrete Fallanalyse. Denn nicht alle Plattformen arbeiten auf gleiche Weise, nicht alle Beispiele, die ein Indiz für Weisungsbindung darstellen können, finden sich auf jeder und vor allem nicht immer auf *einer* Plattform.

Darüber hinaus muss auch für jedes Indiz geklärt werden, ob es für Weisungsbindung nach der herkömmlichen Herangehensweise spricht.[489]

---

486 *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, B 104 ff; *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19.

487 *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, Nomos 2019, S. 173–213 (178).

488 § 3 B.

489 So auch *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173–213 (178).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirft man alle Indizien zusammen und prüft nicht, ob sie für Weisungsbindung stehen, so wird nicht klar, was das unabkömmliche Merkmal ist, das Crowd Worker möglichweise zu Arbeitnehmer/innen macht. Die Verfasserin ist daher der Auffassung, dass die Frage, ob Crowd Worker, Arbeitnehmer/innen sein können, nur beantwortet werden kann, wenn man sich bestimmte Plattformen und deren Arbeitsbedingungen konkret ansieht und in Hinblick auf die Voraussetzungen des § 611a BGB untersucht.

Das mag jene enttäuscht zurücklassen, die Crowd Work in einem „*Big Picture*" atypischer Beschäftigung sehen, für die es Schutz herzustellen gilt. Das wird aber nicht zu schaffen sein, denn wie die Zusammenfassung der Studien zeigt, gibt es nicht *typische Crowd Worker*, also gibt es auch nicht *die* Entscheidung darüber, ob er/sie Arbeitnehmer/in sind oder nicht. Diese Heterogenität der Arbeitsformen – selbst innerhalb einfacher Crowd Work – kann in ihren arbeitsrechtlichen Folgen nicht ignoriert werden. Wie *Deinert* schon sagt, Crowd Work enthält keine Voreinstellung für Abhängigkeit und Selbstständigkeit in der Leistungserbringung. Es bleibe eine Frage der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung und demnach könne Crowdworking in Selbstständigkeit wie auch im Arbeitsverhältnis erfolgen.[490]

Das hat aber den arbeitsrechtlichen Klassiker zur Folge, eine dezidierte Einzelfallbetrachtung. Diese Lücke möchte die Verfasserin schließen. Zu diesem Zweck wird im Folgenden der im Gesetz definierte Arbeitnehmerbegriff dargestellt und im Anschluss daran, eine eigene Einordnung für zwei Crowd Work Plattformen vorgenommen.

II. Der Arbeitnehmerbegriff im Gesetz und in der Rechtsprechung

1. Eine kurze Geschichte des Arbeitnehmerbegriffes

Der Arbeitnehmerbegriff füllt Bibliotheken.[491] Angesichts der Tatsache, dass wir in Deutschland ca. 45 Mio. Erwerbstätige haben und davon etwa

---

490 *Deinert*, Soloselbstständige, S. 24.

491 Nur eine Auslese, chronologisch, aktuell beginnend: ErfK/*Preis*, § 611a BGB, 20. Aufl. 2020, Rn. 1 ff; *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, 2019; *Willemsen* in: FS Moll 2019, S. 757–774; *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO, Rn. 1, 21 ff; *Preis*, NZA 2018, S. 817–823, *Richardi*, NZA 2017, S. 36–39; *Deinert* in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, Arbeitsrecht, § 3, Rn. 1ff., 25 ff.; Schaub/*Vogelsang*, ArbR-HdB § 8 Arbeitnehmer, Rn. 21 ff.; *Wank*, EuZA 2016, S. 143; *Reinecke*, NZA-RR 2016, S. 393–400; *Preis* in: FS Hromadka 2008, S. 275–

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

34 Mio. in einer sozialversicherungspflichtig abhängigen Beschäftigung sind (Stand April 2019), zeigt einen großen Bedarf sich dem Thema zu widmen. Darüber hinaus entscheidet die Zugehörigkeit zum Kreis der Arbeitnehmer/innen darüber, ob das Arbeitsrecht angewandt wird oder nicht. Diese weitere Überlegung bringt uns jedoch von der Traufe in den Regen, denn „das Arbeitsrecht" wird durch eine Vielzahl von Gesetzen gebildet, die den/die Arbeitnehmer/in voraussetzen und in der gesamten Rechtsordnung verstreut sind. *Preis* konstatiert nachsichtig: „*Das Arbeitsrecht ist und bleibt ein kunstvoll geordnetes Chaos.*"[492] Über diesen Schauer von verstreuten Gesetzen spannt sich jedoch ein Regenschirm des Arbeitnehmerschutzes auf:

Wer Arbeitnehmer/in ist, kann vor dem Arbeitsgericht klagen (§ 5 ArbGG), hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 1 EFZG), Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 1 BURlG), auf ihn/sie findet das Arbeitszeitgesetz (§ 2 Absatz 2 ArbZG), sowie das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) und der Kündigungsschutz Anwendung, wenn die betrieblichen Voraussetzungen gegeben sind. Darüber hinaus gehören Arbeitnehmer/innen zum Kreis der Akteure betrieblicher Mitbestimmung, § 5 BetrVG. Die Liste könnte weiter geführt werden, die Darstellungen erfüllen ihren beispielhaften Zweck.

Umso verwunderlicher erscheint es, dass 117 Jahre seit Inkrafttreten des BGB vergangen sind, bis der Vertragstyp „Arbeitsverhältnis" in § 611a BGB Eingang gefunden hat.

Das war jedoch nicht einem mangelndem Problembewusstsein der BGB-Kommission Ende des 19. Jahrhunderts geschuldet – im Gegenteil viele merkten an, dass dem Privatrecht soziale Elemente fehlten und insbesondere beim Arbeitnehmerbegriff das Problem bei der abhängigen, fremdbestimmten Arbeit zu suchen sei.[493] Dennoch, der Arbeitsvertrag wurde nicht kodifiziert, ein Arbeitnehmerbegriff nicht im Gesetz niedergeschrieben. Vielleicht muss man Nachsicht üben mit der befassten

---

293; *Mikosch* in: FS Löwisch 2007, S. 189–204; *Hromadka*, NZA 2007, S. 838; *Reinecke*: in FS Dieterich 1999, S. 463–473; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569; *Hromadka*, DB 1998, S. 195; *Reinecke*, ZIP 1998, S. 581–588; *Rieble*, ZfA 1998, S. 327–358; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988.

492 *Preis*, Arbeitsrecht, § 2, Rn. 25.

493 *Maties* in: Benecke (Hrsg.), Unternehmen 4.0, S. 44 mit Hinweis auf Otto von Giercke und seine Aussagen zum BGB: „*Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchen trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und weht.*", Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BGB-Kommission, denn das Arbeitsrecht war eine noch entstehende Disziplin.[494] Die nächste historische Gelegenheit, dies nachzuholen, enthielt die Weimarer Reichsverfassung vom 14.08.1919 mit dem Artikel 157, der konstatierte:

> *„(1) Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs.*
> *(2) Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.“*[495]

Es blieb hier jedoch auch bei der guten Absicht. Über den Arbeitnehmerbegriff wurde im Wesentlichen seit den 1920er Jahren diskutiert.[496] Während der NS-Zeit wurde das Arbeitsrecht zwar zu einer eigenständigen Disziplin, jedoch ist das Versäumnis in dieser Zeit keinen Arbeitnehmerbegriff gebildet zu haben, als geringeres Versäumnis der Rechtsgeschichte anzusehen – angesichts elementarster Versäumnisse und Irrwege dieser Zeit.

Seit den 1970er gab es mehrere erfolglose Versuche ein Arbeitsvertragsgesetz zu entwerfen, die meist auch eine Definition oder Beschreibung des Arbeitnehmerbegriffes enthielten.[497] Doch es sollten noch mehrere Jahrzehnte vergehen, ehe der Arbeitnehmerbegriff kodifiziert wurde. Die hauptsächliche Vermutung dafür ist, dass die Interessengegensätze von Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen die Kodifikationsversuche stets zerrieben.[498] Auch die jetzige Regelung zeigt, dass die Legislative sich hauptsächlich auf Bewährtes beziehen wollte; das endete in der wörtlichen Übernahme von Leitsätzen des BAG. Bei aller Schelte und Verwunderung über diese Vorgehensweise, muss man auch sagen, dass der Gesetzesentwurf nicht von Anfang an so war.

---

494 Überblick bei: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage 1963, §§ 2–6, S. 6–22; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (572 f.); *Rebhahn*, RdA 2009, S. 154–175 (156).

495 Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919, abrufbar unter: http://www.documentarchiv.de/wr abgerufen am 22.05.2020.

496 Überblick unter bes. Berücksichtigung von Hugo Sinzheimer, Philipp Lotmar und Max Weber: *Zachert*, RdA 2004, S. 1–8; *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 40 f. Ablehnung, das Arbeitsrecht als Sonderrecht einer Gruppe („Gruppe der wirtschaftlich Schwachen, das Proletariat, die ‚Arbeiterklasse‘“) zu verstehen; nicht die Zugehörigkeit zu einer Klasse mache jemandem zum Arbeitnehmer, sondern Merkmale eines Arbeitsverhältnisses; *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage 1927, S. 111; *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung 2020, Einf. zum BGB, Ordnungsnr. 14, S. 735 ff.

497 Überblick bei *Schneider* in: MünchHb-ArbR, Band 1, § 18, Rn. 6 f.; *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (817); *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung 2020, S. 735 ff.

498 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (818).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 umfasste einen Kriterienkatalog, wonach es bestimmte Indizien gab, die für Weisung oder eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sprechen konnten.[499] Gleichwohl war auch die Kritik *daran* stark.[500]

Ob § 611a BGB tatsächlich keine Änderungen gegenüber der früheren Rechtslage mit sich bringt, ist im Folgenden darzustellen.

2. § 611a BGB

Mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist am 01. April 2017 mit § 611a BGB der Arbeitsvertrag und mit ihm der Arbeitnehmerbegriff kodifiziert worden.[501] Er lautet wie folgt:

> *(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*
>
> *(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

Der Gesetzgeber definiert den Arbeitnehmerbegriff vom Arbeitsvertrag her. Das ist konsequent, da es der Systematik des BGB entspricht. Dort sind die besonderen Schuldverhältnisse nach den Vertragstypen aufgeführt sind und nicht nach den beteiligten Personen. Der Mietvertrag ist nicht nach den Mieter/innen definiert, der Werkvertrag nicht nach den Ersteller/innen usw.

---

499 Referentenentwurf des BMAS vom 15.11.2015, S. 10, abrufbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-aug-werk.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 30.03.2020.

500 *Gaul/Hahne*, BB 2016, S. 58–63 (61); *Thüsing/Schmidt*, ZIP 2016, S. 54–63 (58 ff).

501 BGBl. I Nr. 8 2017,Gesetz vom 21.02.2017, S. 258 ff., abrufbar unter: www.bgbl.de, abgerufen am 29.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichwohl lässt § 611a BGB den Begriff des Arbeitnehmers nicht außer Acht, sondern definiert über dessen Leistungspflicht den Vertragstypus des Arbeitsvertrages.[502] Auf diese Weise wird die Vorschrift doch zu einer Definition des Arbeitnehmerbegriffes. Des Weiteren stellte der Gesetzgeber mit der Stellung in § 611a BGB ganz grundsätzlich fest, dass der Arbeitsvertrag als typisches Schuldverhältnis ins BGB gehört.[503] Systematisch stellt der Arbeitsvertrag einen Unterfall des Dienstvertrages dar, mit der Folge, dass die Regelungen des allgemeinen Teils anwendbar sind (§§ 1–240 BGB); die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts (§§ 241–432 BGB) sind mit der Maßgabe anwendbar, dass Sonderregelungen des Arbeitsrechts vorrangig sind.[504]

Am § 611a BGB fanden während des Gesetzgebungsprozesses mehrere Änderungen statt, die an dieser Stelle der Vollständigkeit halber Erwähnung finden, auf die Einzelheiten wird noch einzugehen sein.[505] Der Gesetzgeber betont in seiner Gesetzesbegründung, dass die Definition von Arbeitsvertrag und Arbeitnehmer unter wörtlicher Wiedergabe der Leitsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung festgelegt wurde.[506]

Der Gesetzentwurf der Bunderegierung (was wörtlich dem jetzigen § 611a BGB entspricht), enthielt diesbezüglich die Begründung, dass „*mit der Einfügung eines neuen § 611a im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) (…) anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzlich niedergelegt [wird], wer Arbeitnehmer ist. Dabei entsteht für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand, da die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt.*“[507]

Bevor es den § 611a BGB gab, bezog sich das BAG bei der Feststellung, wer Arbeitnehmer/in ist auf die „Hueck'sche Formel“: „*Arbeitnehmer sind die auf Grund privatrechtlichen Vertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichteten Personen.*“[508]

---

502 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 10; *Rinck*, RdA 2019, S. 127–130; *Kolbe* schreibt von einer „indirekten“ Legaldefinition in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO, Rn. 21.

503 ErfK/*Preis*, § 611a, Rn. 1; Ausschussbericht Arbeit u. Soziales BT-Drs. 18/10064, S. 17, abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/100/1810064.pdf; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 10.

504 ErfK/*Preis*, § 611a, Rn. 1.

505 Näher dazu: *Wank*, AuR 2017, S. 140–152 (141 f.).

506 BT-Drucksache 18/9232 vom 20.07.2016, S. 31.

507 BR-Drucksache 294/16 vom 02.06.2016, S. 3 f.

508 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 7. Auflage 1963, § 9 II, S. 34 f.; st. Rspr.: BAG, Urteil vom 12.12.2001, 5 AZR 253/00, NZA 2002, S. 787–789, Rn. 27; BAG, Beschl. v. 26.09.2002 – 5 AZB 19/01, BAGE 103, S. 20–30.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Hauptaugenmerk lag in der Feststellung, ob die Arbeitsleistung im Dienste eines anderen erfolgte.[509]

Gegenüber der Regelung, die in § 611a BGB festgeschrieben wurde, ist die Hueck'sche Formel schlanker. Im Grunde handelt es sich dabei um den kleinsten gemeinsamen Nenner: Die Kernfrage zielt darauf ab, ob die Arbeitsleistung im Dienste eines anderen erfolgt. Das entspricht dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit.[510] Sie bildet das Grundgerüst eines jeden Arbeitsverhältnisses – mag es auch umstritten sein (dazu sogleich). Die Merkmale, die Eingang in den § 611a BGB gefunden haben, berücksichtigen dies, nennen darüber hinaus noch weitere. Dies ist im Folgenden zu erörtern.

a) Die gesetzlichen Merkmale des § 611a Absatz 1 BGB

§ 611a Absatz 1 S. 1 BGB enthält eine Definition des Arbeitsvertrages und des Arbeitnehmerbegriffes. Im Fokus steht die Verpflichtung im Dienste eines anderen zu *„weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit"*. Fraglich ist, wie diese Merkmale zueinander stehen und wie sie inhaltlich zu verstehen sind.

aa) Verpflichtung zur Leistung

Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft ist letztlich eine Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Arbeitnehmer/innen werden nicht durch einen sozialen Stand oder eine soziale Situation zu solchen, sondern durch den Arbeitsvertrag.[511] Neben weiterer Merkmale ist die erste Voraussetzung des § 611a Absatz 1 S. 1 BGB, dass überhaupt eine Verpflichtung zur Leistung besteht. Bei einem strengen Verständnis dieser Voraussetzung kann es dort keinen Arbeitsvertrag geben, wo es keine Pflicht zum Tätigwerden gibt, wenigstens in einem Mindestumfang oder zu bestimmter Zeit.[512]

---

509 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (66).

510 BAG, Urteil v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA – RR 2016, S. 288, Rn. 16; BAG, Urteil v. 21.07.2015 – 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, S. 344, Rn. 20; BAG, Urteil v. 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, DB 2013, S. 2626, Rn. 16; BAG, Urteil v. 14.03.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, S. 424, Rn. 13; *Reinecke*, in: FS Dieterich (1999), S. 463–471.

511 Ganz herrschend, siehe aktuell: *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (38).

512 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (38).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Arbeitsrecht stellt für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis die Frage nach dem wirklichen Geschäftsinhalt, um sich seiner eigenen Wirksamkeit zu vergewissern – das zwingende Arbeitsrecht soll nicht abbedungen werden können, indem man vom „freien Dienstvertrag" oder „freier Mitarbeit" oder anderen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung spricht, die alle nicht das Arbeitsrecht als Folge haben. Kurzum Worte, Verträge und Bezeichnungen wären Schall und Rauch, wenn sich aus der tatsächlichen Durchführung eines Rechtsverhältnisses ergäbe, es sei ein Arbeitsvertrag, obwohl es unter einem anderen rechtlichen Label firmiert. Dabei haben sich in der Rechtsprechung eine Reihe formelhafter Redewendungen ausgebildet, um genau dies zu erfassen, beispielhaft seien Folgende aufgeführt:

> *„Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Rechtsverhältnis bezeichnen. Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Beteiligten, sondern danach, wie die Rechtsbeziehung ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist. Denn durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Wird der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend. Denn die praktische Handhabung läßt Schlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind."*[513]

Diese Wendungen spiegeln sich mit abwechselnden Schwerpunkten und Varianzen in einer Vielzahl von Urteilen wider.[514] Diese Formel fand dabei Eingang in den neuen § 611a Abs. 1 S. 6 BGB, wo es heißt:

> *„Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung nicht an."*

Was arbeitsrechtlich eine unanfechtbare Wahrheit beinhaltet, ist nach der Rechtsgeschäftslehre durchaus streitig. Die Fülle des Streitstandes soll

513 BAG, Urteil vom 22.03.1995 – 5 AZB 21/94, Rn. 139 nach juris.

514 Siehe nur Aufzählung bei ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 44; weiterhin: BAG, Beschluss vom 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, S. 823–834 (832) „Scientology"; Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 104/95, NZA 1997, S. 600–604 (602) „Lehrerin am Abendgymnasium"; Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288–291, Rn. 16; Urteil vom 24.08.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017 S. 244–249, Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht in aller Gänze dargestellt werden.[515] Grundzüge sollen an dieser Stelle genügen. Sie sind wichtig für Besonderheiten digitaler Arbeitsverhältnisse, die im späteren Verlauf der Arbeit noch relevant werden.

Aus der Perspektive der Rechtsgeschäftslehre ist das grundlegende Problem der tatsächlichen Durchführung, inwiefern sie als Indiz für das rechtsgeschäftlich Gewollte dienen kann.

Hier könnte die falsa-demonstratio-Regel helfen, wonach eine Falschbezeichnung nicht schade, wenn die Parteien übereinstimmend das Richtige meinten und zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[516] Die tatsächliche Vertragsdurchführung stellt aber eben nicht auf den Vertragsschluss, sondern auf den gelebten Vertragsinhalt ab. Es ist damit nicht zu erklären, wie die Rechtsprechung das tatsächlich Gewollte in retrospektiver Betrachtung zum übereinstimmenden Parteiwillen machen möchte – denn der Auftraggeber wollte ja eben keinen Arbeitsvertrag schließen.[517] Aus Perspektive der Rechtsgeschäftslehre wird es argumentativ dünn, wenn man die tatsächliche Durchführung als Element des übereinstimmend Erklärten sieht: Solange die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses außerhalb des Arbeitsrechts zulässig ist, kann es aus rechtsgeschäftlicher Sicht keinen Grund geben, warum eine konkludente Erklärung, in Ermangelung einer wirklichen Willensübereinstimmung, bedeutsam wird.[518]

An dieser Stelle kommt das ABER in Majuskeln daher. Die tatsächliche Vertragsdurchführung, wie das BAG sie auffasst, ist relevant, weil sie dem Unwert, die Vorteile einer arbeitsgleichen Vertragspraxis zu nutzen, ohne die entsprechenden Pflichten eines Arbeitgebers zu erfüllen, die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts entgegensetzt.[519] Hatte dieses Vorgehen vorgesetzlich seine Rechtfertigung in dem Schutzzweck des Arbeitsrechts, so ist es nun (auch) durch § 611a Abs. 1 S. 6 BGB gesetzlich geregelt. Aus der sprichwörtlichen normativen Kraft des Faktischen, wurde dem Faktischen normative Kraft gegeben.

---

515 Dafür: *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45; *Riesenhuber*, JuS 2018, S. 103–108; *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69.

516 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (39).

517 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (39).

518 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (40); *Riesenhuber*, JuS 2018, S. 103–108 (106).

519 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (41) erkennt das als Zweck an, kritisiert jedoch, dass sich die Rechtsprechung keine Mühe macht, eine unmittelbare Einwirkung des Tatsächlichen auf den Vertrag aus rechtsgeschäftlicher Sicht zu begründen.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Persönliche Abhängigkeit

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ist der Kern des Arbeitnehmerbegriffes. Entwickelt wurde das Merkmal von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre seit Jahrzehnten.[520] Eine der ersten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit enthielt, war die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft eines Strahlenphysikers.[521] Eingedenk dessen entwickelte sich daraus eine ständige Rechtsprechung fort.[522]

In seiner Dissertation bringt es *Fischels* auf den Punkt: „*Nicht die Arbeitnehmereigenschaft insgesamt ist Gegenstand der wertenden Gesamtbetrachtung oder Vagheitsproblematik, sondern vielmehr das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit.*"[523] Rechtshistorisch geht der Bezug auf dieses Merkmal auf die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes zurück, da dieses letztinstanzlich entschied, ob jemand pflichtversicherter Arbeiter, versicherungsfreier Gewerbetreibender oder als Hausindustrieller zu sehen war.[524]

In der Sache soll die persönliche Abhängigkeit Arbeitnehmer/innen von Selbstständigen unterscheiden.[525] Sie bildet den Oberbegriff der Prüfung, ob jemand als Arbeitnehmer/in zu sehen ist. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung anzunehmen, wenn statt der freien Tätigkeitsbestimmung, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt, die sich regelmäßig (nicht notwendig) im Weisungsrecht des Arbeitsgebers bezüglich

---

520 Erste Entscheidung des BAG enthielt die persönliche Abhängigkeit, BAG, Urteil vom 28.03.1962 – 4 AZR 141/61, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 1; 27.03.1991 – 5 AZR 194/90 und 20.07.1994 – 5 AZR 627/93, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 53 und 73; BAG, Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 104/95, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 122 – 5 AZR 312/96, AP BGB § 611 Zeitungszusteller Nr. 4; 22.04.1998 – 5 AZR 92/71 und 19.01.2000 – 5 AZR 644/98, AP BGB § 611 Rundfunk Nr. 25 und Nr. 33; 04.12.2002 – 5 AZR 667/01, AP BGB 3611 Abhängigkeit Nr. 115; Schrifttum: statt aller Alfred Hueck in *Hueck/Nipperdey*, Bd. 1. S. 41; *Hueck*, Goetz, RdA 1969, S. 216–220 (217), *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (571); *Griebeling*, RdA 1998, S. 208–219 (209).

521 BAG, Urteil vom 28.2.1962 – 4 AZR 141/61 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit Leitsatz: „*Wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses ist die persönliche Abhängigkeit…*".

522 St. Rspr., vgl. nur BAG, Urteil vom 25.9.2013 – 10 AZR 282/12 – NZA 2013, S. 1348 (1350).

523 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 111.

524 Näher hierzu: *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 37; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–580 (573).

525 Vgl. BAG, Urteil v. 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611Abhängigkeit Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhalt, Durchführung, zeitliche Lage und Ort der Tätigkeit zeigt.[526] Die „persönlichen Abhängigkeit" wird sozusagen mithilfe dieser Merkmale mit „Leben" gefüllt. Den Gegenbegriff zur „persönlichen Abhängigkeit" bildet die „wirtschaftliche Abhängigkeit".

Wirtschaftliche Abhängigkeit wiederum sei für die Arbeitnehmereigenschaft weder erforderlich noch ausreichend.[527] Sie wird zwar bei Arbeitnehmer/innen regelmäßig vorliegen, aber sie ist kein wesentliches Merkmal, da auch andere Verträge eine wirtschaftliche Abhängigkeit begründen können.[528] An anderer Stelle wird noch darauf einzugehen sein, dass anderen Auffassungen zufolge die wirtschaftliche Abhängigkeit beim Arbeitnehmerbegriff eine Rolle spielt.[529] Nämlich dergestalt, dass ein Vertrag eine unangemessene Verteilung von Chancen und Risiken vorsehen kann und dies für die Arbeitnehmereigenschaft durchaus zu berücksichtigen ist.[530]

Die persönliche Abhängigkeit sei im Grunde ein rechtstechnischer Begriff, da der Ausdruck selbst keinen eigenständigen materiellen Gehalt habe.[531] Vielmehr sehe die Rechtsprechung darin einen typologischen Begriff, so dass die Annahme eines hinreichenden Merkmales, das in jedem Fall für die persönliche Abhängigkeit stehe, abgelehnt werde; es heißt beim BAG:

> *„Ebensowenig gibt es ein Merkmal für die Abhängigkeit, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbstständigen findet."*[532]

Das führt dazu, dass nicht alle entwickelten Merkmale immerzu für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft vorhanden sein mussten, gleichwohl wurden aber auch nicht alle Untermerkmale der persönlichen Ab-

526 BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 Rn. 23, NZA 1994 S. 622; Urteil vom 07.02.2007 – 5 AZR 270/06, NZA 2007, S. 1072.

527 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 16 mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BAG; bspw.: BAG, Urteil vom 20.07.1994 – 5 AZR 627/93, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 73; BAG, 20.09.2000 – 5 AZR 61/99, AP BGB § 611 Rundfunk Nr. 31.

528 BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 Rn. 23, NZA 1994, S. 622; BAG Beschluss vom 26.06.1996 – 7 ABR 52/95; ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 58; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 16.

529 Die Alternativmodelle werden im 3. Teil der Arbeit besprochen.

530 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 127.

531 ErfK/*Preis*, § 611a, Rn. 32.

532 BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit; darauf verweisend auch *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 113.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hängigkeit in einem Fall je als verzichtbar erachtet; so war bisher jeder/e Arbeitnehmer/in in irgendeiner Form persönlich abhängig.[533]

Damit verbunden ist eine Rechtsunsicherheit; denn was ist nun das Merkmal, das stets vorhanden sein muss, um Arbeitsverhältnisse von anderen Rechtsverhältnissen zu unterscheiden? Es kann kaum zufriedenstellend sein, wenn ein Urteil mit der gleichen Begründung auch zum gegenteiligen Ergebnis gelangen könnte.[534]

Damit weist die persönliche Abhängigkeit in gewisser Weise die Eigenschaft eines Quantenteilchens auf, denn sie kann jeden Zustand annehmen – auch einander theoretisch ausschließende Zustände. Ein Merkmal, das typischerweise bei Selbstständigen vorhanden ist, wie die Benutzung eigener Arbeitsmittel, kann auch bei einem Arbeitnehmer vorhanden sein. Das BAG führt dazu aus:

> *„Für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und "freien Mitarbeitern" gibt es kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muß, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Es ist deshalb aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unvermeidlich, die unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen.*"[535]

So kann auch ein Taxifahrer sein eigenes Fahrzeug einsetzen und dennoch Arbeitnehmer sein, wenn die sonstige Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erfolgt.[536] Es ist somit kein Wunder, dass viel darüber gestritten wird (sowohl über die Quantentheorie[537] als auch über die persönliche Abhängigkeit).

Bei Lichte betrachtet ist das erstaunlich, dass sich „das" entscheidende Merkmal jahrzehntelang „halten" kann ohne, dass griffigere Kriterien entwickelt wurden, die das Merkmal vorhersehbarer machen. *Wank* kritisierte das stark und meinte:

---

533 *Preis* in: FS Hromadka, S. 275–293 (281); *Henssler*, RdA 2017, S. 83–100 (85); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 113.

534 *Willemsen* verweist auf die uneinheitliche Rechtsprechung bzgl. der Zeitungszusteller in: FS Moll 2019, S. 757–774 (758); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 18.

535 BAG, Urteil vom 23. April 1980 – 5 AZR 426/79 – zitiert nach juris Ls.2.

536 *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 73, Rn. 24 h.

537 Eine schöne Erläuterung zur Quantentheorie: *Jaeger*, Googles neuer Quantencomputer, abrufbar unter: https://scilogs.spektrum.de/beobachtungen-der-wissenschaft/googles-neuer-quantencomputer-erleben-wir-gerade-den-sputnik-moment-in-der-informationstechnologie/?utm_source=pocket-newtab, abgerufen am 09.10.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> *„Das Bundesarbeitsgericht stellt zwar ein tragendes Merkmal, die persönliche Abhängigkeit heraus, verwendet aber im Übrigen eine Fülle zum Teil einander mit der Zeit ablösender Einzelmerkmale ohne Rangstufung in wechselnder Kombination."*[538]

Wie oben bereits gesagt wurde, steht „persönliche Abhängigkeit" für Weisungsbindung; dieses ist als operationales Merkmal durchaus geeignet ein Arbeitsverhältnis festzustellen.[539]

Wenn es synonym zu „weisungsgebunden" verwendet wird, ist nicht erklärlich, warum es dann im Gesetz heißt, der Arbeitnehmer werde *„zu weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet"*.[540] Das Merkmal wäre dann überflüssig.[541] Was mit „persönlicher Abhängigkeit" ausgedrückt werden soll, ist, dass die Abhängigkeit deshalb entsteht, weil Arbeitnehmer/innen auf ihren Arbeitsplatz angewiesen sind.[542] Das Arbeitsverhältnis erfasst die ganze Person. Das stellt wiederum mehr auf ein wirtschaftliches Element ab, das eben für die Bestimmung, ob jemand Arbeitnehmer sei, irrelevant ist. Keinesfalls soll es auf Vermögensverhältnisse außerhalb des Arbeitsverhältnisses ankommen; das Arbeitsverhältnis besteht nicht, weil man wirtschaftlich abhängig ist, sondern die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich aus dem Arbeitsverhältnis.[543]

Unabhängig, ob man das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit nun als eigenständiges in Abgrenzung zur wirtschaftlichen Abhängigkeit oder als Oberbegriff zu Weisungsbindung und Fremdbestimmung sieht, es mutet auch aus anderen Gründen sonderbar an: Es klingt als habe der Arbeitgeber Rechte an der Person des Arbeitnehmern.[544] *Preis* führt aus, dies könne nur *„eine Reminiszenz an den lange tradierten Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sein, der überkommen und insofern verfehlt ist, als der Arbeitsgeber keine Rechte an der Person des Arbeitnehmers hat."*[545] Noch drastischer formuliert es *Richardi*, der das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit als eine *„Verlegenheitslösung ohne brauchbaren*

538 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 12.
539 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).
540 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).
541 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).
542 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 32.
543 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 16; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, S. 71, Rz. 24 d.
544 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 32. auch MüKoBGB/Müller-Glöge Rn. 162.
545 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhalt", dafür aber „*mit ideologischer Komponente*", sieht; als habe der Empfänger einer rechtsgeschäftlich zugesagten Dienstes eine personal begründete Herrschaftsbefugnis.[546] Selbst die Pflicht, die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen, wie es § 613 S. 1 BGB vorgibt, kann keine „persönliche Abhängigkeit" begründen, denn die Leistungserbringung in personam begründet noch keine Abhängigkeit an sich. *Groß* mutet ironisch an, wenn er das Merkmal eine „*Zauberformel*" nennt.[547] *Beuthien/Wehler* sagen, die persönliche Abhängigkeit sei „*vieldeutig*".[548] Die Abhängigkeit entsteht, weil Arbeitnehmer/innen von Arbeitgeber/innen bzgl. der Einstellung und Entlassung abhängig sind und dadurch deren Existenzgrundlage erodieren kann.[549] Es wird noch darauf zurückzukommen sein, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht auf die „persönliche Abhängigkeit", sondern auf die Weisungsgebundenheit und die jederzeitige Entlassungsbefugnis als Merkmal für Unterordnung und Fremdbestimmung abstellt.[550]

Es deutet alles darauf hin, in die „persönliche Abhängigkeit" Weisungsbindung und Fremdbestimmung hineinzulesen und sie folglich als Oberbegriff ohne eigenen materiellen Gehalt zu sehen.[551] Wenn doch größtenteils Einigkeit besteht, dass wirtschaftliche Abhängigkeit kein Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes ist und die Weisungsbindung und Eingliederung „die" Merkmale sind, dann besteht im Grunde keine Notwendigkeit die „persönliche Abhängigkeit" zu bemühen. Im Gegenteil, sie stiftet Verwirrung (Auslegung/Verhältnis zu den anderen Merkmalen). Gerade bei einem freiheitlichen Verständnis des Menschen mutet dieser Ausdruck an, als sei er aus der Zeit gefallen. Nun gut, es ist hinzunehmen und wird sich mit dieser Arbeit sicherlich nicht ändern.

cc) Abgrenzung von Weisungsbindung und Fremdbestimmung

Wie sich bereits oben die Frage nach dem Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit gegenüber der Weisungsbindung und Fremdbestimmung stellte, ist nun fraglich, in welchem Verhältnis Weisungsbindung und

546 *Richardi*, NZA 2017, S. 36–42.
547 *Groß*, DB 1984, S. 1447–1456 (1452).
548 *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, S. 2–10 (3).
549 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 32.
550 So ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 32; darauf hinweisend auch *Gallner* in: FS Moll, S. 133–150 (138).
551 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fremdbestimmung stehen. Es könnte synonym, alternativ oder kumulativ verstanden werden.

Die synonyme Bedeutung hieße, dass beide Merkmale keinen unterschiedlichen Gehalt aufwiesen.[552] Das kann nicht gemeint sein. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die § 611a BGB ja abbilden wollte, gibt es die Weisungsbindung einerseits und die Fremdbestimmung andererseits.[553]

Diese könnten zusammen, in Abhängigkeit ihrer Gewichtung, so wie es in Satz 4 und 5 des § 611a Abs. 1 BGB vorgesehen ist, oder auch für sich genommen, die Arbeitnehmereigenschaft und Vertragsart begründen.[554] Das Ganze ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass der Gesetzgeber einerseits die ständige Rechtsprechung kodifizieren wollte und andererseits flexibel sein musste, um nicht nur die klassischen Arbeitsverhältnisse, sondern auch neue Erscheinungsformen wie digitale Arbeitsverhältnisse zu erfassen.[555] Es heißt, in wandelnden Arbeitsverhältnissen habe die Weisungsbindung in örtlicher und zeitlicher Hinsicht eine geringere Bedeutung.[556] Dies habe der Gesetzgeber durch das Nebeneinander von Weisungsbindung und Fremdbestimmung zur Kenntnis genommen.[557] Damit kann § 611a Absatz 1 BGB auch so gelesen werden: Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Verpflichtete weisungsgebunden **oder** in anderer Weise fremdbestimmt und damit persönlich abhängig ist.[558] Die Merkmale sind somit alternativ zu sehen.[559]

---

552 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).

553 Nur BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, BAGE 78, 343–356 (zugleich Aufgabe Rspr. Aufgabe von BAG Urteil vom 15.3.1978, 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163 ff. sinngemäß: AN ist nicht automatisch jeder, der von Team und Apparatur abhängig ist; Fremdbestimmung, BAG, Urteil vom 24.06.1992 – 5 AZR 384/91, AP Nr 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288–291.

554 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 19.

555 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 13.

556 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 19.

557 BT-Drucksache 18/9232, S. 31 f. abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/092/1809232.pdf, abgerufen am 17.05.2020.

558 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 13.

559 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 13; Münch-Hdb.ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 19; *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143); *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 175, 183.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Weisungsbindung

Es besteht Einigkeit, dass die Weisungsbindung das herausragende Element des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.[560] § 611 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisiert die Weisung dahingehend, dass sie Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Hier ist anzumerken, dass es sich um eine Beschreibung des Weisungsrechts handelt, die bereits in **§ 106 GewO** zu sehen ist. Dort heißt es:

> *„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen."*

An dieser Stelle rühren sich die Gemüter: § 611a Abs. 1 S. 2 BGB bleibt in seiner Beschreibung des Weisungsrechts hinter § 106 GewO zurück.[561] In § 106 GewO ist bzgl. des Weisungsrechts den Bestimmungen des Arbeitsvertrages, Betriebsvereinbarungen, anwendbaren Tarifverträgen oder gesetzlichen Vorschriften, Vorrang eingeräumt worden. Das ist in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB nicht erwähnt; nur die Gesetzesbegründung hebt dies hervor, gleichwohl sagt das Gesetz dazu nichts.[562] Des Weitern sind in § 611a Abs. 1 S. 2 mit Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort vier Merkmale der Weisungsbindung genannt worden, wohingegen in § 106 GewO mit Inhalt, Zeit und Ort nur drei Merkmale genannt sind. Warum diese Differenz ins Gesetz geraten ist, bleibt Mutmaßung: *Wank* verweist darauf, dass es systematisch verfehlt ist, neben Inhalt, Zeit und Ort noch die Durch-

560 Rechtsprechung, nur: BAG, Urteil v. 21.09.1977 – 4 AZR 292/76; BAG, Urteil v. 15.03.1978 – 5 AZR 818/76; BAG, Urteil v. 26.07.1995 – 5 AZR 22/94; Schrifttum, siehe nur: ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 33; Münch-Hdb. ArbR/Schneider, § 18, Rn. 21; *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), § 6 GewO, Rn. 47; *Kreuder/Mathiessen-Kreuder*, HK-ArbR, § 611a BGB, Rn. 10; *Thüsing*/HWK, § 611a BGB, Rn. 27; *Deinert* in: Kittner/Deinert/Zwanziger/Heuschmid (Hrsg.), § 3, Rn. 4, 35; *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (66); *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).

561 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 22; *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (146).

562 Bundesrats-Drs. 294/16 vom 02.06.2016, S. 28, abrufbar unter: http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0294-16.pdf abgerufen am 17.05.2020; Bundestags-Drs. 18/9232 vom 20.07.2016, S. 31; dies monierend: Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 22; *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (147).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führung hineinzuschreiben, denn die Durchführung der Tätigkeit betreffe immer Inhalt, Zeit und Ort und stehe somit gleichgeordnet neben ihnen. Damit sei das Merkmal überflüssig.[563] Eine Abstimmung von § 611a Abs. 1 S. 2 BGB mit § 106 GewO wäre hier sinnvoll gewesen.[564] *Deinert* verweist auf die Entstehung und erläutert, dass die Regelung ursprünglich neben den Merkmalen Durchführung, Inhalt, Zeit und Ort noch das Merkmal „Dauer" enthielt.[565] Das Weglassen dieses Merkmals ist bereits einer Anpassung an § 106 GewO geschuldet.[566] Die Absicht des Gesetzgebers kann gewesen sein mit § 611a Abs. 1 S. 2 BGB einen „*Merkzettel*" für die Ausgestaltung des Weisungsrechts aus S. 1 zu begründen.[567]

Eine weitere Erläuterung des Weisungsrechts findet sich in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB; danach ist weisungsgebunden, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dies ist das Spiegelbild zu § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Streng genommen betrifft die Norm nur den Handelsvertreter, sie wird aber schon seit jeher für die Abgrenzung von Selbstständigen gegenüber Arbeitnehmer/innen herangezogen.[568]

Die Formulierung „im Wesentlichen frei" schränke auch Selbstständige etwas ein, so dass diese auch einer gewissen Weisung unterliegen könne, aber sich letztlich aus der Natur der ihr gestellten Aufgaben eine Selbstständigkeit ergebe.[569]

§ 611a Abs. 1 S. 4 und 5 BGB bestimmen, dass sich der Grad der persönlichen Abhängigkeit nach der Eigenart der Tätigkeit bestimmte, sowie, dass für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen sei. Beides hält an der bisherigen Vorgehensweise der Arbeitsgerichte fest.[570] Ebenfalls eine gesetzliche Verfestigung der bisherigen Rechtsprechung stellt § 611a Abs. 1 S. 6 BGB dar: Die

563 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (147).
564 So auch *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 259 (grau unterlegter Kasten).
565 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (71).
566 Siehe BT-Drs. 18/10064, S. 12 ff. Stellungnahmen der Sachverständigen; abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/100/1810064.pdf, abgerufen a m 23.05.2020.
567 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (71).
568 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (71) und so auch st. Rspr.: BAG Urteil vom 16.02.1994, 5 AZR 402/93; BAGE 76, S. 21–31; NZA 1995, S. 21–24, Rn. 23; BAG, Urteil vom 09.03.2005 – 5 AZR 493/04, AP Nr. 167 zu § 611 über Lehrer und Dozenten, Rn. 12.
569 BAG, Urteil vom 21.01.1966, 3 AZR 183/65, DB 1966, S. 546 (546).
570 BT-Drs. 18/9232, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bezeichnung des Vertrages ist unerheblich, wenn die tatsächliche Durchführung zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

Bei dem aufgezeigten Auslegungsbedarf des § 611a BGB ist nicht zu vergessen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, die höchstrichterliche Rechtsprechung beizubehalten, nicht etwa sie zu reformieren, sondern zu perpetuieren.[571]

Somit wird innerhalb der Weisungsbindung aus § 611a Abs. 1 S. 1 und 2 BGB weiterhin nach der **fachlichen, zeitlichen und örtlichen Weisungsbindung** zu unterscheiden sein. Die Weisungsbindung zielt im Grunde auf den Inhalt dreier Regelungen: Den § 611a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB, das Direktionsrecht aus § 106 GewO sowie auf § 84 Abs. 1 S. 2 HGB.

ee) Fremdbestimmung

Wie bereits oben festgestellt, ist das Verhältnis der in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB genannten Weisungsbindung und Fremdbestimmung alternativ und nicht kumulativ zu verstehen.[572] Dennoch ist zu beleuchten, welcher materielle Gehalt der Fremdbestimmung zukommt.

Da es auch nicht synonym zur Weisungsbindung[573] steht, kann sich sein Gehalt in einem Merkmal niederschlagen, das zwar keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat, gleichwohl aber in der Rechtsprechung genannt wird, nämlich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.[574]

Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist neben der Weisungsbindung das Merkmal, das nach der Rechtsprechung eine persönliche Abhängigkeit zu begründen vermag.[575] Der Gesetzgeber nennt nun in § 611a BGB allerdings nicht die Eingliederung als weiteres Merkmal, sondern die Fremdbestimmung. Es wirft die Frage auf, ob der Ge-

571 BT-Drs. 18/9232, S. 31; *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (71); Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 23.

572 Siehe unter § 3 II. 2. aa).

573 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (143).

574 BAG, Urteil v. 13.08.1980 – 4 AZR 592/78 -AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil v. 09.09.1981 – 5 AZR 477/79 – AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit, BAG, Urteil v. 28.3.2001, NZA 2002 S. 1294; BAG, Urteil vom 17.04.2013, 10 AZR 272/12; BAG, Urteil v. 24.08.2016 – 7 AZR 625/15 NZA 2017, S. 244 Rn. 22, 28; ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 41; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 20, 35; *Deinert*, RdA 2017, 65 - 83 (66); *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (151) – dieser setzt allerdings Fremdbestimmung mit Eingliederung gleich.

575 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (150).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzgeber auf dieses Merkmal nunmehr verzichten wollte, da er es ja sonst genannt hätte – zumal es sich im ersten Entwurfsstadium noch findet.[576] Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung nicht reformieren, sondern beibehalten wollte.[577] Es ist auch nicht so, dass die Rechtsprechung das Merkmal aufgegeben hätte, denn in einem neueren Urteil des BAG aus dem Jahr 2016 heißt es „*Eine Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in die betriebliche Organisation der Beklagten…*".[578]

Fraglich ist, ob dieser Bezug ein eigenes Dasein neben der Weisungsbindung vorsieht oder ob es in die Weisungsbindung hineinzulesen ist.

Einige Stimmen in der Literatur verneinen ein eigenes Dasein neben der Weisungsgebundenheit.[579] Neben der Weisungsgebundenheit sei sie von untergeordneter Bedeutung und entfalte nur Aussagekraft, wenn bei der Weisungsgebundenheit Zweifel aufkämen.[580] Auch *Hromadka* meint, dass es schwer vorstellbar sein, jemand sei eingegliedert, aber nicht weisungsgebunden und dennoch Arbeitnehmer.[581] Zweifelsohne kann eine konzeptionelle Deckung der begründenden Merkmale bei der Weisungsgebundenheit und Eingliederung nicht zu einer doppelten Verwertung derselben führen.[582]

Man kann nicht etwa sagen, jemand sei zeitlich weisungsgebunden und zeitlich eingegliedert in die Arbeitsorganisation. Von einem Gleichlauf zwischen Weisungsbindung und Eingliederung ist dennoch nicht auszugehen, denn der Gesetzgeber hat sie nicht als Teil der Weisungsbindung erwähnt, § 611a Abs. 1 S. 2 BGB spricht nur von Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort. Es wäre unproblematisch gewesen hier eine Formulierung vorzunehmen, die dieses Merkmal explizit als Merkmal der Weisungsbindung kennzeichnet. Dass hier eine Entscheidung des Gesetzgebers zu sehen ist,

---

576 *Deinert*, RdA 2017, 65 - 83 (71); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 281 verweisend auf Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015, S. 29–31; *Preis*, NZA 2018, S. 817 (820) sieht das Merkmal als aufgegeben; wohl auch *Henssler*, RdA 2017, S. 83–96 (85).

577 *Deinert*, RdA 2017, 65–83 (71).

578 BAG, Urteil v. 24.08.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, S. 244 Rn. 22.

579 *Boemke*, ZfA 1998, S. 285–326 (303); Nachweise bei *Wank*, AuR 2017 S. 140–151 (144, Fn. 46 f.); Diskursanalyse bei *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 286 f.; *Thüsing*/HWK, § 611a BGB, Rn. 54 keine *eigenständige* Bedeutung der Eingliederung, „Es bleibt aber dabei: Die betriebl. Eingliederung ist weder notwendiges noch hinreichendes Kriterium, denn beides widerspräche dem Gedanken einer typologischen Begriffsbestimmung."

580 *Henssler*, RdA 2016, S. 18 – 24 (21).

581 *Hromadka*, NZA 2007, S. 838 (838 f.).

582 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 288.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf dieses Merkmal zu verzichten, ist nicht haltbar. Seinen eigenständigen Gehalt gegenüber der Weisungsbindung kann das Merkmal auf mehreren Wegen entfalten:

- Jedenfalls könnte man das Merkmal der Eingliederung über § 611a Abs. 1 S. 5 BGB in die *„Gesamtbetrachtung aller Umstände"* hineinlesen.[583]
- Die Eingliederung könnte auch *„sachlich notwendig"* sein, etwa wenn die vertraglich geschuldete Leistung in vorhandenen Betriebsorganisationen zu erbringen sei.[584] In eine ähnliche Richtung denkt *Wank* mit seiner Definition, Eingliederung sei *„die Notwendigkeit, auf Personal und Material des Vertragspartners zurückgreifen zu müssen, sowie die Einbindung in dessen Arbeitsorganisation."*[585]
- *Maschmann* sieht die Eingliederung als *„Abhängigkeit von einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation."*[586] Diese Überlegungen aus der Literatur decken sich auch mit der Rechtsprechung des BAG, in der sich eine starke persönliche Abhängigkeit von Rundfunkmitarbeiter/innen aus der tatsächlichen Notwendigkeit einer ständigen engen Zusammenarbeit mit den übrigen Mitarbeiter/innen des Senders und der sachlich gebotenen Eingliederung in den Sendebetrieb ergebe.[587]
- Eine Eingliederung ist auch darin zu sehen, wenn Dienstverpflichtete einer ständigen Arbeitskontrolle oder fremden Organisationsvorgaben unterworfen sind.[588] Es besteht die Notwendigkeit mit anderen Arbeitnehmer/innen zusammenzuarbeiten.[589] Darüber hinaus sei bei einfachen Tätigkeiten eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation

583 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 281; a.A. Preis, NZA 2018, S. 817; ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 43.
584 *Thüsing*/HWK, § 611a BGB, Rn. 53.
585 *Wank*, AuR 2017, S. 140–151 (144) mwN.
586 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 51.
587 BAG, Urteil vom 09.03.1977 – 5 AZR 110/76 darauf verweisend auch *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 283.
588 BAG, Urteil v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98 – NZA 2000, S. 480 (483); BAG, Urteil v. 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94 – NZA 1997, 194; HK-ArbR/*Kreuder/Matthiessen-Kreuder*, § 611a BGB, Rn. 82; ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 41; *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO, Rn. 61 f.; *Deinert* in: KZDH, § 3, Rn. 4.
589 BAG, Urteil v. 13.08.1980, AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 37; Urteil v. 09.09.1981 AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 38; BAG, Urteil v. 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94 – NZA 1997, S. 194.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eher anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten, insbesondere, wenn sie als Hilfstätigkeiten arbeitsteilig erbracht werden.[590]

Letztlich muss die Eingliederung m.E. aber einem Untermerkmal zugeordnet werden. Die Schlüsselmerkmale Weisungsbindung, Fremdbestimmung und persönliche Abhängigkeit haben einerseits nun normativen Charakter, aber müssen auch durch Rechtsprechung und Wissenschaft konkretisiert werden.[591] Aus den oben genannten Gründen hat die Eingliederung neben der Weisungsgebundenheit einen eigenständigen Gehalt. Damit bleibt als Untermerkmal nur die Fremdbestimmung.[592] Dies deckt sich mit der Rechtsprechung, die den Begriff der Fremdbestimmtheit im Zusammenhang mit der Eingliederung bereits genannt hat[593]: *„Das heißt aber noch nicht, dass diese Mitarbeiter nicht persönlich abhängig wären. Sie müssen aus anderen Gründen* ***fremdbestimmte Arbeit*** *leisten. Sie können ihre Dienste nur mit Hilfe des technischen Apparates leisten, den ihnen der Sender jeweils zur Verfügung stellt… Ein Gegenbeispiel ist der freie Journalist, der unabhängig von technischen Hilfsmitteln eines Mediums auf* ***eigenes Risiko*** *arbeitet."*[594] [Hervorheb. d. Verf.]

Auch die Literatur stellt diese Beziehung her.[595] Stimmen aus der Literatur, die die Eingliederung als leere Worthülse oder nur als Beschreibung der persönlichen Abhängigkeit sahen, schrieben zu einer Zeit als es noch keinen § 611a BGB gab. Dies muss man mal so sagen, denn es kann noch keine gefestigte Meinung zu einer Kodifikation des § 611a BGB geben. Die Literatur musste sich nicht damit auseinandersetzen, ob Eingliederung unter Fremdbestimmung zu subsumieren ist. Angesichts dessen, dass der Gesetzgeber die Eingliederung als Teil der gefestigten Rechtsprechung, die 1:1 übernommen wurde, ansah, spricht Vieles dafür, die Eingliederung in die Arbeitsorganisation unter das Merkmal der Fremdbestimmung zu subsumieren.

Zu klären bleibt dabei, ob Fremdbestimmung wiederum gegenüber der Eingliederung noch weiteren materiellen Gehalt hat. Hierin liegt möglicherweise der wirklich innovative Charakter des § 611a BGB.

---

590 BAG, Urt. v. 06.05.1998 – 5 AZR 347/97, BAGE 88, S. 327–340, Rn. 50; BAG, Urt. v. 26.05.1999 – 5 AZR 469/98, NZA 1999, S. 983, Rn. 33. Zur arbeitsteiligen Organisation: BAG, Urt. v. 20.10.1993 – 7 AZR 657/92, Juris Rn. 16.

591 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 9.

592 So auch ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 13.

593 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; darauf verweisend *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 282.

594 BAG, Urteil v. 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

595 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 51; *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 282.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Fremdbestimmung gewinnt in einer sich durch Digitalisierung und Technik verändernden Arbeitswelt dort an Bedeutung, wo die Weisungsbindung und Eingliederung fehlt und faktisch bestehende persönliche Abhängigkeiten nicht erfasst werden.[596]

Allgemein kann sich Fremdbestimmung in einer fehlenden Betriebsstätte äußern, dann fehlt es rein räumlich schon an einer Eingliederung. Aber auch wenn es zwar eine Betriebsstätte, aber keine arbeitsteilige Organisation gibt, ist die Fremdbestimmung zu überprüfen.[597] Umgekehrt sind eigene Betriebsstätte und Arbeitsmittel Indizien für eine selbstständige Tätigkeit.[598] Die bloße Angewiesenheit auf ein technisches Hilfsmittel kann noch keine Fremdbestimmung begründen.[599]

Maßgeblich für die Fremdbestimmung als eigenständiges Merkmal, ist die Angewiesenheit auf den Arbeitgeber als Vertragspartner, was sich so äußern kann: Dienstleistende sind auf die Arbeitsorganisation und -mittel angewiesen, auf die Beschäftigung im Dauerschuldverhältnis, wobei darin nur ein Indiz gesehen werden kann, da auch eine selbstständige Tätigkeit im Dauerschuldverhältnis erbracht werden kann.[600] Auch Art und Organisation der Tätigkeit können für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses sprechen.[601] Gleichwohl ist die Arbeitnehmereigenschaft nicht allein damit zu begründen von *„Apparat und Team"* abhängig zu sein.[602] Neue betriebliche Strukturen zeigen, dass Arbeitnehmer und Selbstständige in einer Organisation zusammenarbeiten können und dabei sogar ähnliche Tätigkeiten ausüben können und dennoch jeweils Arbeitnehmer und Selbstständige bleiben.[603] Schließlich ist eine Fremdbestimmung darin zu sehen, wenn einzelne bis ins Detail gehende Vorgaben der Arbeitsgestaltung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht gemacht werden, die Weisungen überflüssig machen.[604]

---

596 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 42; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 19, 33.
597 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 20.
598 Siehe nur: ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 41.
599 BAG, Urteil v. 19.01.2000 – 5 AZR 644/98 – NZA 2000, S. 1102; BAG, Urteil v. 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 ff.
600 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 41; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 34.
601 BAG, Urteil v. 30.11.1994 NZA 1995, S. 622.
602 BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, BAGE 78, S. 343–356, zugleich Aufgabe Rspr. Aufgabe von BAG Urteil vom 15.3.1978, 5 AZR 819/76, BAGE 30, S. 163 ff.
603 *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO Rn. 63; die schwierige Abgrenzung dessen: *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774.
604 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Weitere Merkmale nach der Rechtsprechung des BAG

Neben den Voraussetzungen, die nun Eingang in den § 611a BGB gefunden haben, zog das BAG für seine Feststellung, wer Arbeitnehmer/in sei, eine Reihe weiterer Merkmale heran. Es gab hiernach keine absoluten Merkmale, die für alle Arten von Arbeitnehmer/innen galten.[605] Viele Tätigkeiten konnten dabei sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden, so dass die Entscheidung für ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Dienstverhältnis grundsätzlich wertneutral zu sehen ist.[606] Aus der jahrzehntelangen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff stellte sich eine Fülle an Einzelmerkmalen heraus, die für die Begründung der persönlichen Abhängigkeit herangezogen werden konnten, aber nicht herangezogen werden mussten. Einzelne Merkmale konnten auch bei Selbstständigen vorliegen.[607] 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.[608] Es mag vor diesem Hintergrund überraschen, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung einheitlich und stimmig sieht, denn nach dem Dargestellten ist sie es nicht. Dazu im Folgenden ein Überblick der Kritik an der Rechtsprechung.

---

605 Siehe nur: BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 818/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 25; BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 42; BAG, Beschluss v. 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – NZA 1992, S. 407–410 (409).

606 BAG, Urt. v. 16.02.1994 – 5 AZR 402/93, BAGE 76, S. 21–31.

607 BAG, Urt. v. 23.04.1080 – 5 AZR 426/79, AP Nr. 34.

608 *Wank* in: Handbuch Neue Beschäftigungsformen, S. 1 (41); Wank, AuR 2001, S. 291 (293).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Die Kritik …

a) … an der Rechtsprechung (Rechtsfortbildung und typologische Methode)

Die Kritik an der Rechtsprechung des BAG und der ihm angeschlossenen Literatur hält seit Jahrzehnten an.[609] Gegenstand der Kritik sind der Begriff selbst, die Gewichtung der herangezogenen Merkmale, deren Unbestimmtheit, ihre tatsächliche Operabilität und das methodische Vorgehen.[610] Zunächst muss man neben berechtigter Kritik eine Lanze für die Rechtsprechung des BAG brechen. Sie ist besser als ihr Ruf. Bisweilen schwieg das Gesetz, Arbeitsgerichte mussten aber entscheiden, so dass Recht richterlich fortgebildet werden musste.[611] Der von der Rechtsprechung vertretene Arbeitnehmerbegriff vermochte in vielen Bereichen zu richtigen Ergebnissen zu kommen, weswegen sich ein großer Teil der Literatur der Rechtsprechung anschloss.[612] Die Wirklichkeit begegnet Richter/innen schneller als dem Gesetzgeber, denn die Rechtsprobleme landen auf ihren Tischen und müssen entschieden werden. Richterliche Rechtsfortbildung ist verfassungsrechtlich zugelassen, wenn Rechtsanwender/innen mit veralteten Regelungssystemen oder gesetzgeberischen Versagen konfrontiert wurden und/oder die Rechtsfortbildung der Erweiterung des Grundrechtsschutzes diente.[613]

Das Bundesverfassungsgericht billigte die typologische Methode:

> „*Gerade der Verwendung der Rechtsfigur des Typus ist es zu verdanken, daß die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Beitragspflicht trotz ihres Festhaltens an Begriffen wie Angestellte, Arbeiter, Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, z.B. durch der Realität nicht entsprechender, einseitig bestimmter Vertragsgestaltungen, verhindern konnten.*“[614]

609 Folgender Abschnitt ist entnommen bei: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 49 ff.
610 Erren, Das Vorstandsmitglied einer AG als Arbeitnehmer?, S. 106 mwN.
611 *Griebeling*, RdA 1998, S. 208–216 (209); *Preis*, Arbeitsrecht, § 5 Rn. 111, 112.
612 Zusammenfassend bei: *Bücker* in: FS Kohte, 2016, S. 21–41 (33).
613 *Preis*, Arbeitsrecht, § 5 Rn. 114.
614 BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, S. 1063 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Form der Rechtsfindung selbst aufgegriffen und meint:

> *„Die Freiheit des Richters zu schöpferischer Rechtsfortbildung wächst notwendig mit dem zeitlichen Abstand zwischen dem Inkrafttreten der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschrift und ihrer Anwendung durch den Richter. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu gerade im Hinblick auf die seit über 80 Jahren in Kraft befindliche Kodifikation des BGB ausgeführt: ‚Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend verändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Gesetzesnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe „Recht" zu sprechen, verfehlen will.' (BVerfG v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65). Die Rechtsfortbildung, die das Bundesarbeitsgericht mit der grundsätzlichen Anerkennung eines arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers vorgenommen hat, rechtfertigt sich dadurch, dass das Dienstvertragsrecht des BGB, das einen solchen Anspruch nicht kennt, durch die spätere Rechtsentwicklung lückenhaft geworden ist und deshalb einer Ergänzung und Weiterführung bedarf."*[615]

Rechtsfortbildung ist damit in dem Maße zulässig als insbesondere der Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung nicht zu verabschieden vermag. Wo aber Regelungen vorhanden sind, kann es keinen Spielraum für Rechtsfortbildung geben ohne gegen das Legislativrecht zu verstoßen. Gerade in Hinblick auf den § 611a BGB wirft dies Fragen auf. Denn wie das Zitat des BAG oben zeigt, ist Rechtsfortbildung dort geboten, wo es einen größeren zeitlichen Abstand zwischen der verabschiedeten Norm und dem zu entscheidenden Einzelfall gibt. Das ist aber mit der Kodifikation des Arbeitsvertrages im BGB nicht mehr der Fall. Der Gesetzgeber hat aus den Leitsätzen der ständigen Rechtsprechung des BAG die Grundlage für die Kodifikation gezogen. Aber darüber hinaus stellte das BAG Merkmale auf, die persönliche Abhängigkeit begründeten und die nichts mit dem Weisungsrecht oder der Fremdbestimmung zu tun hatten. Sie erklärten

615 BAG, Urteil v. 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, S. 702.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies mit der Anwendung der typologischen Methode. In der typologischen Begriffsbestimmung wird eine Vielzahl von idealtypischen Merkmalen bzw. Indizien herangezogen, die im konkreten Einzelfall alle vorhanden sein können, aber nicht müssen.[616]

Es heißt, die Rechtsfigur Arbeitnehmer brauche den „Typos" nicht den „Begriff" Arbeitnehmer; denn während der *Begriff* durch bestimmte Eigenschaften, die stets vorhanden sein müssen, definiert werden kann, kennt der *Typos* nur eine Vielzahl von typischen Merkmalen, die im Einzelfall in sehr verschiedener Intensität vorliegen können, aber nicht müssen.[617]

Gerne wird diese typlogische Methode durch ein weiteres Adjektiv verstärkt, nämlich als ontologisch-typlogische Methode. Ontologisch leitet sich aus dem altgriechischen Verb „*eimi*"/"*einai*" für „sein" ab.[618] Bei dieser Methode sehen sich Definierende typische Arbeitnehmer/innen an und untersuchen, welche Merkmale bei diesen vorhanden sind.[619] Im Streitfalle werden die bei einem Arbeitnehmer ontologisch-typischerweise vorhandenen Merkmale, einem in Frage stehenden Sachverhalt gegenübergestellt. Anhand dieses Abgleiches soll eine zuverlässige Zuordnung zum Arbeitnehmer möglich sein. Etwas salopp nannte der britische Richter Wedderburn diese Methode den Elefantentest:

> *„Die meisten Gerichte nutzen den „Elefantentest" für die Bestimmung des Arbeitnehmers – ein Tier, das zu kompliziert ist, um es zu beschreiben, aber einfach zu erkennen, wenn Sie es sehen.*"[620]

Spätestens an dieser Stelle wird einem das Drama des Arbeitnehmerbegriffes bewusst. Wo ein Vergleich mit einem Ideal stattfindet ist der abzugleichende Sachverhalt darauf angewiesen, dass dieses Ideal auch vorhanden ist. Wo das Ideal auf eine *andere* Realität trifft, kann es die Realität nicht ausreichend und schlimmer noch, nicht korrekt erfassen. Sieht man sich den „typischen" Arbeitnehmer aus dem Jahr 1965 an und gleicht ihn mit Arbeitnehmer/innen der folgenden Jahrzehnte bis heute ab, so haben

616 BAG, Urteil vom 23.04.1980, 5 AZR 426/79, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 23.

617 *Hilger*, RdA 1989, S. 1–7 (2).

618 *Gemoll*, Deutsch-Altgriechisches Wörterbuch, abrufbar unter: https://gemoll.eu/, abgerufen am 23.05.2020.

619 *Maties* in: Henssler et. al. (Hrsg.), FS für Wank, S. 323–342 (327).

620 *Wedderburn*, The Worker and the Law, S. 116, wörtlich heißt es dort: „Most courts now appear to use this „elephant test" for the employee – an animal too difficult to define but easy to recognise when you see it." Dies teilt auch *Maties* mit in: Henssler et. al. (Hrsg.), FS für Wank, S. 323–342 (327).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wir alles andere als einen gleichförmigen „*Typos*“. Freilich gibt es das ursprüngliche Bild noch, aber Menschen ohne fachliche, zeitliche und örtliche Weisungsbindung (und zwar gleichzeitig) können Arbeitnehmer/innen sein, ohne dass ihr Abbild auch nur im Geringsten auf den „*Typos*“ passt.

Nach Ansicht eines Teils des Schrifttums ist die typologische Methode spätestens mit Einführung des § 611a BGB überholt: Der Arbeitsvertrag und damit der Arbeitnehmerbegriff seien präskriptiv durch den Gesetzgeber konkretisiert worden.[621] *Preis*[622] sieht in der typologischen Methode den Grund für Aussagen des BAG, wie die Folgende:

> „*Für den Fall, dass die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann, ist die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus in der Gesamtabwägung zu berücksichtigen.*“[623]

Nun, ein Blick in die reale Welt zeigt, dass an vielen Arbeitsorten neben der „normalen“ Belegschaft, Rand- und Fremdbelegschaften zunehmen.[624] Bei weitem nicht alle genießen den Schutz des Arbeitsrechts und das obwohl sie faktisch die gleiche Arbeit verrichten. Das soll an dieser Stelle keinen neuen Diskussionsstrang öffnen, aber es soll doch zeigen, dass gleiche Tätigkeiten selbstständig oder unselbstständig erbracht werden können. Die typologische Methode verliert hier an Substanz und die intendierte Abgrenzungsfunktion des Arbeitsrechts degradiert sich zu einer vagen Orientierungsfunktion. *Deinert* bringt es auf den Punkt, wenn er sagt, die typologische Methode bringe Unsicherheiten mit sich und diese Risiken tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer; „*der Einzelne wird dann als Kollateralschaden des Gesamtgeschäfts der Würdigung des Einzelfalls anzusehen sein.*“[625]

In welchem Umfang an der typologischen Methode weiter festzuhalten sein wird, werden die künftigen Diskussionen zeigen. Dabei sollte nicht aus dem Blick geraten, dass der Arbeitnehmerbegriff entlang der industri-

---

621 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 53; *Richardi*, NZA 2017, S. 36 (38); *Wank*, AuR 2017, S. 140 (144).

622 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 53; *Reinecke*, NZA-RR 2016, S. 393, 399; *Reinfelder*, RdA 2016, S. 87 (88).

623 BAG, Urteil v. 09.06.2010 – 5 AZR 332/09, NZA 2010, S. 877 (AN-Status, Versicherungsvertreter); Urteil v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14 (AN-Status „Zirkusartisten“), NZA-RR 2016, 288–291.

624 *Deinert*, RdA 2014, S. 65–77; *Bücker* in: FS Kohte 2016, S. 21–46 (21).

625 *Deinert*, RdA 2014, S. 65–77 (71).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ellen und betrieblichen Gegebenheiten entstanden ist, in dem Umfang wie sich diese Gegebenheiten verändern, muss sich der Arbeitnehmerbegriff anpassen, möchte er das abbilden, was ihm zugrundeliegt.

b) … am Gesetzgeber

Soweit die Kritik am Gesetzgeber nicht bereits bei der Erläuterung der einzelnen Merkmale angeklungen ist, so wird sie an dieser Stelle noch erwähnt.

In der juristischen Fachliteratur ist § 611a BGB vermehrt so aufgefasst worden, dass er ein „*Weiter so*" der Rechtsprechung kodifiziere.[626]

Das ist der milde Umgang mit dem Gesetzgeber. *Richardi* hält das Gesetz für fehlerhaft konzipiert und letztlich für überflüssig. Die Bedeutung des Dienstvertrages werde verdunkelt, die Abgrenzung zwischen den Vertragstypen werde weiterhin durch § 611 BGB bestimmt. Letztlich werde sogar das Arbeitsrecht an sich preisgegeben, denn für die digitale Arbeitswelt passe die Kodifizierung gar nicht.[627] Wie bereits oben angedeutet, äußert sich *Wank* ebenfalls kritisch. Der Gesetzgeber habe die Leitsätze abgeschrieben und nicht deren Kontext gewürdigt. *Preis* fasst dessen Verdikt treffend zusammen:

> „*Für das digitale Zeitalter ungeeignet, blind für die Erkenntnisse aus dem Unionsrecht, ohne Bewusstsein für die aktuellen Problemfälle: Der Ertrag bleibe insgesamt gering.*"[628]

Für *Willemsen* entpuppt sich das „*Jahrhundertereignis*" als „*zum Teil tautologische Aneinanderreihung von Abgrenzungskriterien und -formeln*", die den Rechtsanwender ratlos zurücklassen.[629]

Ob die Kritik berechtigt ist, ist momentan nicht abzusehen. Insgesamt ist aber zu sagen, dass hier eine bekannte Melodie gespielt wird: Es

---

626 Vgl. HandK ArbR/*Däubler*, 4. Auflage 2017, Vorb. zu BGB, § 611, 611a Rn. 2: „keine inhaltlichen Neuerungen"; *Hromadka*, NZA-Editorial 12/2017: „alter Wein in neuen Schläuchen"; BeckOK ArbR/*Joussen*, 54. Ed., Stand 01.12.2019 „keine Änderung der Rechtslage", Vorb. BGB § 611a; HandK ArbR/*Kreuder/Matthiessen-Kreuder*, BGB, §§ 611, 611 a Rn. 6: „keine Erkenntnisse."; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, S. 434–435.

627 *Richardi*, NZA 2017, S. 36–39 (36,39).

628 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (818), verweisend auf *Wank*, AuR 2017, S. 141–153 (153).

629 *Willemsen*, FS Moll, 2019, S. 757–774.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

herrscht gesetzgeberischer Stillstand, dann geschieht etwas und natürlich ist das der Kritik ausgesetzt. Insoweit prognostizierte *Wank* bereits vor über 25 Jahren, dass eine Regelung nur dann eine politische Chance habe, wenn sie keine tiefgreifenden Änderungen mit sich bringe und auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbelange gleichermaßen Rücksicht nehme.[630]

Letztlich existiert dieses Gesetz nun und darf allein deshalb schon nicht unberücksichtigt bleiben.[631] Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, dass es nun eine Definition gibt, die gesetzlich vorgeschrieben ist.[632] Darüber hinaus ist es möglicherweise innovativer als es auf den ersten Blick wirken mag. Es ist nämlich keineswegs „alles beim Alten" geblieben, denn Anwender/innen haben nun Tatbestandsmerkmale.[633] Dort ist in Zukunft die Wahrheit zu suchen und nicht im Chaos der Kreativität. Ein Merkmal wie Fremdbestimmung kann digitale Arbeitsverhältnisse möglicherweise überhaupt erst abbilden, ebenso wie die unionsrechtlichen Besonderheiten beim Arbeitnehmerbegriff.[634] Die Merkmale können durchaus „nach vorne offen" sein[635] und neue Abhängigkeiten erfassen. Das ist jedoch etwas, das in Rückkopplung zwischen realen, empirischen Gegebenheiten, Justiz und Gesetzgeber zu geschehen hat. *Becker* nennt dies passend zur Internet-Umgangssprache „*Feedback-Loop*", der die Rechtsordnung an die Entwicklung der Gesellschaft anpasst.[636]

630 *Dauner-Lieb/Krebs*, ZfA 1994, S. 19–215 (Bezug auf Wank S. 36); *Preis* nennt dies ebenfalls in NZA 2018, S. 817–826 (818); *Düwell* äußert sich ähnlich als Sachverständiger im Ausschussbericht Arbeit u. Soziales BT-Drs. 18/10064, S. 13, abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/100/1810064.pdf.

631 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (818); Zustimmung auch von *Thüsing*/HWK, § 611a BGB Rn. 21, 110.

632 *Kolbe* in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO Rn. 22.

633 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (819).

634 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (820); ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 13; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, S. 434 f. (435); *Gallner* in: FS Moll, S. 133–150 (138).

635 HandK ArbR/*Däubler*, 4. Auflage 2017, Vorb. zu BGB, § 611, 611a Rn. 2.

636 Vgl. *Becker*, ZUM 2019, S. 636–648 (642).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Crowd Worker als Arbeitnehmer_innen de lege lata

I. Feststellung des Lebenssachverhaltes für die Arbeit auf Microwork-Plattformen

1. Clickworker und Roamler

Die Plattform **clickworker** ist die größte deutsche Anbieterin bei Microtasks. Das Unternehmen ist 2005 in Essen gegründet worden. Die Plattform beschreibt auf ihrer Homepage ihre Dienste so, dass es immer noch viele Dinge gibt, die Menschen besser machen als Computer; so erledigen „clickworker" die Sortierung großer Mengen unstrukturierter Daten wie Texte, Bilder oder Videos. Speziell zählen dazu: KI Trainingsdaten, Textproduktion – von der Erstellung oder Überarbeitung einfacher Texte, Unique-Content, bis zur Suchmaschinenoptimierung, Verschlagwortung und Kategorisierung, Web-Recherche, Produktdatenpflege, Umfragen, Mobile Crowdsourcing - Erstellen, Sammeln, Bewerten und Verifizieren von Daten und Informationen (wie Fotos, Geodaten, Adressen) mit dem Smartphone vor Ort und Übersetzungen.[637] Solche Aufgaben könne ein Computer (noch) nicht übernehmen, da die Programmierung zu teuer sei und das Personal beim auftraggebenden Crowdsourcer für eine schnelle Umsetzung nicht ausreiche.[638]

Crowd Worker können über ihren Computer oder über Smartphones und Tablets, clickworker nutzen und mit der Bearbeitung der angebotenen Microtasks, Geld verdienen. Über eine Standard-Webbrowser-Benutzeroberfläche arbeiten sie die vorhandenen und ihnen nach dem Anklicken zugewiesenen Aufgaben ab. Diese wiederum, sind zumeist Teile eines komplexen Projektes. Koordiniert und zusammengeführt werden die Projekte über die Technologie von clickworker, ein internetbasiertes Workflow-System.[639]

Die Anzahl der registrierten Crowd Worker steigt seit Jahren kontinuierlich.

---

637 Leistungsspektrum abrufbar unter: https://www.clickworker.de/so-funktionierts/, abgerufen am 18.05.2020.

638 Informationen abrufbar unter: https://www.clickworker.de/so-funktionierts/, abgerufen am 18.05.2020.

639 Informationen abrufbar unter: https://www.clickworker.de/so-funktionierts/, abgerufen am 18.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Plattform berichtet in einer Pressemitteilung, dass sich die Anzahl registrierter Clickworker in den letzten zwei Jahren verdoppelt habe und nun sei die Plattform mit aktuell 2,2 Mio. Crowd Workern eine der weltweit größten Crowdsourcing-Plattformen.[640]

Der Arbeitsablauf auf der Plattform clickworker wird bei der Darstellung der Tatsachen näher berücksichtigt werden.

Ein weiteres Unternehmen, das in dieser Arbeit untersucht wird, ist die Plattform Roamler.

Roamler ist ein 2011 in Amsterdam/Niederlande gegründetes Unternehmen, welches unterschiedliche Arten von crowd-basierten Lösungen anbietet. Sie unterhalten dazu verschiedene Sparten, nämlich Roamler Retail, Tech und Care.[641] In der hier interessierenden Sparte Roamler Retail erhält Roamler von Großkunden wie Einzelhandelsketten, Tankstellen, Möbelhäusern, Verbrauchermarken oder auch Gaststätten Aufträge, dass bestimmte Produkte oder Dienstleistungen am sog. „Point of Sale" (PoS) überprüft werden sollen. Verbrauchermarken können beispielsweise in Einzelhandelsketten bestimmte attraktive Verkaufsflächen mieten, um so die Kundschaft gezielter anzusprechen. Gleichzeitig wissen diese Verbrauchermarken oft nicht, ob und wie das vor Ort in den Filialen umgesetzt wird. Roamler setzt an dieser Stelle an. Sie sortieren die einzelnen Aufträge und stellen sie in die App. Sie laden Crowd Worker ein, diese Aufträge abzuarbeiten, indem sie die Orte aufsuchen und bestimmte Informationen über Produkte und Dienstleistungen auf die App hochladen. Sind alle vorher beschriebenen Anforderungen erfüllt, bekommen Crowd Worker ihre Bezahlung in der App gutgeschrieben. Näheres wird noch an passender Stelle erläutert werden.

2. Steuerung der Crowd (Governance)

Das Herzstück jeder Crowd Work Aktivität ist die Steuerung und Kontrolle der Crowd.[642] In diesem Zusammenhang ist der englische Ausdruck Governance üblich.[643] Denn bei aller Freiheit, die bestehen kann

640 Pressemitteilung von Clickworker vom 14.05.2020: https://www.clickworker.de/2020/05/14/clickworker-knackt-marke-von-2-millionen-crowdworkern/.

641 Näheres abrufbar unter: www.roamler.de, abgerufen am 29.05.2020.

642 St. vieler: *Leimeister/Zogaj*, Arbeitspapier 287, HBS 2013, S. 43; *Leimeister* et. al, Study Nr. 324, HBS 2016, S. 54 ff.

643 *Leimeister* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder auch nicht, den unterschiedlichen Motivlagen, warum Menschen als Crowd Worker arbeiten und den unterschiedlichen Modellen in denen Crowd Work stattfinden kann, ist es am Ende Aufgabe der Plattform, die gestellten Aufgaben zuverlässig und gemäß den Anforderungen ihrer Kund/innen zu erledigen. Damit muss die Plattform die Arbeit der Crowd Worker so lenken, damit diese die Arbeit zuverlässig und gut bewältigen. Hierin zeigt sich die besondere Rolle der Plattformen: Wie bereits gesagt, bedienen sie mehrseitige Märkte. Sie müssen ihren Kund/innen gerecht werden, aber sie müssen auch auf der Seite der Crowd Worker dafür sorgen, dass sie sich an der Plattform beteiligen. Hierbei ist das hauptsächliche Anreizsystem die Entlohnung. Darüber hinaus die geschickte Verknüpfung von Reputation mit Entlohnungsmöglichkeiten. Die Kehrseite dessen ist die Ablehnungsmöglichkeit von Aufträgen und damit verbundene Sanktionen – denn Plattformen müssen unerwünschtes Verhalten unterbinden, da dieses sich direkt auf den Erfolg des Geschäftsmodells auswirken kann. Wie die Governance bei den untersuchten Microtask-Plattformen ausgestaltet ist, soll im Folgenden dargestellt werden.

a) Registrierung

Unabhängig davon welche Plattform genutzt werden soll, ist bei allen eine Registrierung erforderlich. Dabei wird die Eingabe persönlicher Daten wie Name, Anschrift, Geburtsdatum sowie eine gültige Emailadresse in eine Maske auf der Webseite bzw. App der Plattform verlangt.[644] Weiterhin enthalten die AGB von clickworker die Verpflichtung, dass angegebene Daten auf dem aktuellen Stand zu halten sind (§ 2.2 clickworker AGB). Für die Nutzung der Webseite ist die Festlegung eines Benutzernamens, sowie eines Passwortes erforderlich (§ 2.3 clickworker AGB).

Im Anschluss an die Eingabe wird das Einverständnis in die Nutzungsbedingungen verlangt, sowie in die Datennutzung.

Gleich nach der Registrierung auf den Plattformen erhält man eine Bestätigungsmail, in der ein Hyperlink hinterlegt ist, um den Registrierungsvorgang abzuschließen. Geschieht dies, so kann man sich mit den festgelegtem Benutzernamen und Passwort einloggen.[645] Nach der Aktivie-

644 § 2 der AGB von der clickworker GmbH.

645 Diesen Vorgang beschreiben ebenfalls: *Vogl*, Crowdsourcing, S. 57; *Pacha*, Crowdwork, S. 61 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung des Benutzerkontos folgt bei clickworker eine automatisierte Bestätigungsmail mit der Aufforderung sein Profil auszufüllen.

Bei der Plattform Roamler ist eine Registrierung – je nach geographischem Standort – nur nach der Eingabe eines besonderen Aktivierungscodes möglich; diesen erhält man auf Einladung eines anderen Crowd Workers, der/die dort tätig ist.[646] Zusätzlich ist die Arbeit bei Roamler nur mittels einer App möglich. Dies hängt damit zusammen, dass Roamler hauptsächlich Arbeiten anbietet, die man von unterwegs erledigt (siehe Abb.).

646 https://www.roamler.com/de/main/join, abgerufen am 07.06.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

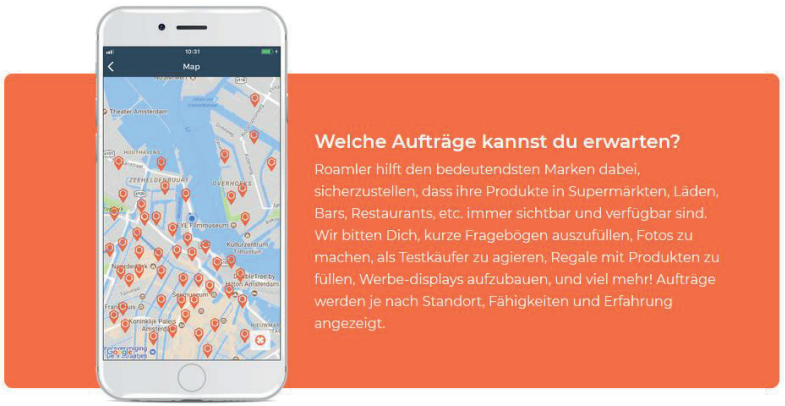


Abbildung 13: https://www.roamler.com/de/main/join Abruf am 13.08.2019

Die Verfasserin meldete sich bei der Roamler App am 13.08.2019 an. Eine Anmeldung war auch ohne Anmeldecode möglich, da es in der Region zu wenige „Roamler" gibt. Ebenso wie bei clickworker fordert Roamler unter Nr. 5. ihrer AGB, dass ein Account anzulegen ist und *„der Auftragnehmer gewährleistet, dass die Daten, die er in den Account eingibt, korrekt sind und auf den Auftragnehmer zutreffen."*

Beide Plattformen verbieten per AGB, dass Accounts an Dritte weitergegeben, zur Verfügung gestellt oder mit anderen geteilt werden, ebenso ist die Unterhaltung mehrerer Nutzerkonten untersagt (§ 2.4 clickworker AGB, Nr. 5.2 Roamler AGB).

Zusätzlich ist man bei Roamler dazu verpflichtet, seine GPS Daten freizugeben, diese dürfen gem. Nr. 5.2 der AGB nicht manipuliert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Die Einstufung der Crowd

Die oben erwähnte Crowd Governance oder auch Steuerung erfordert gleich zu Beginn eine Überprüfung der Qualifizierung der Crowd, da so bereits eine bessere Zuordnung zu passenden Aufträgen erfolgen kann. Je nach Plattform können das unbezahlte Aufträge oder das Verfassen unbezahlter Texte zur Feststellung des Qualifizierungsgrades sein. Auf der Plattform Clickworker müssen Crowd Worker zunächst Fragen über ihre Fähigkeiten, Interessen und Kenntnisse zur Erstellung von Texten, Sprachkenntnisse beantworten.[647] Clickworker verschickt nach Aktivierung des Benutzerkontos eine ausführliche Mail, welche die weiteren Schritte der Crowd Worker umfasst, die nötig sind, um auf der Plattform arbeiten zu können. So heißt es:

> „Die meisten der von uns angebotenen Aufträge werden erst verfügbar, wenn der Clickworker seine Fähigkeiten in Qualifizierungen nachgewiesen hat. Diese Qualifizierungen werden Ihnen anhand Ihrer Profilangaben angeboten. Nachdem Sie Ihr Profil ausgefüllt haben, werden Ihnen ggf. bereits Aufträge in der Auftragsliste angeboten – dann aber noch mit dem Hinweis "Für diese Aufträge können Sie sich qualifizieren". Dies bedeutet, grundsätzlich kommen diese Aufträge für Sie in Frage, Ihnen fehlt aber noch die entsprechende Qualifizierung. Wenn Sie auf den Button "Qualifizieren" drücken, gelangen Sie dann direkt zur jeweiligen Qualifizierung. Alternativ können Sie die für Sie freigeschalteten Qualifizierungen auch über die beiden Menüpunkte "Basis-Qualifizierungen" und "Projekt-Qualifizierungen" einsehen und starten.
>
> Manche dieser Qualifizierungen werden direkt im Anschluss bewertet, andere manuell innerhalb von 1–2 Tagen. Je nachdem, wie Ihre Ergebnisse ausfallen, werden Sie dann für die jeweiligen Bereiche freigeschaltet und erhalten dann sofort Zugriff auf die entsprechenden Aufträge. Wählen Sie die Qualifizierungen nach Ihren Interessen und persönlichen Fähigkeiten aus. Für Autoren und Übersetzer sind die Autoren-Qualifizierungen die richtige Wahl. Für Korrektoren in Deutsch und Englisch gibt es eigene Korrektorenqualifizierungen. Sie können alle Qualifizierungen absolvieren, die Sie möchten. Einen Zwang gibt es nicht, aber mit jeder erfolgreichen Qualifizierung ver-

647 https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/, abgerufen am 07.06.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> größert sich der Pool an potentiellen Aufträgen. Sind eine oder mehrere Qualifizierungen erfolgreich absolviert, sehen Sie die passenden Aufträge als Angebot in Ihrer Auftragsliste. Sie sehen die zur Verfügung stehende Zeit, die Arbeitsanweisung und das Honorar, welches Sie für eine erfolgreiche Bearbeitung erhalten. Wenn Sie einen Auftrag übernehmen wollen, klicken Sie einfach auf "Start". Haben Sie noch weitere Fragen? Schreiben Sie uns an: help@clickworker.com."

Antwort-Email von clickworker vom 07.06.2019

Clickworker bietet zur Qualifizierung Online-Tests/Trainings an, die der Überprüfung der Fähigkeiten der Crowd Worker dienen. Crowd Worker können diese Qualifizierung freiwillig durchführen, um zu weiteren Aufgaben zugelassen zu werden. Dies nennt sich Autorentraining und wird nicht entlohnt (s. Abb.). Nach einer Auswertung der Ergebnisse bekommen Crowdworker ein Feedback im Sinne eines individuellen Prozentwertes. Dieser sagt aus, ob die Qualifizierungsaufgaben korrekt ausgeführt wurden und legt gleichzeitig fest, für welche Art von Aufgaben sie geeignet sind.[648] Clickworker schaltet daraufhin Crowd Workern entsprechend ihrer Qualifikation die zur Verfügung stehenden Jobs frei.[649] Andere Jobs sind nicht sichtbar.

---

648 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 58.

649 https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/, abgerufen am 07.06.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildung 14: eig. Screenshot vom 13.08.2019, https://workplace.clickworker.com/de/clickworker/trainings/62643/edit

In einem ca. 30 minütigem Verfahren, wurden der Verfasserin unterschiedlich Texte unterbreitet, die sie auf Grammatik und Rechtschreibung überprüfen oder die Lücken ergänzen sollte (s. Abb.).

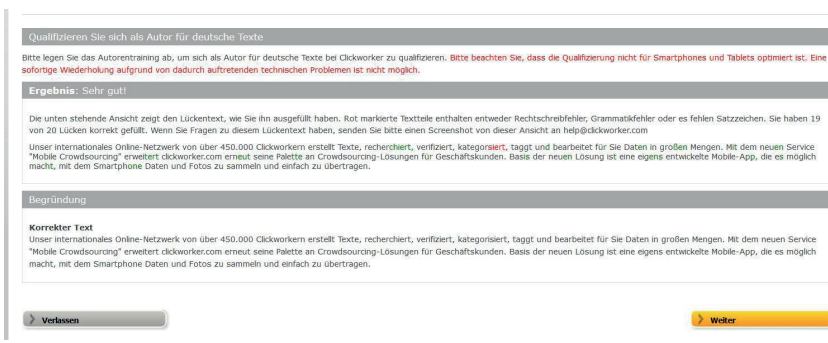


Abbildung 15: eig. Screenshot von einer durchgeführten Qualifizierung am 13.08.2019.

Als die Verfasserin eine ausreichende Bewertung in diesem ersten Teil erzielte, folgte ein freier zweiter Teil. Dabei wurde verlangt, eine Biographie über einen Künstler zu schreiben (150–250 Wörter). Es gab sehr engmaschige Vorgaben, wie der Text zu verfassen war. So war die Anzahl, wie oft der Name des Künstlers vorkommen darf, vorgegeben und auch

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonst gab es Keywords, die in ausreichender Zahl vorkommen mussten. Das Gesamtergebnis des Selbstversuches war erfolgreich – auch wenn überhaupt nicht deutlich wurde, wie es sich zusammensetzt. Die Verfasserin hat einen Prozentwert von 87 Prozent erreicht. Positiv anzumerken ist, dass clickworker eine relativ ausführliche und schnelle Evaluierung des Textes vorgenommen hat. Diese enthielt auch ein konstruktives Feedback (s. Abb.).

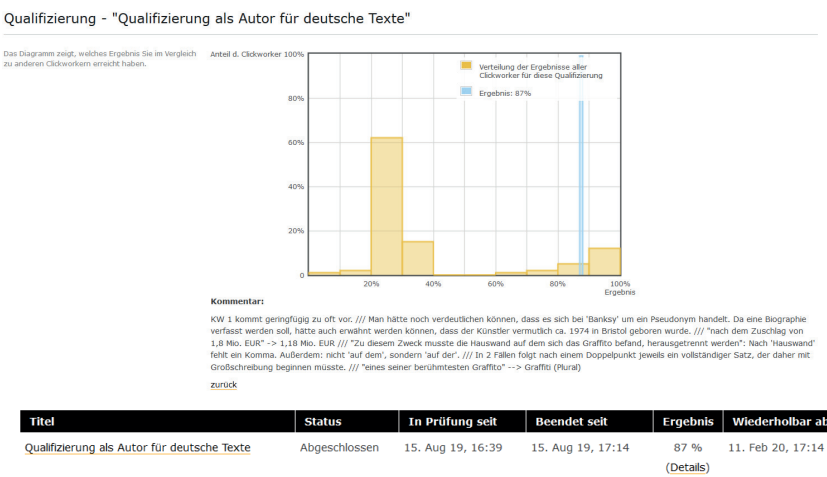


Abbildung 16: eig. Screenshot von durchgeführter Qualifizierung vom 15.08.2019.

Bei der Plattform Roamler muss man, um Aufträge zu bekommen zunächst einen „Willkommensauftrag" absolvieren.[650]

Der Willkommensauftrag auf Roamler sah vor, einen orangefarbenen Gegenstand abzufotografieren. Die App leitete mit anklickbaren Anweisungen (Weiter-Buttons) durch die Aufgabe, die man mittels Smartphone zu bewältigen hatte (s. Abb.).

650 https://www.roamler.com/de/main/faq, abgerufen am 12.06.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

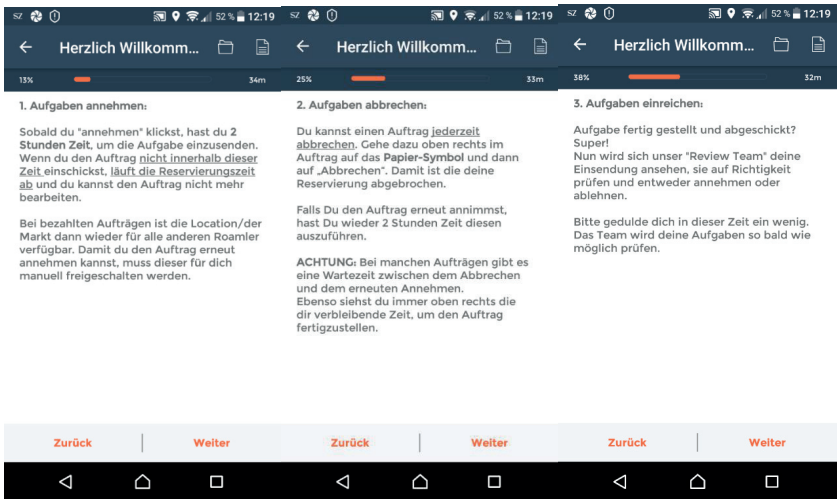


Abbildung 17: Roamler App, eig. Screenshots vom 13.08.2019.

Die Antwort von Roamler erfolgte kurze Zeit später. Die Verfasserin wurde angenommen und bekam eine persönliche Mail, dass sie jetzt zugelassen ist. Allerdings war die Einstufung immer noch bei Level 1 und damit nicht freigeschaltet für bezahlte Tätigkeiten. Um zu bezahlten Tätigkeiten zu gelangen, musste die Verfasserin unbezahlt Fragen beantworten und Trainings durchführen (s.Abb.). Diese brachten sog. xp-Punkte ein, die eine Art Erfahrungspunkte darstellen. Um bestimmte Arbeiten durchführen zu können, muss man eine bestimmte Anzahl dieser Punkte und damit ein bestimmtes Level erreichen (s. Abb.). Diese Fragen muss man beantworten, da man nur so die xp-Punkte sammeln kann. Selbst bei Beantwortung aller Fragen wären noch nicht genügend Punkte für Level 2 (500 Punkte) und damit für bezahlte Tätigkeiten gesammelt.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

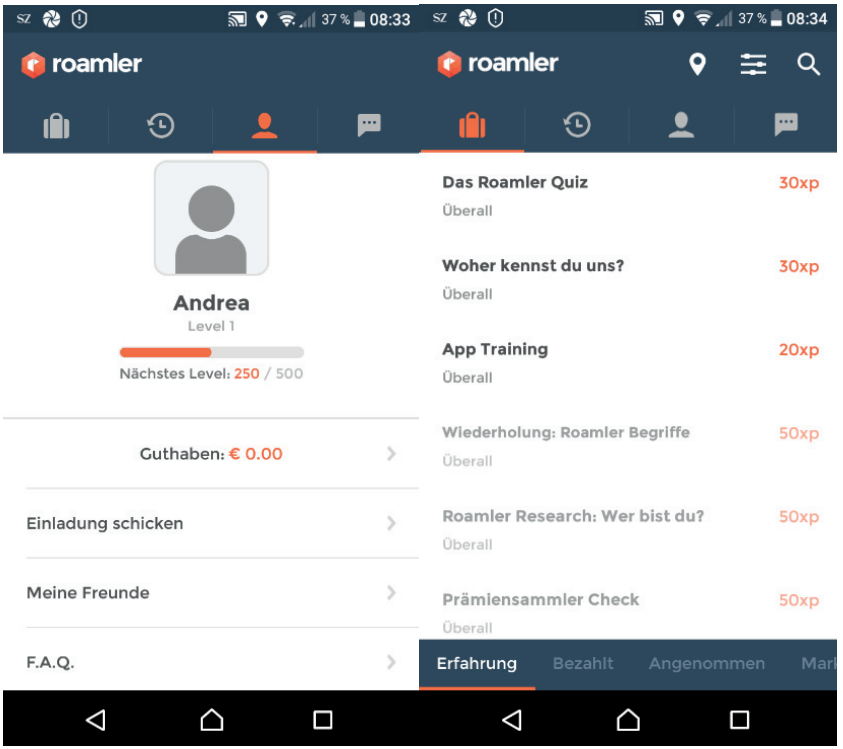


Abbildung 18: eig. Screenshot vom 14.08.2019.

Bei allen untersuchten Microwork Plattformen zeigt sich: Je besser die Qualifizierung, desto besser die Jobs, desto besser die Bezahlung. Gleichwohl die Hürden auf einer Plattform nicht so hoch scheinen, muss man die Qualifizierungstests doch sehr ernst nehmen. Das zeigt sich beispielsweise bei clickworker darin, dass die Qualifizierungstests nur einmal wiederholt werden können.[651] Diese „qualifikationsbasierte Selektion"[652] entscheidet somit über die individuellen Beschäftigungsmöglichkeiten.[653]

651 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 58.
652 *Geiger* et. al., Managing the Crowd, Paper 430, AMCIS 2011 Proceedings, abrufbar unter: https://gess.unimannheim.de/fileadmin/gess_db/Publications/CDSB/Erscheinungsjahr_2011/Managing_the_Crowd__Towards_a_Taxonomy_of_Crowdsourcing_Processes.pdf , abgerufen am 12.05.2020.
653 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Reputation, Bewertung und Feedback

Beiden Plattformen ist gemein, dass sie ein Bewertungssystem implementiert haben. Dieses Bewertungssystem hängt oftmals mit der Art der zu bewältigenden Aufgaben zusammen.

aa) Clickworker

Bei Clickworker werden bei bestimmten Projekten wie der Verschlagwortung und Kategorisierung, Testfragen eingestreut, deren Beantwortung für aufmerksame Bearbeiter/innen einfach ist, aber zeigen soll, ob die Crowd Worker bei der Sache sind.[654] Zu viele falsche Antworten führen zu einem Ausschluss aus dem Projekt. Daneben gibt es das Vorgehen, eine Aufgabe von mehreren Crowd Workern bearbeiten zu lassen; im Abgleich der Ergebnisse werden jene entlohnt, deren Ergebnisse durch die Mehrheit repliziert worden sind.[655] Bei Umfragen werden ebenfalls Fragen eingestreut, um die Aufmerksamkeit zu überprüfen (z.B. „Aufmerksame Leser klicken jetzt „Stimme vollkommen überein" an").

Diese Beurteilung von Arbeitsergebnissen ergibt, gemeinsam mit dem Testscore, den man bei der Qualifizierung erreicht hat, einen Wert, der die Reputation der Crowdworker darstellt (s.Abb.). Hat man einen Text erstellt und stellt diesen fertig, beurteilt ein Korrektor/in die Leistung des Crowd Workers anhand eines vorgefertigten Kriterienkataloges, dieser enthält: Orthographie, Grammatik, Zeichensetzung, Stil und Ausdruck, sowie Inhalt.[656] Jedes dieser Kriterien wird mit einer Skala von „gut", „akzeptabel" bis „schlecht" bewertet; am Ende wird entschieden, ob der Text angenommen oder abgelehnt wird.[657]

Darüber hinaus ist der Wert auch für weitere Qualifizierungen relevant, denn nur wer einen bestimmten Wert erreicht, wird für weitergehende Qualifizierungen überhaupt vorgeschlagen – diese ermöglichen wiederum den Zugang zu anderen, besser bezahlten Arbeiten.[658] Insgesamt setzt die Bewertung eine Spirale in Gang, die nach oben oder nach unten gehen kann: Wer sich bewährt, dem/der wird die Möglichkeit gegeben, weiter

654 So erläutert unter: https:// www.clickworker.de/faq/, abgerufen am 16.08.2019.
655 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 59 mwN.
656 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56.
657 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56.
658 So berichtet es *Vogl*, Crowdsourcing, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufzusteigen; wem dies nicht gelingt, verfestigt sich in den unteren Windungen der Spirale. Ob es einen Weg da heraus gibt oder wie das gelingen kann, ist nicht klar.

Klar ist jedoch, dass sich Crowd Worker immerzu anstrengen müssen, ihren Score zu halten und idealerweise zu steigern. Wie sich aus der Abbildung oben ergibt, ist die Verfasserin gerade so in den besser bezahlten Auftrag gerutscht, da sie 87 Prozent erreichte und 85 Prozent gefordert waren. Der Soziologe *Andreas Boes* stellt fest, dass hier ein „*System permanenter Bewährung*“[659] eingerichtet wird.

Ein Instrument, das zunächst nicht den Anschein eines Bewertungsinstrumentes macht, ist die oben erläuterte Gamification. Das bezeichnet zunächst die Anwendung spieltypischer Elemente in einem spielfremden Kontext.[660] Je nach Plattform sind das unterschiedliche Methoden: Fleißsterne, Daumen hoch/runter, auf-/absteigende Pfeile, etc. Bei Clickworker wird die Gamification damit implementiert, dass in Echtzeit angezeigt wird, wie viele Crowd Worker online sind, d.h. man bekommt die Konkurrenz vor Augen geführt – auch wenn man nicht weiß, wie die Scores der anderen sind und ob sie tatsächlich eine Konkurrenz sind.[661] Es werden auch noch die verfügbaren Aufträge angezeigt. Daneben gibt es bei Clickworker Pfeile, die den eigenen Fortschritt, bzw. Stand dokumentieren.

Diese Methoden dienen dazu, Menschen auf der Plattform zu halten und sie anzuspornen, die Aufgaben zu erledigen.

bb) Roamler

Ähnlich wie bereits clickworker bewertet auch die Plattform Roamler permanent die Leistung ihrer Crowd. Hier geschieht dies noch offensichtlicher: Die Crowd Worker müssen Levels erreichen, um bestimmte Aufgaben machen zu können. Das Prinzip der Gamification wird mittels sog. xp-Punkte genutzt, die man sammelt und die sich auf das Level auswirken. Nur, wenn man die Aufgaben macht und diese angenommen werden,

---

659 *Boes/Bultemeier*, Anerkennung im System permanenter Bewährung, ISF 2010, abrufbar unter: https://www.isf-muenchen.de/pdf/boes-bultemeier-anerkennung.pdf (20.05.2020).

660 *Bendel*, Gabler Wirtschaftslexikon Onlineausgabe, „Gamification“, abrufbar unter: https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/gamification-53874/version-368843 (abgerufen am 11.05.2020).

661 So veranschaulicht es auch *Vogl*, Crowdsourcing, S. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erreicht man höhere Levels. Wohlbemerkt kann man erst ab 440 xp-Punkten Geld verdienen. Dies erreicht man, wenn man die o.g. Qualifizierungsstufen durchlaufen hat. Man bekommt die xp-Punkte, indem man eine Vielzahl von Fragen beantwortet und fiktive Roamler Aufgaben absolviert (z.B. Gegenstände abfotografiert). Die Fragen beinhalten beispielsweise einen Test zu dem FAQ von Roamler. Damit sollen sich Crowd Worker mit der Plattform vertraut machen. Roamler selbst nennt es auch die „Roamler Academy". Ist man zu einem höheren Level zugelassen, wird einem immer der Rang gegenüber anderen Crowd Workern angezeigt.

3. Die Arbeitsorganisation auf den untersuchten Plattformen

a) Clickworker

Grundsätzlich ist zwischen zwei Seiten zu unterscheiden: Den Auftraggeber/innen (Crowdsourcer) auf der einen und den Crowd Workern auf der anderen Seite. Damit Clickworker die Aufgaben an die Crowd geben kann, müssen im Vorfeld verschiedene Bedingungen festgelegt werden. Am besten macht man den Ablauf an einem Beispiel fest: Benötigen Crowdsourcer Produktbeschreibungen, müssen zunächst die zu beschreibenden Produkte, Sprache, suchmaschinenoptimierte Schlüsselbegriffe, sowie die Dichte des Textes bestimmt werden.[662]

Es erfolgen auch Angaben über Art (informativ, werbend, emotional etc.) und Qualität der zu erstellenden Texte; je nachdem, was Crowdsourcer hier auswählen, wird bestimmt, welche Maßnahmen Clickworker zur Qualitätssicherung einsetzt (s. Abb.).[663]

662 Darstellung bei *Vogl*, Crowdsourcing, S. 53 f.
663 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

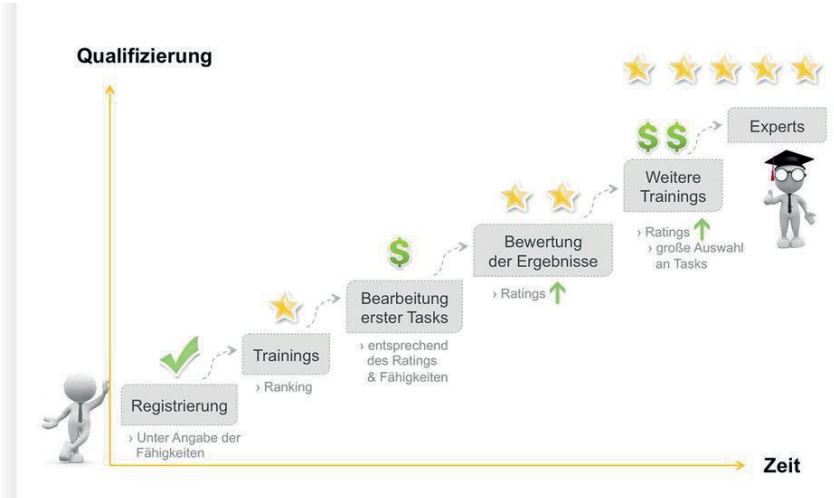


Abbildung 18: https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/ abgerufen am 07.06.2019.

Sind von Seiten der Crowdsourcer die Angaben gemacht, besteht die Hauptaufgabe von Clickworker darin, den Gesamtauftrag in einzelne Teilaufgaben aufzugliedern. An dieser Stelle geschieht etwas, dass Microtask den Namen des digitalen Taylorismus bzw. der digitalen Akkordarbeit eingebracht hat.[664] Ein großer Auftrag wird in viele kleine Aufträge zerlegt, die nach ihrer Erledigung wieder zusammengefügt werden und als Endprodukt an den Crowdsourcer geleitet werden. Ähnlich wie der industrielle Taylorismus, wo nicht ein Mensch beispielsweise ein Fahrzeug von Anfang bis Ende baut, sondern jeder/e arbeitsteilig nur gewisse Produktionsschritte vornimmt, werden im digitalen Taylorismus benötigte Informationen gewissermaßen in Informationsschnipsel eingeteilt, die dann zusammengefügt, den Gesamtauftrag abbilden (s. Abb.). Crowd Worker sind damit in hochgradig standardisierte und vorstrukturierte, arbeitsteilig organisierte Bearbeitungsabläufe integriert.[665] Was einzelne Crowd Worker zu tun haben, ist so eng vorgegeben, dass kaum Raum für eine individuelle Ausgestaltung bleibt. Das bedeutet allerdings auch, dass wenig Raum für opportunistisches Verhalten bleibt, d.h. unerwünschtes Verhalten der

664 *Strube* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 85.
665 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Clickworker wird damit ebenfalls reduziert. Das stellt auch eine Steuerungsmaßnahme dar.

Abbildung 19: eig. Screenshot vom 14.08.2019 abrufbar unter: https://www.clickworker.de/so-funktionierts/

Dies zielt auf zweierlei ab:

1. Werden komplexe Aufgaben in kleinere, feingranulare Teilaufgaben aufgeteilt, ist das für die Teilaufgabe benötigte Fachwissen und damit die Anforderungen an die individuelle Qualifikation geringer.[666]
2. Reduziert sich die Komplexität, reduzieren sich damit auch die potentiellen Fehler, gleichzeitig vereinfacht sich der Qualitätssicherungsprozess, denn einfache Arbeiten sind vergleichsweise einfach zu identifizieren und auszusortieren.[667]

Ist die Einteilung in Arbeitspakete bei der Plattform erfolgt, werden sie auf die Webseite/App der Plattform geladen, so dass potentielle Crowd Worker sie bearbeiten können. Je nachdem, welches Qualifikationsniveau für die Bearbeitung festgelegt wurde, ist die Aufgabe nur für Crowd Worker sichtbar, die dieses Qualifikationsniveau auch haben.

666 *Leimeister/Zogaj*, Arbeitspapier 287, HBS 2013, S. 37.
667 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beispielhafte Aufgaben, die unter Clickworker verfügbar sind:

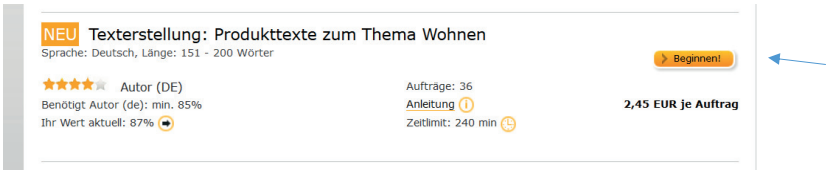


Abbildung 20: eig. Profil auf clickworker.de am 13.08.2019

Klickt man auf die Buttons, um die Aufgabe zu verrichten, kommt eine etwas detailliertere Beschreibung der zu verrichtenden Aufgaben.

Auf clickworker werden die verfügbaren Aufträge parallel bearbeitet. Wer als Erstes den Auftrag annimmt und erledigt, wird bezahlt. Dies entspricht dem zeitorientierten Wettbewerbsansatz.[668] Wem also daran gelegen ist, Geld zu verdienen, wird versuchen, die Aufträge schnell zu ergattern. Wie sich aus den o.a. Screenshots ergibt, werden die verfügbaren Aufträge stets im persönlichen Workplace angezeigt, ebenso wie die Anzahl von Crowd Workern, die online sind. Ist eine Aufgabe erledigt, wird sie über die Plattform eingereicht, dazu muss noch ein Code, der am Ende der Jobs angezeigt wird, in eine vorgesehene Maske eingegeben und mittels des Buttons „Job abschicken" an clickworker geleitet werden (s. Abb.).

Abbildung 21: eig. Screenshot vom 14.08.2019.

Handelt es sich bei der bearbeiteten Aufgabe um einen „Schreibjob" folgt ein zweistufiger Qualitätsprüfungsprozess.

Dabei überprüft ein Korrektor den abgegebenen Text auf Rechtschreibung, Grammatik, Stil und Struktur sowie inhaltliche Vorgaben.[669] Diese

668 *Leimeister/Zogaj*, Arbeitspapier Nr. 287, HBS 2013, S. 40.
669 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Korrektoren sind oft selbst Clickworker, die eine entsprechende Erfahrung mit den Schreibjobs und eine spezielle Qualifizierung für die Korrekturen durchlaufen haben.[670] Im zweiten Schritt durchläuft der Text eine Plagiatskontrolle und wird abschließend auf seine Keyworddichte sowie korrekte Textlänge überprüft.[671] Auf die Plagiatskontrolle werden Crowd Worker in § 5.2 der clickworker AGB hingewiesen. Jedoch muss an dieser Stelle die Qualitätssicherung nicht enden. Clickworker bietet Kund/innen auch weitere Überprüfungen und Lektorate an, wenn dies erwünscht und im gewählten Leistungspaket enthalten ist.

Wenn der Text angenommen wird, bekommen Crowd Worker das Entgelt vorläufig gutgeschrieben. Eine Abnahme der Leistungen ist damit gem. § 3.2 der clickworker AGB noch nicht verbunden, denn die abgegeben Resultat werden zunächst noch überprüft. Die akzeptierten Teilergebnisse werden dann zu einer Gesamtlösung zusammengefügt und an die Auftraggeber/innen übermittelt.[672]

b) Roamler

Wie bereits oben erläutert, werden bei Roamler (Konzernsparte Retail) u.a. Produktplatzierungen in Supermärkten und Tankstellen überprüft. Hersteller wenden sich zu diesem Zweck an Roamler und geben meist für eine bestimmte Region die Überprüfung bestimmter Produkte in Auftrag. Dieser Gesamtauftrag wird durch Mitarbeiter/innen des Innendienstes von Roamler in viele Einzelaufträge aufgeteilt, den Crowd Workern zur Bearbeitung angeboten und später wieder zusammengesetzt (s. Abb.).

670 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56.
671 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56; auch abrufbar unter: https://cdn.clickworker.com/wp-content/uploads/2018/01/Unternehmenspraesentation-web-2018.pdf, abgerufen am 14.08.2019.
672 Vogl, Crowdsourcing, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildung 22: Screenshot Homepage Roamler, 22.05.2020.

Crowd Worker bei Roamler nehmen den Auftrag an und suchen die benannten Supermärkte, Tankstellen oder sonstige Geschäfte auf (dazu sogleich).

Im Rahmen der Aufgabe beantworten sie bestimmte Fragen, vor Annahme der Aufgabe, bzw. des „Checks" wie es bei Roamler heißt, wird nicht offengelegt, welche Fragen das sind. Crowd Worker geben die geforderten Angaben über die App in der geforderten Reihenfolge ein, ähnlich verfahren sie mit den Bildern. Sind die Fragen abgearbeitet und Bilder gemacht, wird dies über die App an Roamler geleitet. Andere Aufgaben bzw. „Checks" erfordern ein Legitimationsschreiben von Roamler. So haben sich Crowd Worker bei Betreten des Geschäfts, in dem die Aufgabe auszuführen ist, mit einem von Roamler zur Verfügung gestellten Schreiben beim Personal zu legitimieren.[673] Ist die Aufgabe an Roamler geleitet worden, prüft der Innendienst, die sog. Reviewer, ob die Aufgabenbearbeitung die Anforderungen korrekt erfüllt und vollständig verwertbar ist (s. Abb.). Bei Roamler wird eng mit den Reviewern im Innendienst zusammengearbeitet, da diese die Vor- und Nachbereitung der Aufgaben vornehmen.

673 So beschrieben im Tatbestand des Urteiles LAG München, Urteil vom 04.12.2019 – 8-Sa 146/19, abrufbar unter: https://www.lag.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/8sa146_19.pdf, abgerufen am 14.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

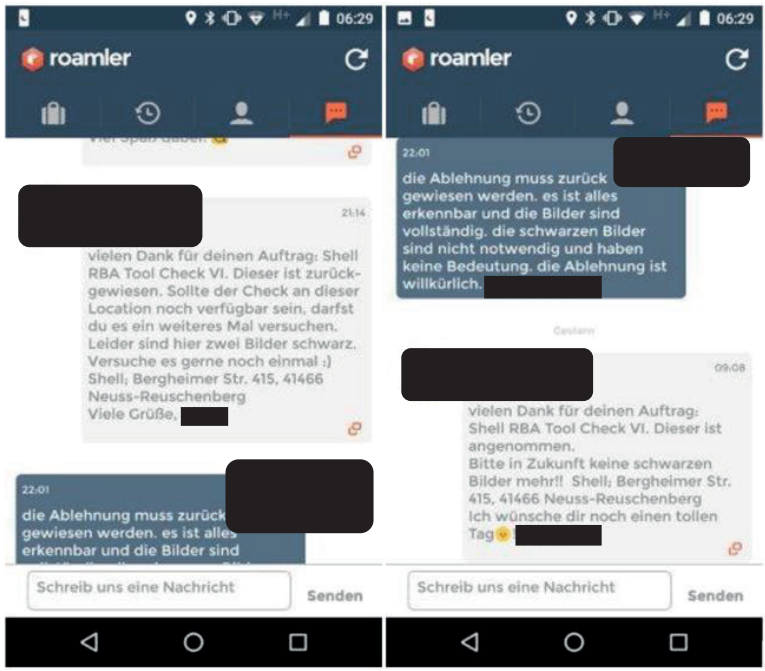


Abbildung 23: eig. Screenshots vom 13./14.08.2019.

4. Die Beschreibung der einzelnen Tätigkeiten auf den Plattformen

Für eine rechtliche Einschätzung von Crowd Workern als Arbeitnehmer/innen, ist wichtig, wie die Tätigkeiten und Aufgaben, die sie erledigen sollen, beschrieben werden.

a) Clickworker

Bei Clickworker finden sich die zu erledigenden Aufgaben im sog. Digital Workplace der Crowd Worker. Wie bereits an mehreren Stellen erläutert, variieren die Aufgaben von Texterstellung für Onlineshops, Texte zur Suchmaschinenoptimierung, Verschlagwortung von Bildern, Aufnahme kurzer Videos, Teilnahme an Umfragen, Besuch bestimmter Webseiten mit vorgegebenen Browsern und ähnliche Aufgaben mehr. Es ist kaum möglich für alle diese Tätigkeiten eine genaue Beschreibung anzugeben.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

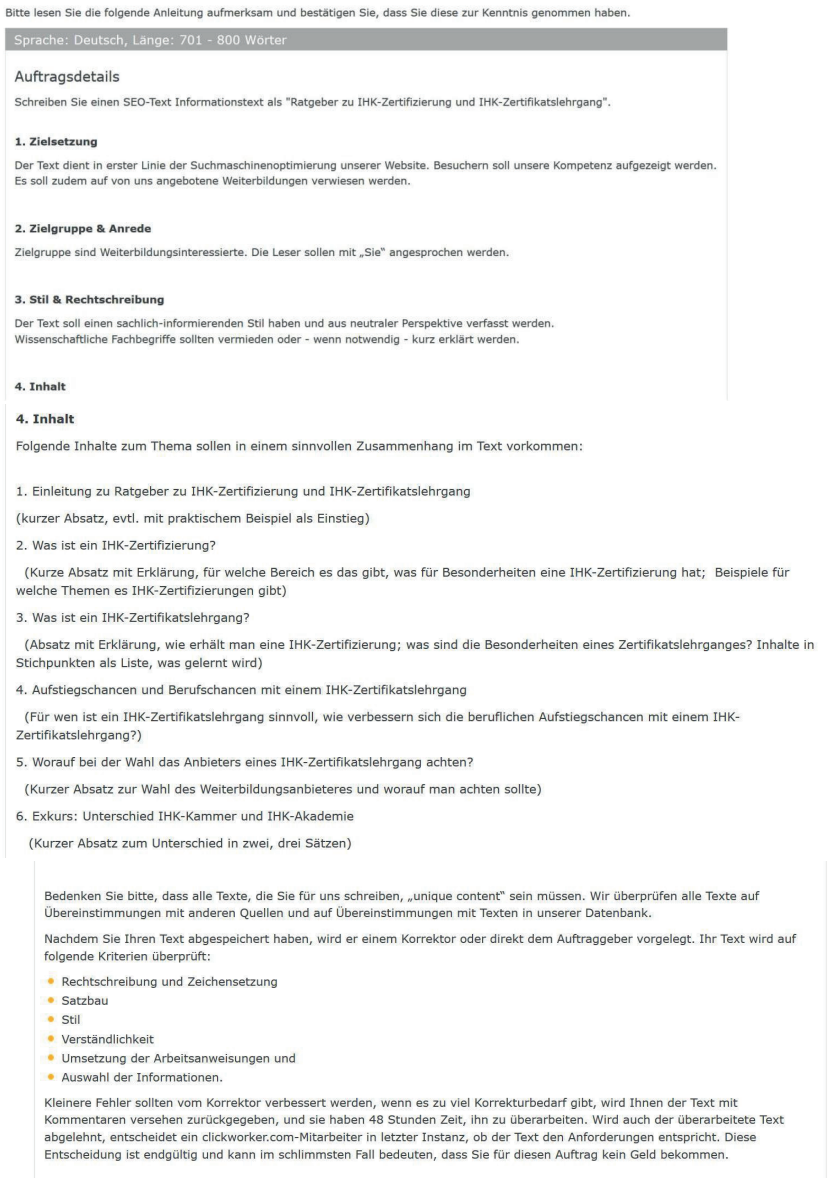
Daher soll im Folgenden ein Beispiel für eine Schreibtätigkeit dargestellt werden.

Im Workplace der Verfasserin wurde ihr die Erstellung eines Textes angezeigt, die Entlohnung lag bei 11,63 EUR und damit vergleichsweise hoch (s. Abb.)

Abbildung 24: eigener Screenshot vom 21.08.2019.

Die Anforderungen an die Bearbeitung waren sehr hoch. Die Arbeitsanleitung war in mehrere Schritte eingeteilt. Es wurden zunächst Zielsetzung, Zielgruppe, Anrede und Stil sowie Inhalt des Textes festgelegt. Die Verfasserin sollte einen Text zum Thema IHK-Zertifizierung verfassen, der zwischen 701–800 Wörter enthielt. Der Text dient der Suchmaschinenoptimierung der Webseite und sollte auf die von der IHK angebotene Weiterbildungsmöglichkeiten verweisen. Es wurden auch Webseiten angegeben auf denen man sich als Autor/in vorinformieren kann, da die Wahrscheinlichkeit, dass ausreichend Hintergrundwissen vorhanden war, nicht angenommen wurde. Insgesamt bekam man 4 Stunden Zeit, um den fertigen Text dann einzureichen. In der Anleitung hieß es, dass dieser dann von einem anderen Crowd Worker korrigiert werde und man bei gröberen Fehlern zwei Tage Zeit habe, um entsprechend nachzubessern, kleinere Fehler könnten ohne Abzug bei der Vergütung korrigiert werden (s. Abb.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Bitte lesen Sie die folgende Anleitung aufmerksam und bestätigen Sie, dass Sie diese zur Kenntnis genommen haben.

Sprache: Deutsch, Länge: 701 - 800 Wörter

Auftragsdetails

Schreiben Sie einen SEO-Text Informationstext als "Ratgeber zu IHK-Zertifizierung und IHK-Zertifikatslehrgang".

1. Zielsetzung

Der Text dient in erster Linie der Suchmaschinenoptimierung unserer Website. Besuchern soll unsere Kompetenz aufgezeigt werden. Es soll zudem auf von uns angebotene Weiterbildungen verwiesen werden.

2. Zielgruppe & Anrede

Zielgruppe sind Weiterbildungsinteressierte. Die Leser sollen mit „Sie" angesprochen werden.

3. Stil & Rechtschreibung

Der Text soll einen sachlich-informierenden Stil haben und aus neutraler Perspektive verfasst werden.
Wissenschaftliche Fachbegriffe sollten vermieden oder - wenn notwendig - kurz erklärt werden.

4. Inhalt

4. Inhalt

Folgende Inhalte zum Thema sollen in einem sinnvollen Zusammenhang im Text vorkommen:

1. Einleitung zu Ratgeber zu IHK-Zertifizierung und IHK-Zertifikatslehrgang

(kurzer Absatz, evtl. mit praktischem Beispiel als Einstieg)

2. Was ist ein IHK-Zertifizierung?

(Kurze Absatz mit Erklärung, für welche Bereich es das gibt, was für Besonderheiten eine IHK-Zertifizierung hat; Beispiele für welche Themen es IHK-Zertifizierungen gibt)

3. Was ist ein IHK-Zertifikatslehrgang?

(Absatz mit Erklärung, wie erhält man eine IHK-Zertifizierung; was sind die Besonderheiten eines Zertifikatslehrganges? Inhalte in Stichpunkten als Liste, was gelernt wird)

4. Aufstiegschancen und Berufschancen mit einem IHK-Zertifikatslehrgang

(Für wen ist ein IHK-Zertifikatslehrgang sinnvoll, wie verbessern sich die beruflichen Aufstiegschancen mit einem IHK-Zertifikatslehrgang?)

5. Worauf bei der Wahl das Anbieters eines IHK-Zertifikatslehrgang achten?

(Kurzer Absatz zur Wahl des Weiterbildungsanbieteres und worauf man achten sollte)

6. Exkurs: Unterschied IHK-Kammer und IHK-Akademie

(Kurzer Absatz zum Unterschied in zwei, drei Sätzen)

Bedenken Sie bitte, dass alle Texte, die Sie für uns schreiben, „unique content" sein müssen. Wir überprüfen alle Texte auf Übereinstimmungen mit anderen Quellen und auf Übereinstimmungen mit Texten in unserer Datenbank.

Nachdem Sie Ihren Text abgespeichert haben, wird er einem Korrektor oder direkt dem Auftraggeber vorgelegt. Ihr Text wird auf folgende Kriterien überprüft:

- Rechtschreibung und Zeichensetzung
- Satzbau
- Stil
- Verständlichkeit
- Umsetzung der Arbeitsanweisungen und
- Auswahl der Informationen.

Kleinere Fehler sollten vom Korrektor verbessert werden, wenn es zu viel Korrekturbedarf gibt, wird Ihnen der Text mit Kommentaren versehen zurückgegeben, und sie haben 48 Stunden Zeit, ihn zu überarbeiten. Wird auch der überarbeitete Text abgelehnt, entscheidet ein clickworker.com-Mitarbeiter in letzter Instanz, ob der Text den Anforderungen entspricht. Diese Entscheidung ist endgültig und kann im schlimmsten Fall bedeuten, dass Sie für diesen Auftrag kein Geld bekommen.

Abbildung 25: eig. Screenshot vom 21.08.2019.

b) Roamler

Bei Roamler werden wie oben beschrieben je nach Level unterschiedliche

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Checks" angeboten. Oftmals geht es dabei v.a. darum, dass Unternehmen wissen wollen, wie ihre Produkte in Supermärkten und anderen Geschäften dargeboten werden. Da hier die Anforderungen je nach Tätigkeit stark variieren, werden im Folgenden verschiedene Checks erläutert.

– **Tee-Check**

Der Tee-Check ist der erste Auftrag, den Crowd Worker auf Roamler bezahlt bekommen. In der Aufgabenbeschreibung wird man deshalb zu besonderer Aufmerksamkeit aufgefordert *(„Lese dir bitte die unten stehende Auftragsbeschreibung gut durch und beachte das, was du bisher gelernt hast (Roamler Begriffe, das perfekte Foto, etc.)")*. Des Weiteren ist es bei Roamler Aufträgen üblich, in der Zeitform des Futur I Indikativ zu formulieren, das klingt dann so:

> *„In diesem Auftrag wirst du:*
> *1–3 Fragen beantworten*
> *5–7 Fotos machen*
> *10–15 Minuten brauchen"*

Im Anschluss an diese grobe Orientierung, folgen die einzelnen Schritte, die für die Auftragsdurchführung relevant sind. Dabei wird einem die Adresse, wo der Auftrag abzuarbeiten ist sowie die Zeit, die man dafür zur Verfügung hat, mitgeteilt. Die weiteren Schritte betreffen das Verhalten im Supermarkt selbst. In Schritt 2 macht man ein Übersichtsfoto von einem Teeregal mit der genauen Anweisung, wie es zu fotografieren ist (*„jeweils von links und von rechts*"), sodann sind sog. Regalmeterfotos von links nach rechts zu machen. Im letzten Schritt ist nach einer bestimmten Teesorte zu suchen und mitzuteilen, ob diese vorhanden ist. Auch soll man beantworten, welches der eigene Lieblingstee ist. Ist all das erledigt, kann man den Auftrag mit dem Button „Senden" an Roamler schicken.

Nach den Arbeitsanweisungen erinnert Roamler in einer Art Info-Kasten daran, dass keine Gesichter zu erkennen sein dürfen; man selbst solle sich als „*Mystery Guest*" verhalten, da das Geschäft nicht weiß, dass man dort einer Tätigkeit nachgehe. Sollte man jedoch von Mitarbeitern befragt werden, dürfe man auf Roamler verweisen, insbesondere auf die Support Email DEsupport@roamler.com. Wird das Fotografieren untersagt, hat man dem Folge zu leisten und Roamler davon zu informieren (s. Abb.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

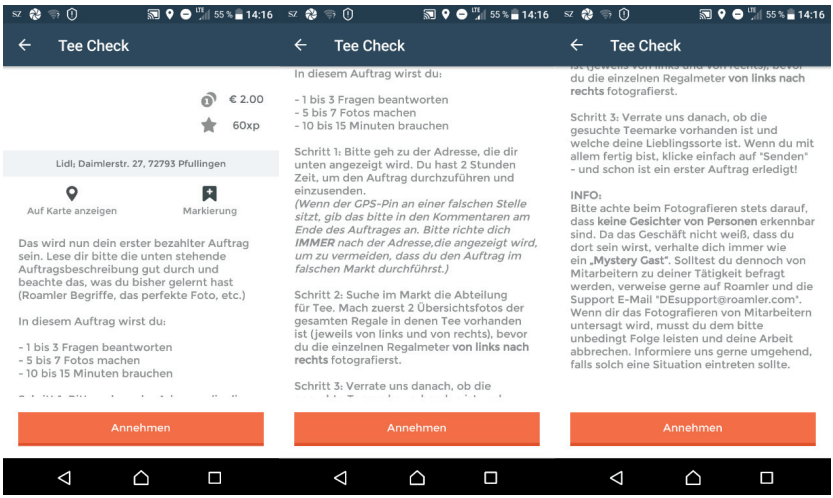


Abbildung 26: eig. Screenshot vom 21.08.2019.

– **Aral Tool Check mit Legitimationsschreiben**

Bei den Tankstellen Checks sind die Vorgaben sehr engmaschig. Der Auftrag darf nur zu bestimmten Zeiten ausgeführt werden. Sollte man die Aufträge außerhalb dieser vorgegebenen Zeiten durchführen, werde das Reviewing diese ablehnen; ebenfalls dürften an Sonn- und Feiertagen keine Checks ausgeführt werden. Wiederum gibt es eine grobe Orientierung, was zu tun sein wird. In diesem Fall werden 3–5 Fotos, 4–12 Fragen zu beantworten sein und es werden 5 Minuten benötigt. Hat man die Tankstelle aufgesucht, so soll man sich zum Personal der Tankstelle begeben und sich mit einem Legitimationsschreiben ausweisen, das man vorher auf DIN A 4 ausgedruckt haben soll. Gerade bei diesem Auftrag wird man besonders daran erinnert, keine anderen Kunden, Personal oder Kassiervorgänge zu stören und um eine Erlaubnis für die Durchführung des Checks zu bitten. Hervorgehoben ist auch, dass unnötige Fehler zu vermeiden sind und die Angaben gewissenhaft und korrekt durchzuführen sind. Pro falsch beantworteter Frage bei der eine Korrektur durch Roamler nötig ist, werden Belohnungspunkte abgezogen und ist eine Korrektur unmöglich, wird der Auftrag abgelehnt. Schließlich werden die Crowd Worker bei diesem Auftrag aufgefordert sich „*stets professionell, freundlich und zurückhaltend*" zu verhalten. Die Aufträge sind „*nach bestem Wissen und Gewissen*" auszuführen. Die Anweisungen sind genau zu lesen, „*um Fehler zu vermeiden*". (s. Abb.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

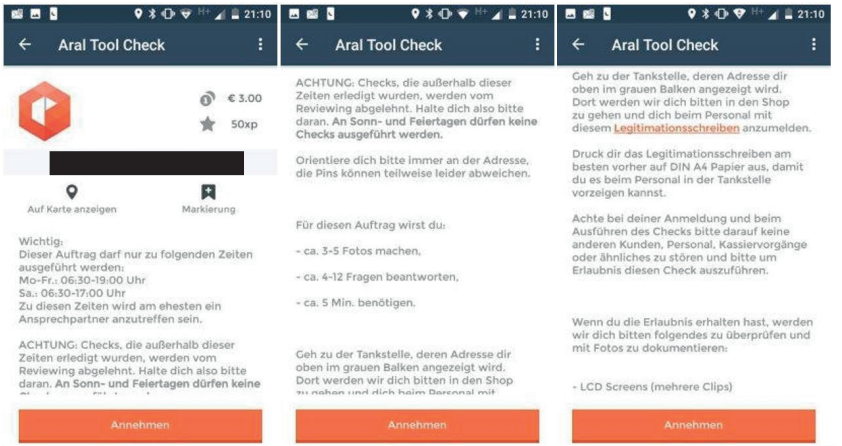


Abbildung 27: Screenshots von einem Crowd Worker bei Roamler erhalten, April 2020.

5. Bezahlung, Arbeitszeit und Dauer der Tätigkeit

Zu den Serviceleistungen der Plattformen für Crowdsourcer gehört es, das Honorar für die Crowd Worker festzulegen, bzw. einen üblichen Honorarvorschlag zu unterbreiten.[674] Je nach Projekt und Aufwand liegen die Honorare zwischen wenigen Cent und ein paar Euro (s.o. Abb.). Crowd Worker werden erfolgsabhängig nach ihrer eigenen Produktivität entlohnt und das nur, wenn ihre Arbeit auch abgenommen wurde. Das ist bei allen untersuchten Plattformen der Fall. Aus dem an die Plattform vergebenen Gesamtauftrag erhalten die Crowd Worker einen fixen Betrag, unabhängig vom Wert der Gesamtlösung.[675] Neben der Beschreibung der zu erledigenden Aufgabe, wird die Zeit, die für den Auftrag voraussichtlich benötigt wird, festgelegt. Wobei hier zu unterscheiden ist, zwischen dem Zeitraum währenddessen die Aufgabe zu erbringen ist und der tatsächlichen Durchführung der Aufgabe. Bei beiden Plattformen wird ein Zeitraum angegeben innerhalb dessen eine Aufgabe zu erledigen ist. Bei clickworker variiert das zwischen wenigen Minuten und mehreren Stunden. Bei Roamler sind es in der Regel zwei Stunden. Dies verfolgt mehrere Zwecke. Zum einen hängt es mit den Kunden der Plattformen zusammen, wie schnell

674 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 54.
675 *Leimeister/Zogaj*, Study 287, HBS 2013, S. 40 f.; *Vogl*, Crowdsourcing, S. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie die Informationen benötigen. Zum anderen geschieht diese Vorgabe, um zu verhindern, dass Crowd Worker Aufträge annehmen, diese somit für andere nicht mehr verfügbar sind und sie aber nicht bearbeiten. Deshalb wird jede unbearbeitete Aufgabe nach Ablauf der vorgegebenen Zeit wieder freigegeben. Man kann innerhalb dieser zwei Stunden auch die Auftragsbearbeitung abbrechen, wenn man in der App oder auf dem Interface auf die Taste „Abbrechen“ geht (s. Abb.).

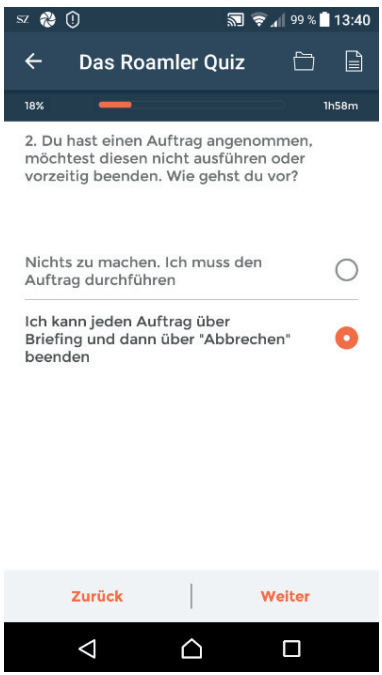


Abbildung 28: eig. Screenshot vom 15.08.2019.

Davon zu unterscheiden ist die tatsächlich veranschlagte Arbeitszeit. Beide Plattformen geben an, wie lange ein Crowd Worker in etwa für eine Aufgabe benötigt. Bei Roamler sind es in der Regel wenige Minuten. Diese Zeit beinhaltet nur die Durchführung der bloßen Tätigkeit, also die Beantwortung der Fragen sowie das Fotografieren der Produkte. Es ist nicht transparent, wie Plattformen die Arbeitszeit veranschlagen, ob es realistisch oder angemessen ist. Vorbereitungs-, Bereitschafts- und Wegezeiten werden in dieser Zeit nicht berücksichtigt. Nach eigenen Angaben von Clickworker können geübte Crowd Worker einen Stundensatz, der

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen 9,50 – 11,50 EUR liegt erreichen.[676] Nach dem Selbstversuch der Verfasserin ist dies ein sehr ambitionierter Stundensatz. Ähnliches berichten andere Autor/innen, die es im Selbstversuch erprobt haben.[677]

Bei Roamler können die Aufträge lukrativer sein, je höher das Level ist, das Crowd Worker dort erreicht haben. So gibt es auch „Checks" für die man 16 EUR erhalten kann. Zu berücksichtigen ist hier, dass es sich auch um zeitlich anspruchsvollere Tätigkeiten, wie das den Besuch eines Cafés handeln kann. Dabei müssen Crowd Worker das Café aufsuchen und bestimmte Abläufe dort überprüfen, wie z.B. wie schnell eine Bestellung abgewickelt wird, etc.

Einige „Checks" bei Roamler haben noch eine weitere Besonderheit bzgl. der zeitlichen Lage der zu erbringenden Tätigkeit. Sie können nur zu einer bestimmten Zeit erbracht werden. So ist bei den sog. „Tankstellen-Checks" in den Arbeitsanweisungen zu lesen, dass diese Tätigkeiten nur von Montag-Freitag: 6.30 – 19.00 Uhr sowie am Samstag von 6.30 – 17.00 Uhr durchgeführt werden dürfen. Es wird darauf hingewiesen, dass in dieser Zeit am ehesten ein Ansprechpartner anzutreffen sein wird. An Sonn- und Feiertagen dürfen die Aufträge nicht durchgeführt werden. Ebenso ist zu beachten, dass „*Checks, die außerhalb dieser Zeiten erledigt wurden, …vom Reviewing abgelehnt [werden].*" (s. Abb. oben „Aral-Tool-Check").

Die Auszahlung der Vergütung unterscheidet sich zwischen den Plattformen nur geringfügig. Bei Clickworker wird die Vergütung automatisch bis zum 7. Werktag des Monats für den vorherigen Monat ausbezahlt, wenn eine SEPA Zahlung angegeben wurde und eine Mindestgutschrift von 10,00 EUR gegeben ist (§ 4.2 der AGB clickworker). Haben sich Crowd Worker für ein Auszahlung per paypal oder moneybooker entschieden, erfolgt eine wöchentliche Auszahlung; ein Mindestbetrag ist bei diesen Bezahlsystemen nicht vorgesehen (§ 4.2 der AGB clickworker).

Bei Roamler werden nach Nr. 8.3 ihrer AGB Zahlungen nach der in der App angegebenen Weise vorgenommen. Einen Mindestbetrag gibt es nicht.

---

676 So die Angaben unter: www.clickworker.de, abgerufen am 13.08.2019.

677 *Strube* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 75–90; *Vogel*, Crowdsourcing, S. 49 ff.; *Strube* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 85–96.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

6. Beendigung der Nutzung

Alle drei Plattformen behalten sich ausweislich ihrer AGB vor, die Benutzerkonten der Crowd Worker zu löschen und sie von der Nutzung der Plattform auszuschließen. Die Clickworker GmbH gibt in § 2.7 ihrer AGB an, den Benutzeraccount zu löschen und *„die Vertragsbeziehung mit dem Clickworker zu beenden, wenn dieser gegen die AGB oder sonstige Verpflichtung aus der Vertragsbeziehung verstößt."*

Bei Roamler heißt es unter 5.5 der AGB, dass sowohl *„Roamler als auch der Auftragnehmer…ohne Angabe von Gründen berechtigt [sind], den Account des Auftragnehmers zu jedem gewünschten Zeitpunkt zu löschen. Für den Auftragnehmer gilt, dass der Auftragnehmer dazu das in der App beschriebene Verfahren anwenden kann. Nach der Löschung des Accounts erhält der Auftragnehmer keine Aufträge und keine Push-Nachrichten von Roamler mehr. Der Aufragnehmer hat keinen Anspruch auf die Nutzung des Accounts."*

7. Ablehnung von Aufträgen

Beide Plattformen, können die Aufträge, wenn sie nicht gemäß den mitgeteilten Arbeitsanweisungen durchgeführt werden, ablehnen. Bei Clickworker geschieht dies je nach Auftrag automatisch oder durch die Ablehnung eines Korrektors anhand bestimmter Kriterien, wie sie bereits oben bei der Reputation und Bewertung beschrieben wurden. Trifft beispielsweise ein zu erstellter Text nicht die Anforderungen der vorgegeben Kriterien und wird abgelehnt, wird dem Crowd Worker eine Frist von 2–3 Tagen zur Nachbesserung eingeräumt. Erfüllt der Text dann die Anforderungen, wird er abgenommen und ohne Abzug entlohnt. Wenn der Text weiterhin Mängel enthält, wird er verworfen und der Crowd Worker enthält keine weitere Chance, er/sie erhält auch keine Bezahlung.[678]

Wenn beendete Aufträge nicht die Anforderungen der Reviewer bei Roamler treffen, werden diese abgelehnt. In der Regel gibt es die Möglichkeit der Nachbesserung (s. Abb.). Dieses Vorgehen ist allerdings nicht in den AGB beschrieben.

678 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildung 29: eig. Screenshot vom 13.08.2019.

8. Kontaktmöglichkeiten

Keine der untersuchten Plattformen sieht eine Zusammenarbeit der Crowd Worker untereinander vor. Die Crowd Worker auf clickworker und Roamler sehen grundsätzlich nur ihr Profil und nicht das der anderen Crowd Worker. Es ist nicht wie beispielsweise auf den Marktplatzplattformen (z.B. upwork), wo die Profile öffentlich sind. Bei Clickworker nimmt man die anderen Crowd Worker dadurch wahr, dass im Workplace angezeigt wird, wie viele aktuell online sind. Dass dies hauptsächlich den Zweck hat, die Konkurrenz zu vergegenwärtigen, ist bereits oben besprochen worden. Bei beiden Anbietern läuft jede Kommunikation über die Plattform. Ergeben sich Fragen zu Aufträgen, kann man den jeweiligen Support kontaktieren.

Bei Roamler ist eine Kontaktaufnahme mit der Plattform sehr einfach, da es in der App bereits eine Maske gibt, die für Nachrichten vorgesehen ist.

Clickworker hat für seine Crowd ein eigenes Forum eingerichtet, wo ein Erfahrungsaustausch zwischen den dort arbeitenden Crowd Workern

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglich wird. Dieses Forum wird jedoch ebenfalls von Clickworker kuratiert.

Eine Kontaktaufnahme zu den Auftraggeber/innen ist bei keiner der untersuchten Plattformen vorgesehen.

9. Der rechtliche Status der Plattformarbeiter/innen nach den AGB der Plattformen

Zunächst ist festzuhalten, dass keine der Plattformen die Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen sieht. Alle untersuchten Plattformen meinen, dass sie mit Selbstständigen arbeiten, wobei sie das in den AGB nicht ausdrücklich sagen. In den AGB der Plattformen finden sich unterschiedliche Bezeichnungen und Indizien, wie die Crowd Worker aus Sicht der Plattformen zu qualifizieren sind. Eine rechtliche Wertung dessen erfolgt unten. An dieser Stelle werden nur die Tatsachen zusammengetragen.

Unter § 1.2 der AGB von clickworker heißt es, dass die AGB „*…für alle Vertragsbeziehungen zwischen clickworker und den Clickworkern*“ gelten. Die AGB vermeiden eine rechtliche Kategorisierung und bezeichnen die arbeitenden Menschen als „Clickworker“. Bei clickworker darf ein Benutzeraccount gem. § 2.4 der AGB nicht für Dritte eingerichtet werden und es ist auch untersagt mehrere Benutzerkonten zu unterhalten. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass clickworker grundsätzlich davon ausgeht, dass die Leistung persönlich durch die Crowd Worker erbracht werde. Davon trifft clickworker eine Ausnahme in § 2.5 der AGB, wo es heißt:

> *„Mit juristischen Personen, Personengesellschaften oder sonstigen Personen kann clickworker Rahmenverträge über die Nutzung des Workplaces schließen. Diese erhalten hierdurch die Möglichkeit, clickworker selbst oder durch Mitarbeiter Angebote gem. § 3.1 zu unterbreiten. Hierbei ist sicherzustellen, dass die einzelnen Mitarbeiter für clickworker eindeutig identifizierbar bleiben. Die Angabe von fest vergebenen anonymen Namen (z.B. „Firma XY_Mitarbeitr7“) ist in diesem Fall allerdings ausnahmsweise möglich.“*

Dies ist eine interessante AGB, da Clickworker hier mittels besonderen Rahmenverträgen die Möglichkeit bekommen, ein Unternehmen mit eigenen Mitarbeiter/innen gründen, um die Aufträge abzuarbeiten. Ob und wie oft davon Gebrauch gemacht wird, ist der Verfasserin nicht bekannt. Clickworker legt in § 3.4 ihrer AGB fest, dass die dort tätigen Crowd Worker eigenverantwortlich, die für ihren Wohnsitz geltenden sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorschriften einhalten. Jeder sei insbeson-

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dere dazu verpflichtet, anfallende Steuern und Abgaben eigenverantwortlich abzuführen.

Roamler bezeichnet die Crowd Worker in Nr. 1.2 der AGB als *Auftragnehmer*; dieser/e kann eine natürliche oder juristische Person sein, „*die sich gegenüber Roamler zur Ausführung eines Auftrages verpflichtet.*" Roamler formuliert unter Nr. 3.2 der AGB Folgendes:

> „*Der Auftragnehmer ist sich dessen bewusst und bestätigt, dass Roamler nicht selbst die konkreten Dienstleistungen erbringt, für die sie dem Auftragnehmer einen Auftrag erteilt, und dass die Aufträge, die Roamler in der App anbietet, ausschließlich von unabhängigen Personen ausgeführt werden, die nicht in Diensten von Roamler oder ihren Auftraggebern stehen.*"

Mit dieser Formulierung will Roamler hervorheben, dass sie sich nur als Vermittlerin von Aufträgen sieht – ohne jedoch das Wort Vermittlerin zu verwenden. Sie sieht die Crowd als „unabhängige Personen" und „*nicht in Diensten von Roamler*" selbst. Anhand der Regelung zur Mehrwertsteuer in Nr. 8.1 der AGB zeigt sich, dass Roamler Unterschiede macht zwischen natürlich und juristischen Personen, die dort tätig werden: Danach verstehen sich die in der Roamler App angegebenen Preise inklusive Mehrwertsteuer, wenn der Auftrag von einer natürlichen Person ausgeführt wird und zuzüglich Mehrwertsteuer, wenn er von einer juristischen Person bzw. einer natürlichen gewerbetreibenden und mehrwertsteuerpflichtigen Person ausgeführt wird, „*soweit die MwSt. Pflicht Roamler vorab mitgeteilt wurde.*" Auch unter Nr. 8.2 der AGB zeigt Roamler mit seiner Regelung zur Erstellung von Rechnungen und Gutschriften, dass sie ihrer Auffassung nach mit Selbstständigen arbeitet; dort heißt es, dass Roamler „… *Rechnungen/Gutschriften für Aufträge, die von einer juristischen Person bzw. gewerbetreibenden natürlichen Person ausgeführt werden [erstellt].*"

10. Weitere relevante Verpflichtungen der plattformseitigen AGB

a) AGB von Crowd Workern

In den AGB von Roamler wird die Anwendbarkeit der Bedingungen des Auftragnehmers abgelehnt (Nr. 2.3 der Roamler AGB).

Bei Clickworker werden etwaige AGB von Crowd Workern nicht per se abgelehnt, es heißt jedoch: „*Von den AGB abweichende oder ergänzende Allgemeine Geschäftsbedingungen von Clickworkern werden nur Vertragsbestandteil, wenn clickworker dies ausdrücklich erklärt. Individuelle Absprachen*

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen clickworker und den Clickworkern haben in jedem Fall Vorrang vor diesen AGB. Für den Inhalt…ist die schriftliche Bestätigung von clickworker maßgeblich."

Insgesamt lässt sich keine Aussage dazu treffen, ob Crowd Worker, die auf diesen Plattformen tätig werden von ihrer Seite überhaupt Allgemeine Geschäftsbedingungen stellen. Eine solche Frage wäre für eine Erhebung interessant.

b) Umfassende Rechteeinräumung

Allen Plattformen ist gemein, dass etwaige Urheberrechte oder gewerbliche Schutzrechte der erbrachten Aufgaben auf die Plattformen übergehen.

Bei Clickworker werden diese Rechte unter § 5 ihrer AGB als „Rechte an Projektergebnissen" näher beschrieben. So heißt es in § 5.1 der AGB: „*Der Clickworker räumt clickworker ein zeitlich, räumlich und inhaltlich unbeschränktes Nutzungsrecht für sämtliche Rechte an der für clickworker erbrachten Leistung ein. Diese Rechteeinräumung bezieht sich sowohl auf urheberrechtliche Nutzungsrechte als auch auf die sonstige gewerbliche Schutzrechte* [sic]." Hervorzuheben ist, dass Crowd Worker auf ihre Nennungsrechte verzichten und etwaige Nutzungsrechte mit der Vergütung abgegolten sind. Darüber hinaus müssen sie unter § 5.2 der AGB zusichern, dass ihre erbrachten Leistungen „*keine rechtswidrigen Inhalte enthalten, insbesondere keine Urheber-, Persönlichkeits- oder sonstigen Schutzrechte Dritter verletzen oder strafrechtlich in irgendeiner Form relevant sind.*"

II. Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten

Allen Plattformen ist gemein, dass im Verständnis der Wirtschaftswissenschaften von dreiseitigen Märkten gesprochen wird. Das bedeutet zunächst nur, dass drei Parteien zusammenkommen. In diesem Fall Auftraggeber/Crowdsourcer, Plattform/Intermediär und Crowd Worker. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird auch von *two-sided markets* oder *multi-sided-markets* gesprochen.[679] Diese Bezeichnung meint im Grunde das Gleiche, geht jedoch von der Perspektive der Plattformen als Inter-

679 *Clement/Schreiber*, Internetökonomie, S. 282; *Rochet/Tirole*, Platform Competition in Two-Sided Markets, 2003, abrufbar unter: https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf, abgerufen am 11.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mediäre aus, die eben zwei Seiten bedienen: Zum einen die Crowdsourcer, zum anderen die Crowd Worker. Diese Bezeichnung wird nicht gewählt, weil eine zu starke Fokussierung auf den Intermediären liegt. Neutraler ist daher die Bezeichnung dreiseitiger Märkte. Wie sind diese Vertragsverhältnisse bei Crowd Work ausgestaltet und zwischen wem bestehen sie? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, da sie der Frage, ob etwaige Vertragsbeziehungen unter das Arbeitsrecht fallen, vorgelagert sind.[680] Die mögliche Subsumtion unter § 611a BGB wird im Anschluss geprüft.

Zunächst muss man zwei Vertragsverhältnisse voneinander trennen, einerseits das Nutzungsverhältnis, andererseits das weitergehende Verpflichtungsgeschäft auf dessen Grundlage die konkreten Aufgaben erledigt werden. Diese zugegebenermaßen sperrige Bezeichnung als *weitergehendes Verpflichtungsgeschäft* ist deshalb gewählt, weil zum einen ein Vertragsverhältnis und zum anderen eine Auslobung in Betracht kommen. Rechtlich relativ unproblematisch ist, das Nutzungsverhältnis zwischen der Plattform und den Crowd Workern. Dies wird unter 1. dargestellt. Rechtstechnisch komplexer stellt sich die Einordnung des weitergehenden Verpflichtungsgeschäftes dar (2.).

1. Das Nutzungsverhältnis

Wie sich aus der obigen Darstellung der AGB der untersuchten Plattformen gezeigt hat, betreffen einige dieser Regelungen die Nutzung der Plattform durch die Crowd Worker. Jedoch enthalten sie auch Regelungen, wie Aufträge auszuführen sind, wie sie eingereicht werden, Bezahlmodalitäten, Rechteeinräumung und Ähnliches mehr. Viele Bedingungen weisen damit einen doppelten Regelungsgehalt auf, der sich einerseits auf das Nutzungsverhältnis zwischen Plattform und Crowd Worker beziehen kann und andererseits auf das Rechtsverhältnis zwischen den Crowdsourcern und Crowd Workern wirkt.[681]

680 Diese Prüfungsreihenfolge auch bei *Pacha*, Crowdwork, § 3, S. 103–139; für das österreichische Recht: *Warter*, Crowdwork, S. 103 ff.; *Risak*, Crowdwork, ZAS 2015, S. 11–19.

681 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 103 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Das Zustandekommen des Nutzungsverhältnisses

Zwischen den Crowd Workern und der Plattform kommt ein Rechtsverhältnis in Form eines sogenannten Nutzungsverhältnisses zustande. Gegenstand dieses Nutzungsverhältnisses ist, die Nutzung der Plattform zu den von ihr vorformulierten Bedingungen. Die Literatur kennt schon seit Jahren Rechtsverhältnisse, wo Nutzer/innen eine Plattform im Internet für Aktivitäten jedweder Art nutzen können.[682] Eine der wohl ersten Plattformen, die die Rechtswissenschaft beschäftigte, war die Verkaufsplattform Ebay.[683]

Das hier gegenständliche Nutzungsverhältnis zwischen Crowd Worker und Plattform kommt mittels der durchzuführenden Registrierung, wie sie oben beschrieben wurde, sowie einer darauf gerichteten Freischaltung seitens der Plattform, zustande. Eine Nutzung ohne Registrierung ist nicht vorgesehen, womit die Plattform zum Ausdruck bringt, dass sie nur gegen Einverständnis mit den Nutzungsbedingungen, den Zugang zu der Plattform gewähren will. Dieses Einverständnis geben die Crowd Worker mit der Registrierung ab, so dass dieser ein objektiver Erklärungswert beizumessen ist. Anschließend schaltet die Plattform diese Registrierung frei. Diese beiden abgegeben Erklärungen sind als zwei aufeinander gerichtete, korrespondierende Willenserklärungen gem. §§ 145 ff. BGB zu sehen, mittels derer das Nutzungsverhältnis zustande kommt.[684]

Es ist unproblematisch, dass die hier abgegebenen Willenserklärungen allein mittels moderner IKT über das Internet zustande kommen, da auch bei solchen Rechtsgeschäften die allgemeinen Regelungen der Rechtsgeschäftslehre des BGB Anwendung finden.[685]

Rechtstechnisch vollziehen sich die Willenserklärungen dergestalt, dass in den Nutzungsbedingungen der Plattformen ein Angebot auf Abgabe einer Willenserklärung zu sehen ist, die invitatio ad offerendum. Das heißt, die Crowd Worker geben mit ihrer Registrierung ein bindendes

682 *Pacha*, Crowdwork, S. 104 mit weiteren Nachweisen auf bspw. *Schlömer/Dittrich*, eBay & Recht, Kap. 1 Rn. 1 nennen das Rechtsverhältnis, wie es auf Auktions-Plattformen zustande kommt, Nutzungsverhältnis.

683 Hierzu: *Schlömer/Dittrich*, eBay & Recht.

684 *Pacha*, Crowdwork, S. 105 in Bezug auf Crowd Work und sonst herrschende Meinung, siehe nur: Hoeren/Sieger/Holznagel/*Neubauer/Steinmetz*, Teil 14, Rn. 7; Auktionsplattformen: Leupold/Glossner/*Glossner*; Teil 2 Rn. 358; Schlömer/Dittrich, Kap. 1 Rn. 1; Bräutigam/Leupold/*von Samson-Himmelstjerna/Rücker*, S. 790 Rn. 40.

685 Statt aller: MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl. 2018, BGB § 130 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Angebot ab, dass sie mit der Plattform einen Nutzungsvertrag zu den von der Plattform vorformulierten Bedingungen, abschließen möchten.

Allein in der Veröffentlichung der Bedingungen und der Bereitstellung eines Online-Formulars zur Registrierung, ist noch kein bindendes Angebot seitens der Plattform zu sehen, einen Nutzungsvertrag abzuschließen. Zwar könnte man das meinen, weil alle Bedingungen zu denen der Nutzungsvertrag zustande kommt bereits vorformuliert sind und interessierte Crowd Worker theoretisch nur mit „Ja" antworten müssten. Allerdings behalten sich die Plattformen vor, die Registrierung zunächst zu prüfen und dann freizuschalten. Diese Prüfung beinhaltet bei Microtask Plattformen meist einen kurzen Abgleich der IP-Adresse, da man sich beispielsweise bei clickworker mit der gleichen IP-Adresse nur drei Mal anmelden kann.[686] Dies soll verhindern, dass unter einer IP-Adresse mehr als drei Benutzerkonten registriert sind. Von einer IP-Adresse können mehrere Mitglieder eines Haushaltes Benutzerkonten unterhalten. Aus diesem Grund ist in der Veröffentlichung der Nutzungsbedingungen und der Bereitstellung des Registrierungsformulars eine invitatio ad offerendum zu sehen.[687]

Die Annahme des Angebotes ist in der Freischaltung des Benutzeraccounts zu sehen, meist ist das Ganze begleitet durch einen Aktivierungslink. Dies geschieht zu dem Zweck, dass indirekt überprüft wird, ob es sich um eine tatsächlich genutzte Emailadresse handelt (Double-Opt-In-Verfahren). Dieses Verfahren wurde oben bereits vorgestellt. Auf die Registrierung der Verfasserin folgte eine E-Mail mit der Erklärung, dass der Account aktiviert sei. Dies ist als Annahme zu werten, wobei es sich um eine automatisierte Annahmeerklärung handelt. Auch eine automatisierte Willenserklärung ist eine Willenserklärung, da sie durch die vorherige Programmierung festgelegt wurde und damit auf einen menschlichen Willen zurückzuführen ist.[688]

686 https://www.clickworker.de/faq/, abgerufen am 03.01.2020.
687 So auch die AGB der hier untersuchten Plattformen Clickworker und Roamler.
688 So auch für Crowd Work: *Pacha*, Crowd Work, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Inhalt des Nutzungsverhältnisses

Bei den Nutzungsbedingungen der Plattformen handelt es sich unstreitig um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne der §§ 305 ff. BGB.[689]

Es sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die Betreiber/innen von Crowd Work Plattformen den Nutzer/innen einseitig stellen und die ohne Verhandlungsmöglichkeit zu akzeptieren sind, wenn eine Anmeldung auf der Plattform erfolgen soll.[690]

Für ihre Einbeziehung gemäß § 305 Abs. 2 BGB muss auf AGB bei Vertragsschluss hingewiesen worden sein, die Nutzer/innen muss die Möglichkeit der Kenntnisnahme zumutbar gewesen sein und sie müssen den AGB zugestimmt haben. Eine Anmeldung bei einer Plattform ist nicht möglich, wenn man nicht zuvor angeklickt hat, die AGB zur Kenntnis genommen zu haben. Dieses Häkchen der Zustimmung – auch Clickwrapping genannt –, in dessen Nähe meist noch ein Link zu den AGB führt, ist ausreichend, damit die AGB wirksam im Sinne des § 305 Abs. 2 BGB einbezogen wurden.[691]

Der Inhalt der Nutzungsbedingungen bei den Plattformen Clickworker und Roamler wurde oben dargestellt. Danach sind Regelungen zur Registrierung, zum Arbeitsablauf, Einreichung bearbeiteter Aufgaben, Qualitätssicherung, Ablehnung, Bezahlung, Arbeitszeit, Ausschluss von der Plattform, Rechteeinräumung, Datenschutz, Haftungsbeschränkungen der Plattform sowie die Rechtswahl und der Gerichtsstand Inhalt der AGB.

c) Rechtscharakter des Nutzungsverhältnisses

In seiner Rechtsnatur kommt das Nutzungsverhältnis einem Rahmenvertrag am nächsten. Ein Rahmenvertrag, der je nach Konstellation auch als Mantelvertrag oder Richtlinienvertrag firmiert, dient der Vorbereitung und Erleichterung des möglichen Abschlusses von Einzelverträgen, be-

689 Gramlich/Kröger/Schreibauer/*Thun*, Rechtshandbuch B2B Plattformen, S. 230 Rn. 11.

690 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 109.

691 Vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, S. 2976–2978 (2977); MüKo BGB/Basedow, § 305 BGB, Rn. 69; Palandt/*Grüneberg*, § 305 BGB Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonders im Rahmen einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung.[692] Jedoch beinhaltet der Rahmenvertrag keine Verpflichtung auch tatsächlich konkrete Einzelverträge abzuschließen.[693] Rahmenverträge, die unterschiedlichste Rechtsbeziehungen zum Gegenstand haben können, sind in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.[694] Ausdrücklich geregelt sind Rahmenvereinbarungen über die Einbeziehung als AGB in § 305 Abs. 3 BGB, wo es heißt: „Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren."

Der Nutzungsvertrag wird zwischen den Plattform-Betreiber/innen und Nutzer/innen auf unbestimmte Zeit geschlossen. In dem aufgezeigten Inhalt der Nutzungsbedingungen wird insbesondere festgelegt, welchen Inhalt künftige Verträge zwischen Crowd Workern und Plattformen haben sollen. Ob und welche Verpflichtungen daraus arbeitsrechtlich abgeleitet werden können, wird bei der Subsumtion von Crowd Workern unter den § 611a BGB relevant werden.

2. Die Vertragsbeziehungen für die konkret zu erledigenden Aufgaben

Etwas allgemein formuliert wird im Folgenden die Vertragsbeziehung für die konkrete Aufgabe angesehen. Zwar ist geklärt, dass zwischen der Plattform und den Crowd Workern ein Nutzungsverhältnis bzgl. der Nutzung der Plattform besteht. Dieses als Rahmenvereinbarung ausgestaltete Rechtsverhältnis sagt noch nichts darüber, wer die Vertragsparteien bei der konkreten Aufgabenerfüllung sind und auf welcher Rechtsgrundlage dies geschieht.

In der rechtlichen Bewertung schlägt sich dabei abermals die Heterogenität des Untersuchungsgegenstandes Crowd Work nieder. Denn die Feststellung zwischen wem die konkrete Vertragsbeziehung stattfindet, hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Arbeitsform Crowd Work ab.

---

692 Rahmenverträge finden sich in den unterschiedlichsten Konstellationen, gehen aber alle von ähnlichen Grundvoraussetzungen aus, Vgl. BGH NJW-RR 1992, 977–978 (978) „Architektenrahmenvertrag"; MüKo BGB/*Busche*, § 145 Rn. 41.

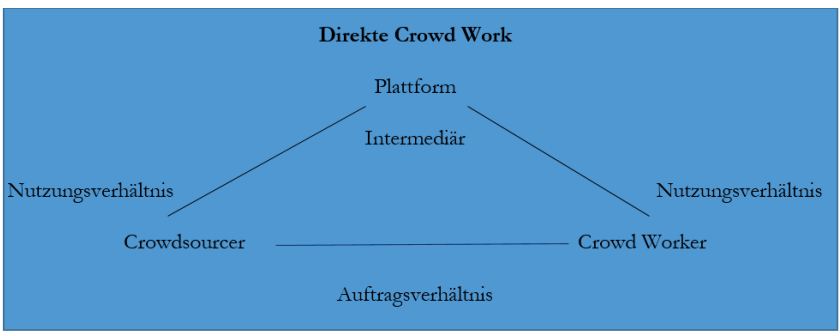
693 Vgl. BGH NJW-RR 1992, 977 - 978 (978) „Architektenrahmenvertrag".

694 Staudinger-*Dilcher*, BGB, 12. Aufl. Vorb. §§ 145f. Rn. 50; MüKo BGB/*Busche*, § 145 Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Vertragspartner

Für die Bestimmung, wer mit wem einen Vertrag schließt, ist zunächst zwischen direkter und indirekter Crowd Work zu unterscheiden. Ganz grundsätzlich wird in der Literatur danach unterschieden, ob die Durchführung der einzelnen Aufgaben direkt zwischen Crowdsourcer und Crowd Worker vereinbart wird und die Plattform tatsächlich nur Vermittlerin ist. In diesem Fall spricht das Schrifttum über **„direkte Crowd Work"**.[695]



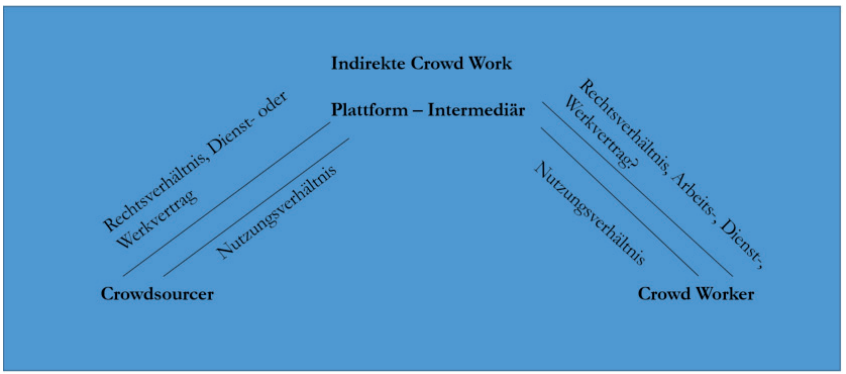
Quelle: eig. Darstellung angelehnt an Pacha, Crowdwork, S. 117; Warter, Crowdwork, S. 166.

Schließen Crowdsourcer und Crowd Worker gesondert einen Vertrag mit der Plattform und nicht miteinander, so spricht man von **„indirekter Crowd Work"**.[696] Die Crowdsourcer wenden sich mit ihrer zu erfüllenden Aufgabe dabei nicht an einzelne Crowd Worker, sondern an die Plattform; diese stellt die Aufgabe dann online und die interessierte Crowd klickt die Aufgaben an, um sie zu erledigen. Die erledigte Aufgabe bzw. Bewerbung (beispielsweise bei Design-Plattformen) wird von den Crowd Workern wieder an die Plattform geleitet, welche ihrerseits das Ergebnis an die Crowdsourcer leitet.

695 *Hötte*, MMR 2014, S. 795–799 (798), *Deinert*, Solo-Selbstständige, Kap. B., Rn. 17; *Pacha*, Crowd Work, S. 116.

696 *Hötte*, MMR 2014, S. 795–799 (798), *Deinert*, Solo-Selbstständige, Kap. B., Rn. 17; *Pacha*, Crowd Work, S. 116; *Warter*, Crowdwork, S. 106 (Vertragskette), *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (spricht ebenfalls von der Vertragskette).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Quelle: *eig. Darstellung angelehnt an Pacha, Crowdwork, S. 118.*

In diesem Teil der Arbeit ist nur die **indirekte Crowd Work** von Interesse. Die untersuchten Plattformen clickworker und Roamler bieten überwiegend indirekte Crowd Work an, wo Vertragsbeziehungen jeweils nur mit ihr bestehen.

Es gibt noch die Unterscheidung von Full-Service oder Self-Service-Plattformen, die für die Einordnung der Vertragsverhältnisse relevant sein kann. Diese Unterscheidung wird als entscheidungserheblich angesehen, weil für die Bestimmung der Vertragspartei relevant ist, für wen die Plattform handelt und wem aus Sicht der Crowd Worker Erklärungen zuzurechnen sind.[697]

Bei **Full-Service-Plattformen** wenden sich die Crowdsourcer mit ihrer zu lösenden Aufgabe an die Plattform. Die Plattform erbringt dabei ein Full-Service-Paket für die Crowdsourcer: Sie bereitet die Aufgabe so auf, dass sie auf das Interface der Plattform gestellt werden kann, sie nimmt die Ergebnisse entgegen, prüft, korrigiert nach Bedarf, fügt sie zusammen und gibt sie zurück an die Crowdsourcer. Im Anschluss daran vergütet sie die Crowd Worker. Kurzum der gesamte Crowd Work Prozess wird über die Plattform abgewickelt. Die gegenüber Crowd Workern Handelnden sind die Plattform-Betreiber.

Eine Handlung in Stellvertretung für die einzelnen Crowdsourcer im Sinne des § 164 BGB ist nicht naheliegend; abgesehen davon, dass es an den Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung fehlt, ist ersichtlich, dass die Plattformen im eigenen Namen handeln. Die hier untersuchten Plattformen clickworker und Roamler nennen in ihren AGB immer

697 *Pacha*, Crowd Work, S. 119 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur die Vertragsbeziehungen zwischen sich und den Crowd Workern. Alle hier untersuchten Plattformbetreiber machen in ihren AGB deutlich, dass sie die Aufgaben in das Interface stellen. Die Crowd Worker haben keine Anhaltspunkte zu zweifeln, dass nicht die Plattformen, sondern die Crowdsourcer ihre Vertragspartner wären.

Die hier untersuchten Plattformen operieren als Full-Service-Plattformen und sind somit auch Vertragspartner der Crowd Worker bzgl. der einzelnen Aufgaben.

Wie bereits oben angedeutet, kann dies anders bewertet werden, wenn es sich um **sogenannte Self-Service-Plattformen** handelt.[698] Dort kann unter Umständen nicht deutlich sein, ob die Plattform oder die Crowdsourcer Vertragspartner der Crowd Worker werden, soweit es um die konkrete Aufgabe geht.

Auf diesen Plattformen können die Crowdsourcer selbst einen wesentlichen Teil des Crowd-Work-Prozesses übernehmen. Das sind in der Regel die Marktplatz-Plattformen wie Upwork und Twago, die bereits oben beschrieben wurden.

Etwas vereinfacht gesprochen, nutzen Crowdsourcer, die technische Infrastruktur der Plattform sowie „deren" Crowd, sie stellen jedoch die konkrete Aufgabe selbst ein, bestimmen eigenständig das Honorar, auch die Rechnungen der Crowd Worker werden direkt an den Crowdsourcer gestellt. Die Plattform wird nur als Schnittstelle genutzt. Geht hier aus der Aufgabe hervor, wer die Crowdsourcer sind, so wäre auch anzunehmen, dass sie die Vertragspartner der Crowd Worker werden. Diese Frage ist in unserem Fall relevant, weil seit kurzem auch die Microtask-Plattform Clickworker einen Self-Service für einfache Leistungen wie Übersetzungen, Texterstellung und Umfragen anbietet.[699]

Der Self-Service der Plattform clickworker begründet aus Sicht der Verfasserin keine eigenständige Vertragsbeziehung zwischen den Crowd Workern und Crowdsourcern. Zum einen geht aus den AGB von Clickworker hervor, dass nur sie sich als die Vertragspartner der Crowd Worker verstehen. So heißt es unter § 1.2 S. 1 der clickworker AGB: „*Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen…gelten für alle Vertragsbeziehungen zwischen clickworker und den Clickworkern.*" Auch sonstige Bedingungen, die auf andere Vertragspartner bzgl. der konkreten Aufgaben deuten könnten,

698 *Pacha*, Crowd Work, S. 121.

699 https://www.clickworker.de/marktplatz-kurzanleitung/ abgerufen am 01.10.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

finden sich nicht. Sie treten nicht in Stellvertretung für die Crowdsourcer auf.

Für diese rechtliche Bewertung muss man sich das Geschäftsmodell einmal mehr klar machen. Clickworker zieht seine Profitabilität daraus, dass es einen möglichst automatisierten Service für Microtasks anbietet. Je weniger die Plattform clickworker in den Crowd-Work-Prozess eingreifen muss, desto profitabler ist sie, da mehr Aufträge abgewickelt werden können, die nicht personalintensiv sind. Clickworker nimmt damit zwar Elemente der Marktplatz-Plattformen auf, jedoch geben sie nicht ihre Position gegenüber den Crowd Workern auf. Dies bedeutet, dass sie auch weiterhin die Vertragspartner der Crowd Worker sind.

Der **Unterschied zu anderen Self-Service-Plattformen** ist, dass diese offenkundig für die Crowdsourcer handeln und auch sonst die Voraussetzungen der Stellvertretung erfüllen. So heißt es in den AGB der Plattform upwork unter Nr. 2.1 ihrer AGB, dass sie nur die Seite zur Verfügung stellen, damit „Freelancer" und Kunden zu einander finden; bei Zustandekommen eines Vertrages wird upwork nicht Vertragspartei.[700] *Pacha* untersucht in ihrer Arbeit die Plattform AppJobber, die ebenfalls das Self-Service-Modell nutzt. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Vertragspartner der Crowd Worker dort auch die Crowdsourcer sind. Auch wenn die Abwicklung der Arbeit über die Plattform selbst verläuft und die Crowdsourcer nicht eindeutig in Erscheinung treten, so geben die AGB von AppJobber Aufschluss darüber, dass sich die Plattform nur als Vermittlerin sieht.[701] *Pacha* schlussfolgert korrekt, dass die Einordnung der Vertragsbeziehungen eine Frage des Einzelfalles ist; ihre Untersuchung einer Self-Service-Plattform kam folgerichtig zu dem Schluss, dass die Vertragsbeziehungen bzgl. der einzelnen Aufgaben direkt zwischen Crowdsourcer und Crowd Worker zustande kommen.[702] Das ist für die Plattform

700 Auszug aus Nr. 2.1 der AGB von upwork: „*Upwork merely makes the Site and Site Services available to enable Freelancers and Clients to find and transact directly with each other. Through the Site and Site Services, Freelancers may be notified of Clients that may be seeking the services they offer, and Clients may be notified of Freelancers that may offer the services they seek; at all times, however, Users are responsible for evaluating and determining the suitability of any Project, Client or Freelancer on their own. If Users decide to enter into a Service Contract, the Service Contract is directly between the Users and Upwork is not a party to that Service Contract.*" abrufbar unter: https://www.upwork.com/legal#relationshipwithupwork, abgerufen am 01.10.2019.

701 *Pacha*, Crowdwork, S. 123.

702 *Pacha*, Crowdwork, S. 125.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Clickworker, obwohl sie einen Teil ihrer Aktivitäten als Self-Service-Plattform bestreitet, nicht der Fall.

b) Zwischenergebnis

Die Vertragsbeziehungen bzgl. der konkreten Aufgabe können grundsätzlich zwischen den Plattformbetreibern und den Crowd Workern direkt bestehen. Hier sprechen wir von **indirekter Crowd Work**. Sie können aber wie im Fall von **direkter Crowd Work** auch zwischen den Crowd Workern und den Crowdsourcern bestehen.

Die Tatsache, dass eine Plattform als **Full-Service-Plattform** ausgestaltet ist und den gesamten Crowd Work Prozess übernimmt, legt den Schluss nahe, dass in Bezug auf die einzelnen Aufgaben nur sie die Vertragspartnerin der Crowd Worker ist. Damit unterfallen sie der **direkten Crowd Work**. Auf **Self-Service-Plattformen** wird man **keine eindeutige Antwort** geben können, so dass man sich die Ausgestaltung näher ansehen muss. Sehen sich die Plattformen nur als Vermittlerinnen und treten sie erkennbar für die Crowdsourcer auf, wird man ein Vertragsverhältnis zwischen den Crowd Workern und Crowdsourcern annehmen können. Treten die Plattformen weiterhin im eigenen Namen auf und ist für die Crowd Worker auch nichts anderes ersichtlich, bestehen die Vertragsbeziehungen auch weiterhin nur zwischen der Plattform und den Crowd Workern.

3. Angebot und Annahme

Die Frage ist, wie sich Angebot und Annahme bzgl. des konkreten Vertrages vollziehen. Unabhängig davon, welcher Art Vertrag im weiteren Verlauf der Prüfung der Vorzug zu geben ist (Arbeits-, Werk-, Dienstvertrag), besteht jeder Vertrag konstitutiv aus Angebot und Annahme.

Eine Auslobung im Sinne des § 657 BGB wird nicht in Betracht gezogen[703], weil deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Es handelt sich nämlich bei der Einstellung der Aufgaben nicht um eine öffentliche Bekanntmachung, die nur einem bestimmten Personenkreis angezeigt wird,

703 So Selzer, Junge Arbeitsrechtler 2016, S. 27- 41 (37), aber nur für Designwettbewerbe.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie es § 657 BGB fordert[704]. Des Weiteren fordert § 657 BGB auch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung in Form eines Versprechens. Die Plattformbetreiber wollen sich aber nicht allein durch das Einstellen in ihrem Interface binden (dazu sogleich). Vielmehr geben auch die Crowd Worker eine Willenserklärung ab, so dass nicht zu bezweifeln ist, dass das hiesige Unterfangen in der Form eines Vertrages stattfindet, für den zwei, korrespondierende Willenserklärungen vorliegen müssen, §§ 145 ff. BGB.

Die Grundlage für den Abschluss eines Vertrages bildet regelmäßig das Einstellen einer konkreten Aufgabe seitens der Plattform auf ihr Interface. Fraglich ist dabei, ob das Einstellen selbst bereits ein rechtsverbindliches Angebot darstellt oder ob es sich um eine invitatio ad offerendum handelt, mithin eine Einladung an interessierte Crowd Worker ein Angebot zu den genannten Konditionen abzugeben. Welcher Erklärungswert dem Einstellen der Aufgabe beizumessen ist, bestimmt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Erklärungsempfängers und fragt danach, wie er nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte eine Erklärung verstehen durfte.[705] Wie darf also ein verständiger Crowd Worker das Einstellen von Aufgaben auf das Interface der Plattform verstehen?

a) Clickworker

Aus dem Einstellen einer Aufgabe auf der Plattform geht noch nicht hervor, ob sich clickworker rechtlich binden will oder ob es sich nur um eine invitatio ad offerendum handelt. Die Aufgaben enthalten meist nur die groben Beschreibungen, Zahlen zur Verfügbarkeit und den Bearbeitungszeitraum (s. Abb.).

704 Für Crowd Work ebenso *Pacha*, S. 125.

705 St. Rspr.: BGH Bd. 36, S. 33; Bd. 103, S. 280; NJW 1990, S. 3206; NJW 1992, S. 1446, NJW 2006, S. 3777.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

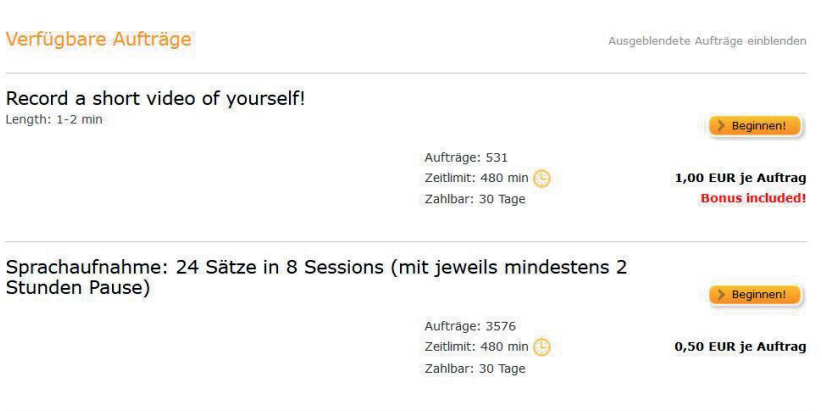


Abbildung 30: eig. Screenshot vom 07.06.2019

Die Rechtsprechung hat Erklärenden auch die Möglichkeit eingeräumt durch eine eindeutige Formulierung dem Empfänger zu erläutern, wie er/sie die Erklärung zu verstehen habe.[706] Die Plattformen könnten also bei der Aufgabe direkt anmerken, ob sie rechtsverbindlich ist oder nicht. Davon haben sie jedoch keinen Gebrauch gemacht.[707] In den Aufgabenbeschreibungen sind nur die konkreten Aufgaben beschrieben, die maximale Bearbeitungszeit sowie die Vergütung. Daher ist der Erklärungsakt selbst nicht eindeutig.

Wenn eine Willenserklärung nach Wortlaut und Zweck keinen eindeutigen Inhalt hat, besteht das Bedürfnis für eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB.[708]

Der Auslegungsgegenstand, dessen rechtlicher Inhalt bestimmt werden soll, ist, ob die Einstellung der Aufgaben auf die Plattform als rechtsverbindliche Willenserklärung oder als invitatio ad offerendum zu werten ist. Die Auslegungsmittel hierzu liegen außerhalb des Erklärungsaktes und sind in diesem Fall insbesondere in den Nutzungsbedingungen der Plattformen zu sehen.[709]

---

706 LG Darmstadt, Urt. v. 24.01.2002 – 3 O 289/01 – NJW-RR 2002, S. 1139; mwN siehe auch Palandt/*Ellenberger*, § 133, Rn. 4.
707 So auch *Pacha*, Crowd Work, S. 126.
708 Palandt/*Ellenberger*, § 133, Rn. 6.
709 So der BGH bei Internet-Auktionen, die Willenserklärungen sind auch nach den Bestimmungen über den Vertragsschluss in den AGB auszulegen, BGH, Urteil vom 08.06.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, S. 2643, Rz. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Nutzungsbedingungen der hier untersuchten Plattformen gelten kraft Vereinbarung gem. § 305 Abs. 3 BGB unmittelbar zwischen ihnen und den registrierten Crowd Workern. Die Einbeziehung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie die Einbeziehung der Nutzungsbedingungen in das Nutzungsverhältnis.[710]

Das Licht der Aufmerksamkeit ist demnach darauf zu richten, ob die konkrete Einstellung der Aufgabe auf das Interface der Plattform als rechtsverbindliches Angebot oder als invitatio ad offerendum auszulegen ist.

Zur besseren Veranschaulichung finden sich im folgenden Screenshots, die zeigen, wie eine Aufgabe auf den Plattformen eingestellt wird, denn wenn man nicht gerade auf diesen Plattformen tätig ist, weiß man schlicht nicht, wie das Ganze optisch anmutet.

Bei Clickworker bekommt ein Crowd Worker beim Login den sog. Workplace angezeigt.

710 BGH, Urteil vom 28.01.1987 – IV a ZR 173/85, NJW 1987, S. 1634; BGH, Urteil vom 03.07.1996 – VIII ZR 221/95 – NJW 1996, S. 2574 f.; MüKo BGB/*Basedow*, § 305 BGB Rn. 9, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

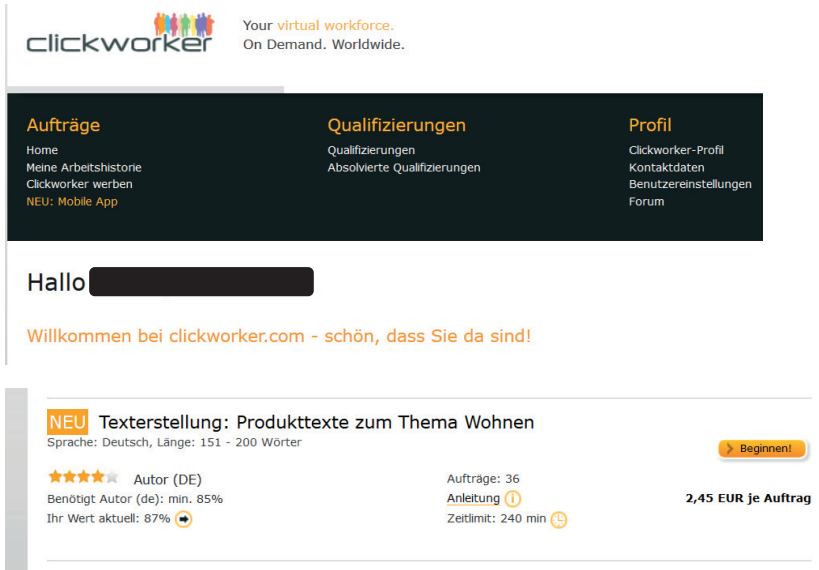


Abbildung 31: eig. Screenshot vom 19.06.2019.

Hier ist zunächst zu sehen, welche Aufgaben verfügbar sind. Allein darin ist noch kein rechtsverbindliches Angebot zu sehen. Zwar ist hier ein „Beginnen"-Button zu sehen, dies könnte, wie ein rechtsverbindliches Angebot anmuten und der „Beginnen"-Button wäre dann wie eine Annahme zu sehen. Allerdings legt Clickworker konkret in § 3.1 ihrer Nutzungsbedingungen fest, dass clickworker auf dem Workplace

„Projekte mit hierfür geltenden Konditionen [vorstellt] (lediglich als eine „Einladung zum Angebot" – invitatio ad offerendum)."

Weiter heißt es, dass die *„Einstellungen von Projektbeschreibungen in den Workplace…kein verbindliches Angebot von Clickworker"* darstellen.

Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont ist dies auch nicht misszuverstehen, denn in der Plattform-Realität sieht es so aus, dass man mit Anklicken des Buttons weitergeleitet wird und weitere Informationen über die Ausführung des Auftrages bekommt und der mit dem „Abschicken"-Button endet.

In dem Einstellen der Aufgabe in den Workplace kann man eine invitatio ad offerendum annehmen. Das Anklicken des „Beginnen"-Buttons ist dann als Angebot seitens der Crowd Worker zu sehen, dass man bereit ist, diese Aufgabe wahrzunehmen. Neben der Regelung des § 3.1 der clickworker-Nutzungsbedingungen, spricht dafür auch, dass mit dem Anklicken

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Aufgabe oft die Meldung kommt, dass die Aufgaben nicht mehr verfügbar sind.

Wenn allein schon die Sichtbarkeit einer Aufgabe im Workplace ein rechtsverbindliches Angebot darstellen würde, dann wäre die Plattform clickworker immer dann vertragsbrüchig, wenn im zweiten Schritt die Meldung kommt, die Aufgabe sei nicht mehr verfügbar.

Die Verfügbarkeit kann sich schnell ändern und wird erst angezeigt, wenn man sozusagen „weiter geklickt" hat. Erst damit erfolgt technisch die Zuordnung zum Crowd Worker.

Die Annahme des Angebotes der Crowd Worker ist darin zu sehen, dass sie die weiteren Details des Projektes zur Verfügung gestellt bekommen. Denn technische Unzulänglichkeiten bzgl. der Verfügbarkeit, wie sie evtl. noch im ersten Schritt unterlaufen können, scheinen nicht mehr vorhanden. Die tatsächliche Verfügbarkeit ist bereits berechnet worden, da sonst das detaillierte Projekt gar nicht angezeigt worden wäre (s. Abb. oben). Es ist zwar mutig, technische Unzulänglichkeiten an dieser Stelle auszuschließen, da diese im Gesamtgefüge der Welt ubiquitär erscheinen, das sind aber Umstände, die an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden können.

Schließlich muss man sich fragen, wenn die Annahme nicht im Zugang der detaillierten Projektbeschreibung, die mit dem „Abschicken"-Button abschließt, zu sehen ist, worin sie dann zu sehen wäre. Man würde hier dann weiterhin eine „invitatio" annehmen und das rechtsverbindliche Angebot wäre dann in der Aufgabenerfüllung der Crowd Worker und dem „Hochladen" dieses Ergebnisses auf die Plattform zu sehen.[711] Das heißt, Crowd Worker würden im vertragslosen Raum ihre Leistung erbringen. Von dieser Konstellation geht keiner der Beteiligten aus.[712] Nach dem Empfängerhorizont eines verständigen Crowd Workers sieht er in der Aufgabeneinstellung die wesentlichen Bedingungen zu denen der Vertrag zustande kommen soll und gibt ein Angebot ab. Der zweite Schritt der Plattform ist die detaillierte Aufgabenbeschreibung. Hier weiterhin eine invitatio ad offerendum anzunehmen, bedeutet im Grunde das Risiko

711 So *Warter*, Crowdwork, S. 126. Allerdings geht er von einer anderen Plattformrealität aus, denn der Zwischenschritt, dass die Plattform das Angebot angenommen habe und dem Crowd Worker nun die detaillierten Projektdaten zur Verfügung stellt, nennt er nicht. *Warters* Dissertation war die erste in diesem Bereich. Es ist denkbar, dass clickworker zu diesem Zeitpunkt das anders handhabte, was sich in der rechtlichen Bewertung auswirkt.

712 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Warter*, Crowdwork, S. 124; *Pacha*, Crowdwork, S. 134.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weiter nach hinten, nämlich zu den Crowd Workern hin, zu verlagern. Darüber hinaus gibt es auch rechtlich keine Gründe weiterhin von einer „invitatio" auszugehen, denn die Gründe für eine „invitatio", ein fehlender Rechtsbindungswille wegen unsicheren Vorrates oder weil Bedenken gegen den Vertragspartner bestehen[713], können an diesem Punkt, wie bereits dargestellt wurde, ausgeschlossen werden.

Auch die Tatsache, dass clickworker in § 3.2 Abs. 4 ihrer Nutzungsbedingungen, die abgelieferte Leistung überprüft, bei Mängeln eine Nacherfüllung und bei dessen Scheitern einen Rücktritt vom Vertrag vorsieht, zeigt, dass sie selbst annimmt Crowd Worker würden auf der Grundlage eines Vertrages tätig werden.[714] Denn Nacherfüllungsanspruch und Rücktritt setzen als Sekundäransprüche denklogisch einen Primäranspruch voraus, das heißt einen Vertrag, der auf Erfüllung gerichtet ist. Ein Vertrag wiederum setzt denklogisch Angebot und Annahme voraus; im Stadium der Überprüfung des Ergebnisses durch die Plattform clickworker befindet man sich jedoch bereits in der Feststellung der Erfüllung des Vertrages und nicht erst bei der Vorstufe, ob man das Ergebnis als Angebot zum Vertragsschluss sieht.

Nach alledem ist für die Plattform clickworker festzuhalten: Das Einstellen der Aufgabe ist eine invitatio ad offerendum. Die interessierten Crowd Worker geben ihr Angebot zu den genannten Konditionen ab und in dem Moment, wo ihnen die konkreten Aufgabendetails zugehen, hat die Plattform ihr Angebot angenommen. Damit ist der Vertrag geschlossen.

b) Roamler

Wie soeben für die Plattform Clickworker erläutert, stellt sich die Frage, worin Angebot und Annahme beim Vertragsschluss zwischen Crowd Workern und der Plattform Roamler zu sehen sind. Bei Roamler geht aus den AGB nicht so deutlich hervor, dass das Einstellen der Aufgabe eine invitatio ad offerendum sein soll.

Allerdings ist die Formulierung von § 3 Nr. 3 der Roamler AGB sehr deutlich in Bezug auf einen fehlenden Rechtsbindungswillen: „*Sämtliche Angebote von Roamler sind, ungeachtet der Art, wie sie gemacht werden, unverbindlich.*" Das zeigt eben, dass Roamler sich durch das Einstellen der Auf-

713 Statt aller: Palandt/*Ellenberger*, § 145 BGB Rn. 2; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 145 Rn. 11, 12.

714 So auch Pacha, Crowdwork, S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gaben auf der App nicht binden will, was die Annahme einer invitatio ad offerendum nahelegt. Indem interessierte Crowd Worker auf den Button „Annehmen" drücken geben sie damit ihrerseits ein Angebot ab.

Ähnlich wie bei der Plattform Clickworker ist die Annahme in der Freischaltung der konkreten Aufgabe durch Roamler zu sehen, da die Aufgabenerfüllung sonst im vertragslosen Zustand erbracht würde. Hier sind die AGB von Roamler auch deutlicher, in Nr. 6.1 der Roamler AGB heißt es: „*Der Auftragnehmer gewährleistet, dass alle Aufträge gemäß der Auftragsbeschreibung in der App ausgeführt werden und dass alle im Auftrag und in möglicherweise darüber hinaus geltenden Aufträgen genannten Bedingungen erfüllt werden.*" Hier nimmt die Plattform Roamler mit der konkreten Aufgabenbeschreibung eine Verpflichtungssituation an, da Crowd Worker eine Erfüllung der Aufgaben gewährleisten sollen.

Die Einstellung und Übertragung der Arbeitsaufträge auf der App

Die einzelnen Schritte	**Bildschirmfoto**	
1. Einstellung der Arbeitsaufgabe auf der Benutzeroberfläche der App, sichtbar ist die grobe Beschreibung der Aufgabe, der Arbeitsort und die Vergütung mit xp-Punkten. Rechtlich: invitatio ad offerendum. **2.** Betätigen des „Annehmen"-Feldes als Angebot der Crowd Worker zu diesen Bedingungen tätig zu werden.		Invitatio ad offerendum der Plattform Roamler sichtbar für Crowd Worker Abbildung 1: Auszug aus der Grobbeschreibung des Arbeitsauftrags mit dem zu aktivierende Annahme-Feld

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Annahme des Angebots durch Bereitstellung der Schritt-für-Schritt Arbeitsanweisung.

Mit Annahme ist der Vertragsschluss vollendet. Die Abbruch-Funktion (Abb. 2) bezieht sich auf das einzelne eingegangene Rechtsverhältnis und wäre damit eine auflösende Bedingung.

Abbildung 2: Abbruch-Funktion und Zeitfenster

4. Die Plattform gibt die Schritt-für-Schritt Arbeitsanweisungen (ein Arbeitsschritt s. Abb. 3) und die Zeit (Abb. 2/3) vor.

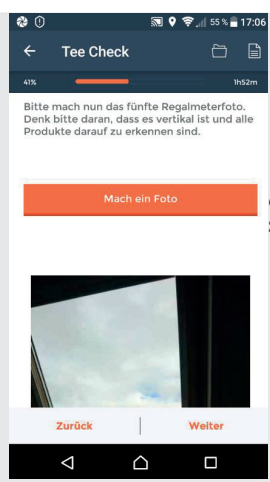


Abbildung 3: Auszug aus Schritt-für-Schritt Arbeitsanweisung für ein sog. Regalmeterfoto.

Quelle: alle Abb. eig. Screenshots vom 15.08.2019

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Subsumtion der Rechtsverhältnisse von Crowd Workern bei Roamler und Clickworker unter § 611a BGB

1. Verpflichtung zur Arbeitsleistung

Fraglich ist, worin die Pflicht zur Arbeitsleistung bei den einzelnen Plattformen zu sehen ist.

Die Konstellation, dass keine Verpflichtung vorliege, da es sich um unentgeltliche, freiwillige Arbeit, die ohne Vergütungserwartung geleistet werde, liegt nicht vor.[715] Zwar gibt es Crowdsourcing Initiativen, die aus rein intrinsischen Motiven erbracht werden, allerdings sind diese Konstellationen nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung. Die hier untersuchte Crowd Work wird entgeltlich im Austausch gegen Leistung erbracht.

Des Weiteren ist klarzustellen, dass keine der untersuchten Plattformen von sich heraus mit den Crowd Workern Arbeitsverträge abgeschlossen hat. Wir haben bei der Feststellung des Lebenssachverhaltes unter § 3 B. I. 9. „Der rechtliche Status der Plattformarbeiter/innen" gesehen, dass die Plattformen rechtliche Kategorien vermeiden und Bezeichnungen wie „Clickworker" oder „Roamler" wählen. In den AGB zeigen sich Anhaltspunkte, dass die Crowd Worker bei clickworker und Roamler als Selbstständige gesehen werden. Dies wird deutlich durch Regelungen zur eigenständigen Abgabe von Steuern und Sozialversicherungsabgaben. Ihre Rechtsverhältnisse würden somit rein dem allgemeinen Privat- und Wirtschaftsrecht unterfallen. Fraglich ist, ob das korrekt ist.

Wie wir gesehen haben, liegen zwischen den Crowd Workern und den Plattformen mehrere Vertragsverhältnisse vor. Zum einen der Vertrag über die Nutzung der Plattform, zum anderen das jeweilige Rechtsverhältnis aufgrund dessen sie konkret tätig werden. Wenn für eines dieser Rechtsverhältnisse festgestellt würde, dass es in persönlicher Abhängigkeit erbracht werde, dann wäre die Einordnung der Crowd Worker als Selbstständige falsch. Sie wären Arbeitnehmer/innen und würden komplett dem Arbeitsrecht unterfallen. Dabei kommt es nicht allein darauf an, was die Parteien in einen Vertrag schreiben, sondern, wie sich der Vertrag nach seinem objektiven Geschäftsinhalt darstellt. Der wirkliche Geschäftsinhalt ergibt sich aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen *und* der praktischen Durchführung des Vertrages. Wenn der Vertrag von den ausdrück-

715 BAG, Urteil vom 29.08.2012 – 10 AZR 499/11, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 124.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich getroffenen Vereinbarungen abweicht, kommt es darauf an, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird. Aus der praktischen Handhabung lassen sich Schlüsse ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind. Diese eisernen Grundsätze sind in § 611a Abs. 1 S. 6 BGB abgebildet worden, dort heißt es:

> *„Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an."*

An dieser Stelle soll die rechtsdogmatische Auseinandersetzung, ob das Arbeitsrecht dies als Rechtsformzwang ansieht, außen vor bleiben.[716] Jedenfalls handelt es sich um einen Fall von Rechtsformverfehlung, wenn die Parteien dem geschlossenen Vertrag eine andere Rechtsform geben und der Vertrag in der Sache alle Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages erfüllt.[717] Ebenso liegt kein „Werkvertrag" oder „freier Mitarbeitervertrag" vor, wenn der Vertrag selbst alle Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages erfüllt. Es kommt folglich nicht auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien an, sondern auf die objektiven Umstände der Vertragsdurchführung.[718]

Welches der beiden Rechtsverhältnisse als Arbeitsverhältnis in Betracht kommt, ist im Folgenden zu prüfen.

a) Nutzungsverhältnis als Arbeitsvertrag

Durch die Registrierung auf der Plattform und die Freischaltung des Nutzeraccounts schließen Plattform und Crowd Worker einen Vertrag über die Nutzung der Plattform.[719] Wie oben bereits dargestellt, handelt es sich bei diesem Vertrag um einen Rahmenvertrag. Fraglich ist, ob sich daraus bereits eine Arbeitsverpflichtung ergibt:

Bei Clickworker heißt es unter § 3.2 S. 2 der AGB *„Durch die Angebotsannahme entsteht kein Erfüllungsanspruch von clickworker gegenüber dem Clickworker dass dieser das Projekt gemäß den vorgegebenen Konditionen abarbeitet."*

---

716 Hierzu: ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 23 mwN; LAG Berlin, Urt. v. 16.08.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 44; umfassend und aktuell, *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 144 ff.

717 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 26 mwN.; aktuell: *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (41).

718 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 203 mwN.

719 Siehe § 3 B. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit will Clickworker zum Ausdruck bringen, dass sich Crowd Worker auch nach dem Vertragsschluss nicht zur Fertigstellung der Aufgabe verpflichten. Es ist somit genau das Gegenteil zu einer Verpflichtung iSd. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB.

Nun steht es Vertragsparteien dem Grunde nach frei, was sie in einen Vertrag hineinschreiben. Der Inhalt muss sich dann zwar an zwingenden gesetzlichen Vorschriften messen lassen, aber zunächst obliegt ihnen die Freiheit und Disposition über den Vertragsgegenstand. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Klausel widersprüchlich ist, damit wird sie auslegungsbedürftig. Als AGB ist es eine Vertragsbedingung, die als solche nicht nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen und damit nicht an dem objektiven Empfängerhorizont, sondern am Grundsatz der objektiven Auslegung zu messen ist.[720]

Der Vertrag ist so auszulegen, wie sein Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird.[721]

Oben ist klargestellt worden, dass ein Vertrag jedenfalls mit der Annahme des Angebots, eine Aufgabe zu erledigen, geschlossen wird. Ungeachtet des Vertragstyps *verpflichten* sich Parteien dann das Vereinbarte einzuhalten. Alles andere widerspricht ganz grundsätzlichen Überlegungen, warum Menschen gegenseitige Verträge schließen. Hier sind wir noch gar nicht in einer rechtlichen Bewertung, sondern beim sozialen Wesen des Vertrages.[722] Dann sagt aber eine Vertragspartei, es sei ihr anheimgestellt, ob der Vertrag eingehalten werde oder nicht. Wozu man sich vorher also im Vertragswege verpflichtet hat, hebt man im gleichen Zug wieder auf. Die Erfüllung des Vertrages ist freiwillig. Das ist paradox im besten Sinne. Die §§ 362 ff. BGB regeln die Erfüllung von Schuldverhältnissen. Beispielhaft für eine gängige Kommentierung heißt es: „*Ziel des Schuldverhältnisses ist es, dem Gläubiger die geschuldete Leistung zu verschaffen. Die Erfüllung stellt*

720 BGH, Urteil vom 18.7.2007 – VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697–1702 (1700); BGH, Urteil vom 10.6.2008 – XI ZR 331/07, WM 2008, 1350–1354 (1352); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 305 c, Rn. 16.

721 BGH, Urteil v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11, NJW 2013 S. 995; BGH, Urteil vom 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, S. 2117–2120; BAG, Urteil v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, S. 1452–1462; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 305c Rn. 16.

722 Anschaulich: *Röhl*, Rechtssoziologie, § 64, abrufbar unter: https://rechtssoziologie-online.de, abgerufen am 18.02.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verwirklichung des Schuldinhalts dar und bildet damit den typischen und bestimmungsmäßigen Beendigungsgrund des Schuldverhältnisses."[723]

Die Plattform Clickworker betreibt ihr Geschäftsmodell mit dem Ziel ein wirtschaftlich funktionierendes Unternehmen zu haben; in diesem Zuge ist es notwendig, dass die von ihr gestellten Aufgaben erledigt werden. Sie hat also im Gegensatz zu der genannten AGB ein sehr hohes Interesse daran, dass die Aufgaben erledigt werden. Diese Paradoxie könnte etwas anderes offenbaren:

Es soll keinesfalls der Eindruck entstehen, dass eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung besteht, gleichwohl jedoch ein Interesse. Das muss man berücksichtigen, wenn man sich die tatsächliche Vertragsdurchführung ansieht.

Diese Unklarheit bei der Klausel geht zu Lasten des Verwenders gem. § 305 c BGB, d.h. zu Lasten der Plattform. Es fragt sich allerdings, worin genau die Last zu sehen ist? Ist die Last darin zu sehen, dass eine Verpflichtung dann nicht besteht oder darin, dass eine solche besteht?

Die Crowd Worker haben keinen Vorteil, wenn eine Verpflichtung abgelehnt würde, weil daran ist ihnen ja gelegen. Nur dadurch entsteht ja ein Vertrag auf dessen Grundlage sie tätig werden und der den Vergütungsanspruch auslöst. Unabhängig davon, welche Art von Vertrag darin zu sehen sein wird, fahren Crowd Worker besser mit der Annahme einer Verpflichtung als ohne.[724] Es widerspräche auch der Grundannahme, dass geschlossene Verträge einzuhalten sind.

Bei Roamler heißt es unter Nr. 6.1 der AGB:

> *„Der Auftragnehmer gewährleistet, dass Aufträge gemäß der Auftragsbeschreibung in der App ausgeführt werden und dass alle im Auftrag und in möglicherweise darüber hinaus geltenden Aufträgen genannten Bedingungen erfüllt werden."*

Aus diesen Regelungen ergeben sich ebenfalls keine eindeutigen Arbeitsverpflichtungen. Damit ergeben sich weder auf der Plattform clickworker noch bei der Plattform Roamler aus den AGB eindeutige Arbeitspflichten für die Crowd Worker. Die Plattformen verpflichten sich auch nicht Aufträge in einem bestimmten Umfang anzubieten.

Grundsätzlich sind Rahmenverträge, die keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung nennen, sondern nur die Konditionen zu welchen künftige

723 MüKoBGB/*Fetzer*, 8. Aufl. 2019, BGB § 362, Rn. 1.
724 A.A. *Walzer*, Crowdworker, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verträge geschlossen werden, anerkannt.[725] Sie begründen keinen Arbeitsvertrag.

Nach dem reinen Vertragstext wären die Nutzungsverhältnisse auf den Plattformen Roamler und Clickworker keine Arbeitsverträge. Wie bereits erläutert, ist auf die tatsächliche Handhabung, also die objektive Vertragsdurchführung, abzustellen – das gilt umso mehr, wenn Verträge nicht ausgehandelt, sondern von einer Partei vorformuliert werden.[726]

Für die Einordnung der Verträge bei den Plattformen Roamler und Clickworker kommt es folglich darauf an, wie die Nutzungsverhältnisse praktisch durchgeführt werden. Hierzu ist auf verschiedene Punkte zu achten.

aa) Zuweisung von Aufgaben – passt das zu Crowd Work?

Besteht beispielsweise doch eine faktische Zuweisung von Aufträgen, so könnten Crowd Worker bei Roamler und clickworker als Arbeitnehmer/innen anzusehen sein. Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers ist das Instrument schlechthin, um ein Arbeitsverhältnis zu begründen.[727] Leben die Vertragsparteien eine solche Vertragsdurchführung, liegt ein Arbeitsverhältnis vor.

Weder bei Roamler noch bei clickworker werden konkrete Aufgaben konkreten Crowd Workern zugewiesen mit der Pflicht, diese durchführen zu müssen. Allerdings muss man sich fragen, ob die konkrete Zuweisung für eine Arbeitsorganisation wie Crowd Work einen adäquaten Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Verpflichtung bietet.

Mit dem Erfordernis einer konkreten Zuweisung von Aufgaben würde man bei einer Erwerbstätigkeit wie Crowd Work *nie* zum Anwendungsbereich des Arbeitsrechts kommen. Das aus folgendem Grund:

Plattformen werden wegen ihres Geschäftsmodells der Plattform nie in eine Nutzungsvereinbarung schreiben müssen, dass eine bestimmte Leistung oder Arbeitszeit geschuldet ist. Indem die Aufträge portioniert und auf der App veröffentlicht werden, sind Plattformen nie in der Situation, dass sie geeignete Arbeitskräfte *verpflichten* müssen, um ihren

725 BAG, Urteil vom 31.07.2002, 7 AZR 181/01, AP TzBfG § 12 Nr. 1; BAG, Urteil vom 15.02.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (733).

726 So auch BAG, Urteil vom 15.02.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (735).

727 *Preis/Wieg*, AuR 2016, S. 313–324 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kerngeschäftsfeldern nachgehen zu müssen. Sie müssen keine Dienstpläne erstellen oder Aufgaben in einer bestimmten Form konkret zuweisen. Die Arbeitskräfte finden sich stattdessen auf der App ein und holen sich die Arbeit ab, wenn es welche gibt und gehen leer aus, wenn es nichts gibt. Vom Grundgedanken erinnert es an die sog. Null-Stunden-Verträgen oder der Arbeit auf Abruf nach § 12 TzBfG, wobei sich Arbeitgeber dabei noch der Überlegung stellen müssen, *wem* und *ob* sie einen Vertrag anbieten. Bei der Plattform stellt sich diese Frage in der Regel nicht, denn alle, die angemeldet sind, können diese Aufgaben erledigen (bei entsprechender Qualifizierung). Während bei Null-Stunden-Verträgen noch darüber diskutiert, ob es Arbeitsverhältnisse sind[728], entfiele diese Diskussion bei solchen Geschäftsmodellen. Es käme zu einer **antizipierten Negation des Arbeitsrechts**.

Dadurch könnte das Arbeitsrecht immer dann ausgehebelt werden, wenn es arbeitsorganisatorisch eine Möglichkeit gibt, Arbeit so zu organisieren, dass sich Arbeitswillige die Arbeit „abholen", sie erledigen und abliefern. Möglicherweise liegt hier die wahre Tragweite von Plattformarbeit und weniger in den bisherigen empirischen Zahlen zu Crowd Work. Eine technische Einrichtung kann aber nicht dazu führen, dass ein Rechtsverhältnis anders bewertet wird. *Schwarze* erfasst das Problem, wenn er schreibt: „*Ein an die Pflicht zur Tätigkeit anknüpfender arbeitsrechtlicher Schutz greift ins Leere, wo die Verfügbarkeit der Arbeitskraft faktisch herstellbar ist.*"[729] Gerade diese besondere Situation gebietet es, bei Geschäftsmodellen wie Plattformen noch mehr auf die tatsächlich gelebte Vertragsrealität zu schauen, so wie es nunmehr auch in § 611a Abs. 1 S. 6 BGB steht.

bb) Verpflichtung durch Druck?

Es ist denkbar, dass Plattformen eine Drucksituation schaffen, um Crowd Worker zu einer Arbeitsaufnahme zu bewegen. In der Rechtsprechung und Literatur können Drucksituationen dann ein Arbeitsverhältnis begründen, wenn Dienstnehmer/innen kein echtes Recht zur Ablehnung

728 Zu Null-Stunden-Verträgen: *Böttcher*, Null-Stunden-Verträge, Mohr Siebeck 2020, *Hultzsch*, Der Nullstundenvertrag, Duncker-Humblot 2019; *Günther/Böglmüller*, NZA Beil 2/2019, S. 95–100 (98) mwN.

729 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (44).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines Auftrages haben[730] und/oder Sanktionsmöglichkeiten für die Dienstnehmer/innen bestehen, die eine Ablehnung unzumutbar machen[731].

Diese Drucksituation kann sich auch unter dem Aspekt der Bewertungs- und Feedbackmechanismen und dem algorithmischen Management im Allgemeinen ergeben, das dazu führt, dass Crowd Worker Aufträge annehmen müssen.

(1) Der Abbruch einer Aufgabe

Den beiden untersuchten Plattformen Roamler und clickworker ist gemein, dass die Crowd Worker jederzeit ihre angenommenen Aufträge abbrechen dürfen.

Dies könnte wie ein echtes Ablehnungsrecht gewertet werden. Wenn sich jemand einseitig der Verpflichtung entziehen kann, ist dies ein Umstand, der gegen den Arbeitsvertrag spricht.[732] Ein solches Ablehnungsrecht kann ein Hinweis sein, dass eben *kein Druck* auf Crowd Worker ausgeübt werde, Aufgaben zu erledigen, folglich keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestehe. Die Abbruchfunktion ist bei Roamler zwar nicht in den AGB beschrieben. Allerdings ergibt es sich aus der Tätigkeit auf der App. Roamler informiert umfassend bei der Absolvierung der „Roamler-Academy" über diese Abbruchfunktion. Dort heißt es, dass ein Auftrag „jederzeit" abgebrochen werden könne; damit werde die „Reservierung" abgebrochen. Sollte man den Auftrag dann (je nach Verfügbarkeit) wieder annehmen wollen, hat man wiederum zwei Stunden Zeit diesen auszuführen (s. Abb.).

730 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125.

731 BAG, Urteil vom 19.01.2000 – 5 AZR 644/98, RdA 2000, S. 360; BAG, Urteil vom 20.05.2009 – 5 AZR 31/08, NZA-RR 2010, S. 172 (174); BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 Rn. 32, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125; für Crowd Work könnte sich aus Sanktionsmöglichkeiten eine Pflicht zur Arbeitsleistung ergeben, *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (10).

732 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 309.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

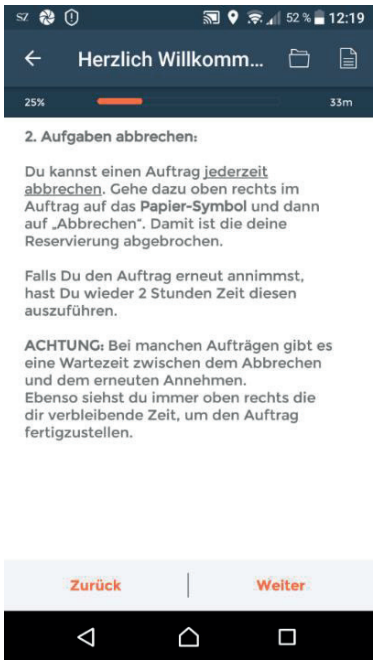


Abbildung 32: eig. Screenshot vom 15.08.2019.

Ähnlich ist es bei clickworker, dort ist auch in jeder Aufgabe eine Abbruch-Taste hinterlegt (s. Abb.)

Abbildung 33: eig. Screenshot vom 15.08.2019.

Fraglich ist, wie sich diese Abbruchfunktion juristisch einordnen lässt.

Nach der Rechtsprechung des BAG spricht es gegen die Arbeitnehmereigenschaft, wenn der Verpflichtete berechtigt ist, einzelne Einsätze abzuleh-

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen.[733] Allerdings muss man sich hier die genauen Umstände ansehen, denn die Möglichkeit einzelne Einsätze abzulehnen, spricht nicht per se gegen einen Arbeitsvertrag.[734]

Das Ganze ist danach zu bewerten, ob es ein echtes Ablehnungsrecht, eine auflösende Bedingung eines geschlossenen Vertrages (gleich welcher Natur) oder nicht bloß der Ausdruck negativer Vertragsfreiheit ist.

Ein Recht zur Ablehnung liegt nicht vor, wenn für die konkreten Einsätze noch kein Vertrag besteht, sondern nur ein Rahmenvertrag, der aber selbst keine Pflicht zur Arbeitsleistung beinhaltet.[735] Ähnlich verhält es sich für die Annahme einer auflösenden Bedingung. Wenn das Ablehnungsrecht in den vertragsfreien Raum fällt, ist es schlicht Ausdruck der negativen Vertragsfreiheit.

Dafür ist es nötig, sich abermals den Moment des Vertragsschlusses anzusehen.

Wie oben dargestellt, haben die Vertragsparteien beider Plattformen einen Rahmenvertrag über die Nutzung der Plattform und App abgeschlossen.

Die Grundlage für den Abschluss eines Vertrages über die konkrete Leistung, bildet regelmäßig das Einstellen einer konkreten Aufgabe seitens der Plattform auf ihrer App bzw. der Benutzeroberfläche. Wie wir oben gesehen haben, geben interessierte Crowd Worker mit dem „Annehmen"-Button bei Roamler, bzw. den „Beginnen"-Button bei clickworker ein Angebot an die Plattform ab, zu den entsprechenden Bedingungen die Aufgabe erledigen zu wollen. Der weitere Schritt ist die Freischaltung näherer Details der jeweiligen Aufgabe. Damit nehmen die Plattformen das Angebot der Crowd Worker an. An dieser Stelle ist der Vertrag geschlossen.

Die Plattform Roamler stellt den Crowd Workern hier die detaillierten Arbeitsanweisungen zur Verfügung sowie wieviel Zeit noch bleibt.

Fraglich ist, wie sich die Abbruchfunktion zu dem geschlossenen Vertrag verhält. Man könnte den jederzeitigen Abbruch als echtes Ablehnungsrecht verstehen, weil Crowd Worker nach Vertragsschluss die Aufgabe abbrechen dürfen.

---

733 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125; BAG, Urteil vom 21.07.2015, 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, S. 344, Rn. 25.

734 BAG, Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 2/97, NZA 1998, S. 1277–1279 (1279) mwN.

735 BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733 -736 (735), Rn. 15; *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 310.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für den Zeitpunkt vor Vertragsschluss ist kein Raum für ein echtes Ablehnungsrecht, denn Crowd Worker sehen auf der Benutzeroberfläche die theoretisch verfügbaren Aufgaben und wenn sie diese nicht erledigen wollen, geben sie einfach kein Angebot ab. Ein Vertrag kommt gar nicht erst zustande. Das Ablehnungsrecht wäre nur Ausdruck der negativen Vertragsfreiheit.

Nach Vertragsschluss stellt der Abbruch eine einseitige Loslösung vom Vertrag dar. Hier verdeutlicht sich, warum die Vergleichbarkeit der Abbruchfunktion mit dem in der Rechtsprechung bekannten echten Ablehnungsrecht schief ist: Die „Dienstplan-Rechtsprechung“[736] aus der das echte Ablehnungsrecht stammt, geht von einer anderen Lage aus. Dort teilen Dienstgeber/innen, potentielle Dienstnehmer/innen in Schichten oder freie Einsätze ein; gehen sie von einer ständigen Dienstbereitschaft aus, wo eine Ablehnung die Vertragsbeziehungen gefährdet, so gibt es kein echtes Ablehnungsrecht und eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung liegt nahe. Wer jedoch einen Einsatz tatsächlich ablehnen darf, zeigt, dass er sich der Weisung des Dienstgebers entziehen darf und folglich nicht verpflichtet ist. Allerdings passt dies nicht zu Crowd Work, denn die Plattformen weisen die Aufgaben nicht zu, sie rufen nichts ab und setzen niemanden ein.

Das Lehrbuchbeispiel der invitatio ad offerendum, nämlich der Selbstbedienungsladen, wo Interessierte an der Kasse ihr Angebot zum Abschluss des Kaufvertrages zu den Konditionen des Preisetiketts/Barcodes, abgeben, liegt hier nicht fern. Bildlich gesprochen leeren Plattformen die verfügbare Arbeit wie auf einem Wühltisch aus und wer möchte, nimmt sich etwas, gibt das Angebot ab und wer nicht möchte, tut es nicht. Wer sich etwas genommen hat und es wieder zurücklegt, nimmt einfach wieder Abstand von dem Vertrag und macht die Aufgabe wieder für andere verfügbar. Darin liegt nämlich das Hauptelement des Abbruches. Es ist eine Ordnungsfunktion, die Verfügbarkeiten schnell aufzeigen soll. Damit lässt sich aus den Überlegungen zum echten Ablehnungsrecht *nichts* über die Verpflichtungssituation bei Crowd Work gewinnen.

Möchte man den Abbruch juristisch einordnen, wird man am ehesten noch eine auflösende Bedingung iSd. § 158 Abs. 2 1. Halbsatz BGB zu dem abgeschlossenen Vertrag annehmen können. Nach § 158 Abs. 2 1. Halbsatz BGB endet ein unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft, wenn die Bedingung eintritt. Die Plattformen erlauben

736 Z.B. BAG, Urteil vom 19.11.1997 – 5 AZR 21/97, AP Nr. 133 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, Urteil vom 14.03.2007 – 5 AZR 499/06, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sozusagen einen Vertragsschluss zu der Bedingung, dass Crowd Worker vor dem Hochladen der fertigen Aufgabe selbige abbrechen dürfen.

Für eine auflösende Bedingung spricht, dass nicht davon auszugehen ist, dass die Arbeitsleistung ohne Vertrag erbracht werde. Selbst clickworker geht in ihrer widersprüchlichen AGB davon aus, dass ein Vertrag bestehe, nur eben sei dessen Erfüllung nicht verpflichtend. Auch, wenn die Klausel widersprüchlich ist, kann sie zum Verständnis der Abbruchfunktion beitragen. Sie verdeutlicht nämlich, dass clickworker selbst schon davon ausgeht, dass ein Vertrag geschlossen wurde, aber die einseitige Loslösung eben erlaubt ist.

Dies zeigt, dass die Abbruchfunktion bei Plattformen nichts mit dem aus der Rechtsprechung bekannten Recht zur Ablehnung von Einsätzen und Schichten zu tun hat. Das heißt aber auch, dass die Abbruchmöglichkeit nicht fälschlicherweise wie ein echtes Ablehnungsrecht behandelt werden kann. Der Abbruch ist nicht vergleichbar mit einem echten Ablehnungsrecht, daher kann es kein Kriterium bilden, ob Crowd Worker zur Arbeit verpflichtet sind oder nicht.

Selbst wenn man die Abbruchfunktion wie ein echtes Ablehnungsrecht behandeln würde, so stünde dies der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht zwangsläufig entgegen, allerdings muss der Arbeitnehmer dann häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen worden sein und durfte darauf vertrauen in Zukunft herangezogen zu werden.[737] In einer neueren Entscheidung wurde das insoweit konkretisiert als auch die tatsächliche Ablehnung von Diensten nicht per se zur Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft führen muss, denn die einseitige Einbindung in Dienstpläne sei *„weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft.“*[738] Das ist ein Umstand, der im konkreten Einzelfall zu klären und in der tatsächlichen Vertragsdurchführung zu berücksichtigen wäre.

(2) Sanktion bei Abbruch der Aufgabe?

Wie gerade bereits angedeutet wurde, ist im Folgenden zu prüfen, ob sich eine Verpflichtung daraus ergeben kann, dass Crowd Worker bei Abbruch

737 BAG, Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 2/97, NZA 1998, S. 1277–1279 (1279) mwN.

738 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 Rn. 27 dd).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Aufgabe, Sanktionen zu befürchten haben. Sei es, dass sie keinen Zugang zu Aufgaben bekommen, nicht für bestimmte evtl. besser bezahlte Aufgaben in Betracht kommen oder schlicht von der Plattform deaktiviert werden.

Hier bietet sich abermals die Vergleichbarkeit mit der „Dienstplan-Rechtsprechung" des BAG[739] an, weil dort tatsächliche Sanktionen zu der Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen können. Im Kern geht es bei dieser Rechtsprechung darum, inwieweit die einseitige Aufstellung von Dienst- und Organisationsplänen auf ein Arbeitsverhältnis deuten kann. Danach ist ein Arbeitsverhältnis zu bejahen, wenn einseitig ohne Mitwirkung der Betroffenen Dienstpläne aufgestellt und eine ständige Dienstbereitschaft erwartet werde.[740] Diese Dienstbereitschaft müsse für den Dienstnehmer erkennbar sein.[741]

Wie stellt sich diese Erkennbarkeit dar? Zum einen könnten ausdrückliche Abreden bestehen; das wird regelmäßig nicht der Fall sein. Fehlt es an diesen, ist ein Rückschluss auf die Erwartungshaltung des Dienstherrn nur darin zu sehen, ob die Parteien Sanktionen für die Nichteinhaltung von Dienstplänen vorsehen.[742] Gerade wenn die Verträge nicht als Arbeitsverträge ausgestaltet sind, sondern als freie Dienstverträge firmieren, können Sanktionsmöglichkeiten auf eine ständige Dienstbereitschaft deuten.[743] Die härteste Sanktionsmöglichkeit ist der Abbruch der Vertragsbeziehungen; sie deutet darauf hin, wie wichtig dem Dienstherren die ständige Verfügbarkeit war und dass der Dienstnehmer als Arbeitnehmer gesehen wurde.[744]

Wie lässt sich diese Rechtsprechung auf die hier untersuchten Fälle anwenden? Eine Vergleichbarkeit könnte darin zu sehen sein, dass sich die Crowd Worker jederzeit bereithalten müssen, da sie sonst keine Punkte sammeln, also nicht ihre Reputation aufwerten und sie deshalb auch nicht

---

739 Zum Begriff: *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 289.

740 Ständige Dienstbereitschaft BAG, Urteil v. 09.03.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil vom 19. 1. 2000 – 5 AZR 644/98, RdA 2000, 360–365 (363); BAG, Urteil vom 20. 5. 2009 – 5 AZR 31/08 NZA-RR 2010, 172–174 (174, Rn. 22); BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125, Rn. 18 d); *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 290.

741 BAG, Urteil vom 12.06.1996, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Werkstudent; BAG Urt. 31.7.2002 7 AZR 181/01, BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11.

742 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 291.

743 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 291.

744 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 293; BAG, Urteil vom 09.06.1993, AP § 611 BGB Nr. 66 Abhängigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in den Levels aufsteigen und somit auch keinen Zugang zu besser bezahlten Tätigkeiten bekommen. Hinzukommt, dass sie kein Geld verdienen. Letzteres sehen die meisten in der Rechtsprechung und Literatur nicht als tragfähiges Argument, da es ausschließlich auf wirtschaftliche Elemente abstellt, die keine Rolle spielen sollen.[745]

Andererseits wird man nicht abstreiten können, dass in der modernen Arbeitsorganisation Elemente der indirekten Steuerung und Selbststeuerung immer mehr an Relevanz gewinnen.[746] Die Freiheiten, die Plattformen dabei gewähren, speisen sich vor allem aus der Tatsache, dass es genügend Crowd Worker gibt, die die Aufträge abarbeiten können. Wenn ein Crowd Worker als solcher arbeiten möchte, wird er/sie versuchen, die angenommenen Aufträge abzuarbeiten, um sich im Reputationssystem zu bewähren. Fraglich ist, wie diese Art der Steuerung zu werten ist.

Dies wird man bisher jedoch nur dann als Verpflichtung werten können, wenn es entsprechende Sanktionsmöglichkeiten gibt. Bei Roamler gibt es unter Nr. 5.4 der AGB folgende Klausel:

> „*Wenn ein Account längere Zeit inaktiv ist, wird der Auftragnehmer darüber benachrichtigt und aufgefordert, den Account wieder zu aktivieren. Wenn der Account nicht reaktiviert wird, ist Roamler berechtigt, den Account zu löschen.*"

Diese Regelung spricht keine klare Sanktion aus, beinhaltet jedoch schon eine Maß an Verpflichtung, Roamler nutzen zu wollen.

Realistischerweise wird man hier jedoch sagen müssen, dass diese Regelung keine Pflicht zur Arbeitsleistung enthält, weil die angesprochene Aktivierung nur ein Einloggen in das Benutzerkonto meint. Keiner Plattform ist daran gelegen „tote Accounts" unterhalten zu müssen, die niemand nutzt.[747]

Bei clickworker findet sich auch keine Sanktion für den Fall, dass man keine Aufgaben wahrnimmt. Ähnlich wie bereits bei Roamler ist in den AGB von Clickworker unter § 2.7 nur eine allgemeine Regelung,

---

745 So exakt zu Crowd Work, LAG München, Urteil vom 04.12.2019 – 8-Sa 146/19, abrufbar unter: https://www.lag.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/8sa146_19.pdf, abgerufen am 14.05.2020; *Pacha*, Crowdwork, S. 165; Maschmann, Arbeitsverträge, S. 293.

746 Hierzu: *Bücker*, FS Kohte (2016), S. 21–46; *Bücker*, SF 2015, S. 220–227; *Kocher* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 173 ff.; *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 155 ff.

747 So auch im Ergebnis LAG München, Urteil vom 04.12.2019 – 8 Sa 146/19; siehe auch *Dettmer*, Spiegel 31/2019 vom 26.07.2019, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass clickworker das Benutzerkonto löschen und die Vertragsbeziehungen beenden kann, wenn gegen AGB oder sonstige Verpflichtungen aus der Vertragsbeziehung verstoßen wird.

Gleichwohl wird man sagen müssen, dass Plattformen die „absolute" Macht haben, Sanktionen auszusprechen: In dem vor dem LAG München 2019 verhandelten Fall, arbeitete der Kläger etwa 15 Monate für Roamler, er nahm ca. 4000 Aufträge an und ist von einem Tag auf den anderen von der Plattform deaktiviert worden.[748] Es ging wohl um Fehler bei einem Auftrag; der Crowd Worker wollte nachbessern, aber dann war der Auftrag nicht mehr verfügbar. Seine Nachfragen bei der Plattform führten zu einer Deaktivierung.[749] Die wahren Sanktionsmöglichkeiten sind somit nicht in den AGB zu suchen, sondern in der Machtstruktur von Plattformen. Wenn jemand mit dem über längere Zeit gearbeitet wurde, „abgeschaltet" werden kann, dann ist das die stärkste Sanktion. Gleichwohl kann nicht geklärt werden, ob Ausschlüsse stattfinden, weil Crowd Worker quantitativ oder/und qualitativ die Aufgaben nicht ausreichend gut erfüllen. Ebenfalls ist unklar, ob Bewertungs- und Feedbacksysteme, die als nachgelagerte Formen der Kontrolle zu sehen sind, Sanktionen dergestalt bereithalten, dass unzureichend bearbeitete Aufgaben, zu viele Abbrüche oder Fehler, zu geringe Ratings etc. zu einer „Deaktivierung" führen können.[750] Darin wären weitreichende Sanktionen zu sehen, die eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung und damit auch zu einem Arbeitsverhältnis führen könnten. Dieses asymmetrische Machtverhältnis deutet darauf, dass Plattformen im Einzelnen schon von einem Über-/Unterordnungsverhältnis ausgehen und somit ein Arbeitsvertrag näher läge als ein freier Dienst- oder Werkvertrag.

Gleichwohl ist dies ein Punkt, der sich nur aus dem konkret gelebten Vertragsverhältnis bestimmen kann, ob Crowd Worker auf Roamler und clickworker regelmäßig diesen Sanktionen unterliegen, lässt sich mit den hier verfügbaren Tatsachen nicht abschließend klären.

---

748 LAG München, Urteil vom 04.12.2019 8-Sa-146/19, abrufbar unter: https://www.lag.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/8sa146_19.pdf, siehe auch *Dettmer*, Spiegel vom 26.07.2019, S. 18 f.

749 *Dettmer*, Spiegel vom 26.07.2019, S. 31 f.

750 Die Überlegungen von *Brose* sind sehr klug; sie meint, dass Kontrollmechanismen, auch wenn sie nicht für ein Weisungsrecht sprechen, diese doch für eine neue Form der Unselbstständigkeit sprechen können, denn „*Es erscheint nicht typisch selbstständig, einer ständigen Kontrolle ausgesetzt zu sein.*", NZS 2017, S. 7–14 (11).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Realofferte/Verstetigung der Rechtsbeziehungen

Eine weitere Überlegung, die für Crowd Work fruchten könnte, ist, dass die regelmäßig kurze Dauer der Einsätze sich zu einem Band verbinden könnte, das zu einem Dauerschuldverhältnis führt.[751]

Zwar ist die Rechtsprechung, wonach einzelne Vertragsverhältnisse zu einer Dauerrechtsbeziehung zusammengefasst werden, aufgegeben worden[752], aber ein Dauerschuldverhältnis kann qua Realofferte begründet werden und hier wird das „verknüpfende Band" doch relevant.[753] In diesem Fall schließen die Parteien einen Arbeitsvertrag ohne ausdrückliche Willenserklärungen qua Realofferte und deren Annahme.[754] Der objektive Geschäftsinhalt eines Vertrages ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend.[755] Für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit ist auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abzustellen.[756]

---

751 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

752 **So noch** BAG Urteil vom 08.10.1975 – 5 AZR 430/74, AP BGB § 611abhängigkeit Nr. 18; ähnlich BAG, Urteil vom 02.06.1976 – 5 AZR 131/75, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 20; dazu Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2 -10 (7–9); Hilger, RdA 1981, S. 265 (269); Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 197 f; **Aufgabe dieser Rspr:** BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 818/76, AP BGB § 611abhängigkeit Nr. 25; BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 61 Abhängigkeit Nr. 34; BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 42; BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 156/82, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 43; dazu *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 311.

753 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin"); Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, S. 522, Rn. 26; Urteil vom 17.01.2017- 9 AZR 76/16, NZA 2017, S. 572.

754 Vgl. Vertragsschluss durch Realofferte: BGH, Urteil vom 22.03.2012 – VII ZR 102/11, ZWE 2012, S. 264–267 (265).

755 Z.B. BAG, Urteil vom 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, DB 2002, S. 1610 f.

756 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 – Rn. 34, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin"); BAG, Urteil vom 26.09.2012 – 10 AZR 336/11 – Rn. 14, AP BGB § 611 BGB § 615 Nr. 121 8 ("Fleischbeschauer-Dienstverhältnis"); BAG, Urteil vom 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 – Rn. 12, AP BGB § 615 Nr. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Vertrag kann durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme) zustande kommen.[757] Tauschen Vertragsparteien über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung aus, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein.[758] In einer weiteren Entscheidung des BAG heißt es, dass ein Dauerarbeitsverhältnis auch entstehen kann, wenn der Arbeitnehmer einen Dauerbedarf an Arbeitskräften abdeckt; Voraussetzung sei aber, dass der einzelne Arbeitnehmer häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen werde, er von seinem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch mache und er also darauf vertrauen dürfe, auch in Zukunft herangezogen zu werden.[759]

Danach kann auch ein Rechtsverhältnis, wo Crowd Worker und Plattform regelmäßig über einen längeren Zeitraum Leistung und Vergütung austauschen von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen werden, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 611a BGB erfüllt sind. Es kann der Annahme einer Verpflichtung nicht entgegenstehen, wenn Crowd Worker ihre Dienste *faktisch* über einen längeren Zeitraum immer wieder erbringen und diese immer wieder im Austausch gegen die Vergütung angenommen werden. Die Plattformen rechnen dann mit einem bestimmten Aufkommen und so können mit diesen Crowd Workern bei Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nach § 611a BGB Arbeitsverträge bestehen.

Dagegen könnte sprechen, dass die Parteien ausdrücklich einen Rahmenvertrag geschlossen haben und daraus ja eben hervorgehe, dass die Plattformen sich nicht arbeitsvertraglich binden wollen. Diese Argumentation übersieht jedoch mehrere Dinge:

– Crowd Worker haben keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung. Weder auf die des Rahmenvertrages noch bzgl. der einzelnen Einsätze. Ihr Interesse, die zugrundeliegende Rechtsbeziehung nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung zu qualifizieren, ist damit umso größer. Arbeitsrecht steht nicht zur Disposition der vertragsschließenden Parteien, sie können dessen Geltungsbereich nicht durch den Wortlaut einer Vereinbarung abbedingen, wenn es sich nach dem gelebten Ver-

757 BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, S. 522 Rn. 26; Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, S. 572 Rn. 18 a).
758 BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, S. 522 Rn. 26.
759 BAG, Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 2/97, NZA 1998, S. 1277–1279 (1279).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tragsinhalt um ein Arbeitsverhältnis handelt.[760] Dieser geringe Einfluss zeigt sich darin, dass Crowd Worker den Vertrag nehmen müssen, wie er ihnen angeboten wird. Diesen Umstand wertete das BAG bereits zugunsten des Arbeitsverhältnisses, so hieß es diesbezüglich:

> *„Hat der Dienstberechtigte dem zur Dienstleistung Verpflichteten nur einen Vertrag als freier Mitarbeiter angeboten und ihm keine Gelegenheit gegeben, sich um eine Anstellung als Arbeitnehmer zu bewerben, so ist die Wahl dieser Vertragsform dann ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit, wenn sie nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, sondern nur der Umgehung des Sozialschutzes, insbesondere des Kündigungsschutzes, dient. In diesem Fall muß der Dienstberechtigte sich so behandeln lassen, als habe er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen.“*[761]

- Darauf bezugnehmend hieß es in einer neueren Entscheidung, dass abweichende Bezeichnungen und Vorstellungen der Parteien erst recht nichts an der Arbeitnehmereigenschaft ändern können, *„wenn derartige Verträge nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei vorgegeben werden.“*[762]
- Darin ein Wiederaufleben der Lehren über den faktischen Vertragsschluss zu sehen, geht fehl.[763] Während sich diese Lehren allesamt über die Frage des „ob“ des Vertragsschlusses drehen, liegt das Problem der Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht darin, *ob* ein Vertrag geschlossen wurde, sondern zu *welchem Inhalt* er geschlossen wurde und ob dieser Inhalt eine Arbeitsleistung im Sinne eines *Arbeitsverhältnisses* darstellt.[764] Der Inhalt betrifft aber nicht die vertragsbegründende, sondern die vertragsgestaltende Wirkung. Für Letztere kann das faktische

760 Grundlegend: BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (735), Rn 17.

761 BAG, Urteil vom 14.02.1974 – 5 AZR 298/73 – AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12, Ls. zu 2.

762 BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (735), Rn 17.

763 Hierzu: Lehre vom „faktischen Vertrag“, Lehre vom Vertragsschluss kraft sozialtypischen Verhaltens sowie die im Arbeitsrecht immerhin bis in die 1960er Jahre v.a. von *Siebert* und *Nikisch* vertretene „Eingliederungstheorie“, wonach ein Arbeitsverhältnis durch faktische Eingliederung begründet wurde. Das ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen, zum einen aus einer ideologischen Komponente heraus, zum anderen besteht aus dogmatischer Sicht kein Grund. Zusammenfassend und mwN. *Riesenhuber*, JuS 2018, S. 103–108 (107).

764 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (41).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhalten relevant werden.[765] Wer nämlich *faktisch* die Leistung in persönlicher Abhängigkeit erbringt, erbringt sie innerhalb eines Arbeitsverhältnisses. Zur positiven Feststellung, müssen dann die Merkmale persönlicher Abhängigkeit geprüft werden. Das gilt umso mehr, als durch digitale Formen der Arbeitsorganisation die rechtliche durch eine faktische Bindung ersetzt wird.[766]

– Was ebenfalls nicht gegen ein Arbeitsverhältnis sprechen kann, ist, dass Crowd Worker aufgrund der Ausgestaltung der Aufgaben als invitatio ad offerendum, ihrerseits ein Angebot abgeben. Die Realofferte geht dann von ihnen aus. Das ist jedoch ein Umstand, der dem Geschäftsmodell der Plattform geschuldet ist. Diese „umgekehrte Angebotssituation" führt nicht dazu, dass sich ein Arbeitsvertrag nicht nach dem objektiven Vertragsinhalt bestimmt.

dd) Zwischenergebnis

Grundsätzlich kann aus einem Nutzungsverhältnis, das durch einen Rahmenvertrag ausgestaltet ist, ein Arbeitsverhältnis werden. Es kommt dabei auf den wirklichen Geschäftsinhalt an, der den getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen ist. Ob das bei Crowd Workern der Plattformen Roamler und Clickworker der Fall ist, muss der Einzelfall entscheiden.

b) Einzelne Aufträge als befristete Arbeitsverhältnisse

In Betracht kommt, die einzelnen Vertragsverhältnisse als Arbeitsverträge anzusehen. Den einzelnen Aufgaben liegen jedenfalls konkrete Rechtsverhältnisse zugrunde; diese kommen bei clickworker und Roamler zwischen der Plattform und den einzelnen Crowd Workern zustande.[767]

Ein Vertrag über die konkreten Aufgaben wird geschlossen, nachdem Crowd Worker „Annehmen" angeklickt haben und sie die weiteren Schritt-für-Schritt Anweisungen bzgl. der konkreten Aufgabe erhalten haben (s.o.).

---

765 So *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (41).
766 *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (44).
767 Siehe unter B. II Die Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie bereits oben angesprochen, ist die Regelung in den AGB von clickworker problematisch, wo sie einerseits von einem Vertragsschluss ausgehen, jedoch keinen Erfüllungsanspruch der Plattform gegenüber dem Crowd Worker annehmen. Diese Paradoxie wird zugunsten der Crowd Worker gelöst, mit der Folge, dass Crowd Worker mit Abschluss des einzelnen Rechtsverhältnisses zur Erfüllung verpflichtet sind. Die soeben erläuterte Abbruchmöglichkeit ist dann als auflösende Bedingung zu sehen, die den Crowd Workern gewährt wird (s.o.)

Vertragsparteien haben die Gestaltungsmöglichkeit Rahmenverträge mit Einzelvereinbarungen über die konkreten Einsätze zu treffen; ob es sich bei diesen Arbeitseinsätzen um Arbeitsverträge handelt, unterliegt der vollen arbeitsgerichtlichen Kontrolle – insbesondere hinsichtlich einer wirksamen Befristung.[768]

Folglich ist zu prüfen, ob die Arbeitseinsätze bei Roamler und Clickworker als Arbeitsverträge anzusehen sind. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob eine Befristung möglich war.

2. Crowd Worker von Roamler und Clickworker als Arbeitnehmer/innen nach § 611a BGB

Für einen Arbeitsvertrag müsste es sich bei dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen den Crowd Workern und den Plattformen Roamler und Clickworker um ein Arbeitsverhältnis handeln.

a) Persönliche Abhängigkeit

Eine Abgrenzung zum freien Dienst- oder Werkvertrag kann erst erfolgen, wenn die persönliche Abhängigkeit ausgeschlossen werden kann, da diese für den Arbeitsvertrag konstituierend ist.[769] Nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB

768 Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (736), Rn 26.

769 Ein dreistufiger Aufbau wird hier nicht gewählt, da nahezu jede Tätigkeit im Werk-, freien Dienst- oder Arbeitsvertrag erfolgen kann. Was die Verträge v.a. voneinander unterscheidet ist die persönliche Abhängigkeit. Ist diese gegeben, muss eine weitere Abgrenzung zu den Vertragstypen nicht erfolgen. Es ist damit prüfungsökonomisch sinnvoll, sich direkt der persönlichen Abhängigkeit zuzuwenden. So auch: BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126; BAG, Urteil vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist persönlich abhängig, wer weisungsgebundene und fremdbestimmte Arbeit im Dienste eines anderen verrichtet.

aa) Weisungsbindung

§ 611 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisiert die Weisung dahingehend, dass sie Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann.

Die Weisungsbindung wird als das Merkmal angesehen, welches persönliche Abhängigkeit herzustellen vermag. Für die Frage, ob Crowd Worker von Clickworker und Roamler weisungsgebunden sind, müssen wir die o.g. Tatsachen, wie sich eine Tätigkeit auf den Plattformen darstellt, den entsprechenden Weisungsmerkmalen zuweisen.

(1) Inhaltliche Weisungsbindung

Nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB kann sich das Weisungsrecht auf Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit beziehen. Im Schrifttum rief diese Regelung Unmut hervor.[770] Dies wirkte sich v.a. durch den systematischen Abgleich mit § 106 GewO aus. Dort sind nur Inhalt, Zeit und Ort als Merkmale der Weisungsbindung genannt, so dass sich die Frage stellt, wie nun die „Durchführung" neben „Inhalt" aus § 611a Abs. 1 S. 2 BGB zu verstehen ist. Es ist schwierig die inhaltliche Weisungsbindung von der Durchführung des Vertrages gedanklich zu trennen. So kann davon ausgegangen werden, dass „Inhalt" und „Durchführung" synonym verwendet werden sollen.[771] Milde ausgedrückt kann man sagen, dass der Gesetzgeber hier einen „Merkzettel" schreiben wollte, woran zu denken sei, wenn die Weisungsgebundenheit geprüft werde.[772] Weniger milde kann man es als überflüssig ansehen.[773] Insgesamt sagen einige, dass es stimmiger gewesen wäre auf § 106 S. 1 GewO zu verweisen.[774] Die inhaltliche Weisungsbindung meint weiterhin das, was bisher als fachliche Weisungsbin-

---

§ 611 Abhängigkeit Nr. 34; ebenso anschaulich Fischels, Arbeitnehmerbegriff, S. 203 ff. (204).

770 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 21 f. mwN.

771 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 22 mwN.

772 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–81 (71).

773 *Wank*, AuR 2017, S. 140–151 (146).

774 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 22 mwN.; ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung firmierte.[775] Im Ergebnis ist das nicht erheblich, die Verfasserin trägt der Entscheidung des Gesetzgebers Rechnung und nennt es inhaltliche Weisungsbindung.

Der Arbeitgeber hat ein inhaltliches Weisungsrecht bzgl. der zu erbringenden Arbeitsleistung.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, wenn ein Arbeitsvertrag die Tätigkeitsanforderungen – auch die ganz alltäglichen – genau umschreibt, so dass eine Weisung des Arbeitsgebers deshalb unterbleiben kann, weil Arbeitnehmer/innen einfach wissen, was zu tun ist. In diesem Fall wirkt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers nur sehr begrenzt aus; gleichzeitig bedeutet es keine weitergehende Freiheit der Arbeitnehmer/innen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit.[776]

Dafür spricht auch das Gesetz selbst in § 611a Abs. 1 S. 3 1. Alt. BGB, wonach weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten kann. Da dies das Pendant zu § 84 Abs. 1 S. 2 HGB darstellt und dieser vor § 611a BGB regelmäßig zur Konkretisierung der Weisungsbindung herangezogen wurde, kann die inhaltliche Weisungsbindung nur so verstanden werden, dass sie sich in der ganz grundsätzlich fehlenden Freiheit offenbart, seine Arbeitsleistung selbst gestalten zu dürfen.[777] Da wir in den Fällen der hier untersuchten Crowd Worker sehr genaue inhaltliche Vorgaben haben, könnte die inhaltliche Weisung weitestgehend eingeschränkt sein. Gleichwohl muss das die Ausübung eines inhaltlichen Weisungsrechts nicht ausschließen.[778] Deshalb ist vorrangig auf die vertraglichen Vereinbarungen zu schauen, um das Ausmaß der (inhaltlichen) Weisungsbindung festzustellen.

Wie wir oben gesehen haben, erstreckt sich bei clickworker eine Autorentätigkeit immer auf einen konkreten Job. Im Digital Workplace wird angezeigt, dass ein Schreibjob verfügbar sei. Klickt man auf den „Beginnen"-Button, bekommt man, wenn der Job noch verfügbar ist, weitere Schritt-für-Schritt Anweisungen, wie der Job zu erledigen ist. Dies stellt den Vertrags*inhalt* dar. Von diesem Vertragsinhalt gibt es keine Abweichungen, die clickworker bestimmen kann. Es ist also nicht denkbar, dass ein Crowd Worker diesen Job beginnen will, clickworker sein Angebot annimmt, indem es ihm die weiteren Arbeitsschritte zur Verfügung stellt

775 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 24.
776 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 26.
777 BAG, 15.02.2012 – 10 AZR 301/10, NZA 2012, S. 731; *Deinert*, RdA 2017, S. 65–83 (66).
778 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–83 (66).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und dann jedoch den Vertragsinhalt ändert und einen vergleichbaren Schreibjob zuweist. Wenn ein Vertrag bei clickworker zustande kommt, dann ist kein Raum für eine inhaltlich abweichende Zuweisung einer anderen, vergleichbaren Aufgabe. Ähnlich verhält es sich bei anderen Aufgaben, die über die Plattform vergeben werden. Möchte ein Crowd Worker an einer konkreten Umfrage teilnehmen und kommt darüber ein Vertrag zustande, wird die Plattform clickworker nach Vertragsschluss dem Crowd Worker nicht eine andere Umfrage zuweisen können. Die Tatsache, dass Crowd Worker und clickworker einen Vertrag über eine konkrete Aufgabe schließen, lassen kein inhaltliches Weisungsrecht zugunsten der Plattform entstehen. Die Plattform clickworker kann nach dem geschlossenen Vertrag nicht eine andere, vergleichbare Aufgabe zuweisen. Dies wäre der Klassiker eines inhaltlichen Weisungsrechts im Arbeitsvertrag. Das ist nicht vorgesehen.

Ähnlich verhält es sich bei Roamler, da auch dort ein Vertrag über eine konkrete Aufgabe abgeschlossen wird. Diese wird nach dem Vertragsschluss nicht zugunsten einer vergleichbaren Aufgabe abgeändert.

Eine inhaltliche Weisungsgebundenheit der Crowd Worker scheidet somit für die Plattformen clickworker und Roamler aus.

(2) Durchführung der Arbeitsleistung – Fachliche Weisungsbindung

Von der inhaltlichen Weisungsbindung hat der Gesetzgeber mit § 611a Abs. 1 S. 2 BGB sprachlich die Durchführung der Arbeitsleistung getrennt. Gedanklich hängt es doch zusammen, aber die sprachliche Trennung wird hier berücksichtigt. Auch hier gilt, dass die „Durchführung" als fachliche Weisungsbindung firmiert.[779] Es besteht auch kein Grund „Inhalt" und „Durchführung" gleichzusetzen, denn Inhalt betrifft, wie wir oben gesehen haben, den konkreten Vertragsinhalt. Wenn dieser nicht abänderlich ist, dann liegt keine inhaltliche Weisungsmöglichkeit vor.

Ob dies dann auch für die Durchführung gilt, ist im Folgenden zu prüfen. Sie betrifft die vordergründig recht einfache Tatsache, dass Arbeitgeber/innen ihren Arbeitnehmer/innen aufgeben dürfen, *wie* die geschuldete Tätigkeit auszuführen ist. Die Vielfalt der Tätigkeiten bringt eine Vielfalt der Möglichkeiten mit sich, dieses fachliche Weisungsrecht auszuüben. Die Rechtsprechung bezog sich beispielsweise darauf, ob Verhaltensre-

779 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geln für die Durchführung der Arbeit existieren[780], Vorgesetzten Rechenschaft abzulegen ist[781] oder Berichterstattungs- und Unterrichtungspflichten (nicht von Gesetzes wegen Vorgeschriebene) bestehen[782].

Insgesamt ist das fachliche Weisungsrecht nicht die conditio-sine-quanon, die Menschen zu Arbeitnehmer/innen macht oder auch nicht. Gerade bei hochqualifizierten Tätigkeiten werden Arbeitgeber/innen ihren Arbeitnehmer/innen kaum fachliche Weisungen geben können.[783] Der Lehrbuch-Klassiker ist der Chef-Arzt oder die zahlenmäßig kleinere Gruppe der Chef-Ärztinnen, denen man fachlich keine Vorgaben machen kann, sie aber dennoch Arbeitnehmer/innen bleiben.[784] Das heißt, die fachliche Weisung kann gelockert und der arbeitende Mensch trotzdem Arbeitnehmer/in sein.[785]

Fraglich ist, ob Crowd Worker von clickworker und Roamler einer solchen fachlichen Weisungsbindung unterliegen.

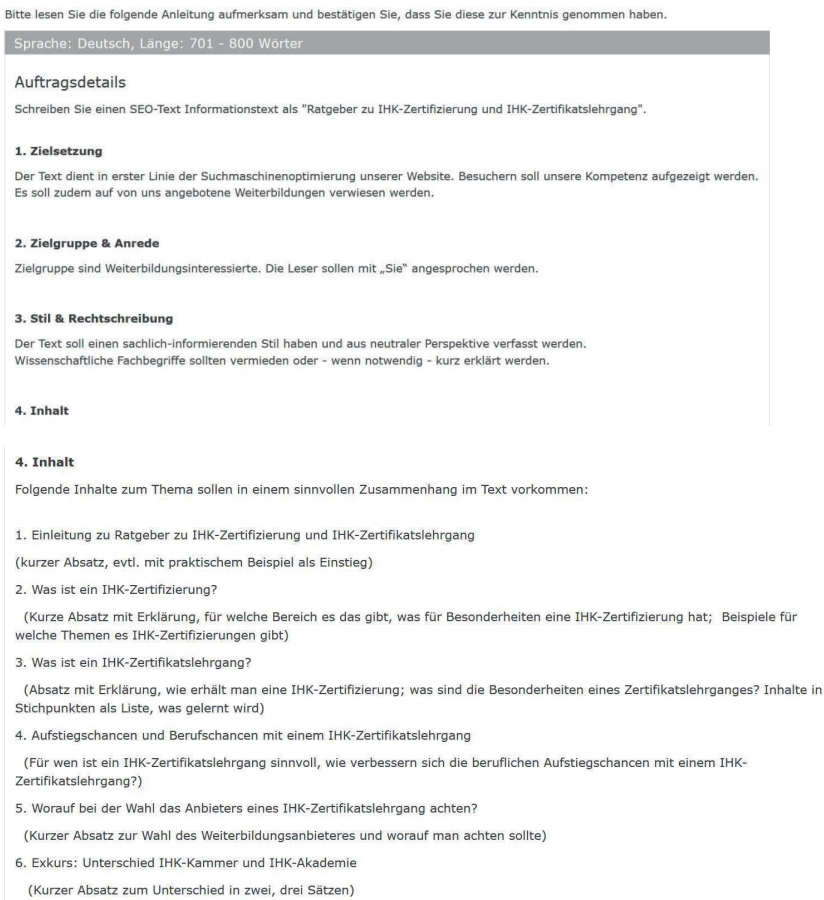
Kommen bei clickworker und Roamler die Verträge zustande und erhalten die Crowd Worker die detaillierten Beschreibungen für die zu erledigende Aufgabe, so wird es schwierig noch Raum für ein fachliches Weisungsrecht von Seiten der Plattform zu sehen. Wie wir bei der Beschreibung der Tätigkeiten bei Clickworker und Roamler gesehen haben, wird in den Verträgen genauestens festgelegt, *wie* die Aufgaben durchzuführen sind.

Bei Schreibjobs von clickworker werden die Details Schritt für Schritt vorgegeben: was ist das Ziel des Textes (Suchmaschinen-Optimierung, Werbung, etc.), wer ist die Zielgruppe, wie soll der Stil des Textes sein (informierend, werbend, neutral, etc.), der Inhalt ist genauestens zu berücksichtigen (1. Einleitung, Was ist der genaue Gegenstand? usw.).

780 BAG, Urteil v. 13.08.1980 – 4 AZR 592/78, BAGE 34, S. 111–123.
781 BAG, Urteil v. 27.07.1961 – 2 AZR 255/60, BAGE 11, S. 22.
782 BAG, Urteil v. 21.01.1966 – 3 AZR 183/65, DB 1966, S. 546 (547).
783 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 39.
784 Z.B. BAG, Urteil vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, juris.
785 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 39; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569–581 (576).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine detaillierte Beschreibung sieht so aus:



Bitte lesen Sie die folgende Anleitung aufmerksam und bestätigen Sie, dass Sie diese zur Kenntnis genommen haben.

Sprache: Deutsch, Länge: 701 - 800 Wörter

Auftragsdetails

Schreiben Sie einen SEO-Text Informationstext als "Ratgeber zu IHK-Zertifizierung und IHK-Zertifikatslehrgang".

1. Zielsetzung

Der Text dient in erster Linie der Suchmaschinenoptimierung unserer Website. Besuchern soll unsere Kompetenz aufgezeigt werden. Es soll zudem auf von uns angebotene Weiterbildungen verwiesen werden.

2. Zielgruppe & Anrede

Zielgruppe sind Weiterbildungsinteressierte. Die Leser sollen mit „Sie" angesprochen werden.

3. Stil & Rechtschreibung

Der Text soll einen sachlich-informierenden Stil haben und aus neutraler Perspektive verfasst werden.
Wissenschaftliche Fachbegriffe sollten vermieden oder - wenn notwendig - kurz erklärt werden.

4. Inhalt

4. Inhalt

Folgende Inhalte zum Thema sollen in einem sinnvollen Zusammenhang im Text vorkommen:

1. Einleitung zu Ratgeber zu IHK-Zertifizierung und IHK-Zertifikatslehrgang

(kurzer Absatz, evtl. mit praktischem Beispiel als Einstieg)

2. Was ist ein IHK-Zertifizierung?

(Kurze Absatz mit Erklärung, für welche Bereich es das gibt, was für Besonderheiten eine IHK-Zertifizierung hat; Beispiele für welche Themen es IHK-Zertifizierungen gibt)

3. Was ist ein IHK-Zertifikatslehrgang?

(Absatz mit Erklärung, wie erhält man eine IHK-Zertifizierung; was sind die Besonderheiten eines Zertifikatslehrganges? Inhalte in Stichpunkten als Liste, was gelernt wird)

4. Aufstiegschancen und Berufschancen mit einem IHK-Zertifikatslehrgang

(Für wen ist ein IHK-Zertifikatslehrgang sinnvoll, wie verbessern sich die beruflichen Aufstiegschancen mit einem IHK-Zertifikatslehrgang?)

5. Worauf bei der Wahl das Anbieters eines IHK-Zertifikatslehrgang achten?

(Kurzer Absatz zur Wahl des Weiterbildungsanbieteres und worauf man achten sollte)

6. Exkurs: Unterschied IHK-Kammer und IHK-Akademie

(Kurzer Absatz zum Unterschied in zwei, drei Sätzen)

Abbildung 34: eigener Screenshot vom 07.06.2019.

Ähnlich verhält es sich bei der Plattform Roamler. Die Durchführung der Tätigkeit ist so genau umschrieben, dass Roamler ein fachliches Weisungsrecht nach Vertragsschluss einfach nicht mehr braucht. Dies bewertet ein Teil der juristischen Literatur für solche Fälle ähnlich.[786] Das Weisungs-

786 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 17, Rn. 13, S. 443; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1039 (1034); *Däubler* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork,

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht dient immer der Konkretisierung der im Arbeitsvertrag beschriebenen Tätigkeit; wenn es aber nichts zu konkretisieren gibt, weil alles klar umschrieben ist, ist das Vorhandensein eines Weisungsrechts kaum anzunehmen. Das ist gerade auch im Zusammenhang mit der Abgrenzung zum freien Dienst- und Werkvertrag zu sehen, denn fachliche Weisungen werden nicht nur im Arbeitsverhältnis ausgesprochen. Auch innerhalb eines Werkvertrages ist der Besteller eines Werkes berechtigt anzuweisen, § 645 Abs. 1 S. 1 BGB. Selbstständige können damit ebenfalls fachlichen Weisungen unterliegen und diese können auch vertraglich konkretisiert werden, es würde aus ihnen nicht per se Arbeitnehmer/innen machen.[787]

Das bedeutet, je konkreter ein Vertrag die Tätigkeiten ausführt und je weniger Spielraum verbleibt, desto wahrscheinlicher ist die Ablehnung eines fachlichen Weisungsrechts und eines Arbeitsverhältnisses.[788]

Wie ist es also zu werten, wenn dies zu dem Ergebnis führt, dass jemand aufgrund einer sehr detaillierten Tätigkeitsbeschreibung nicht als Arbeitnehmer/in, sondern als Selbstständiger/e zu sehen wäre?

(a) Rechtsprechung

Grundsätzlich wertet das BAG eine detaillierte vertragliche Regelung als starkes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, da die Arbeitsleistung in diesen Fällen einem Weisungsrecht entzogen ist.[789] Wörtlich heißt es dazu in einer VHS-Dozenten-Entscheidung des BAG:

> „*Wenn der Inhalt der Dienstleistung und die Unterrichtszeiten im Einzelnen vertraglich geregelt und damit einem Weisungsrecht der Volkshochschule*

S. 243–(246); *Däubler*, SR 2016, S. 2, 33; *Deinert*, Soloselbstständige, Kap. B Rn. 24, *Wedde*, AiB Extra September 2015, S. 26–31 (27); *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (987); *Reinecke*, NZA-RR 2016, S. 393–400 (397); *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68); *Warter*, Crowdwork, S. 177; *Pacha*, Crowdwork, S. 174; *Kolbe* in: Dornbusch/Fischmeier/Löwisch, § 6 GewO, Rn. 60. Siehe hierzu auch Diskursanalyse unter: § 3 A. I.

787 BAG, Urteil vom 15. Dezember 1999 – 5 AZR 770/98 –, juris Rn. 25; bzgl. Crowd Work direkt: *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, S. 318–327 (320).

788 *Boemke*, ZfA 29 (1998), S. 285–326 (311); *Preis/Wieg*, AuR 2016, S. 313–325 (315 f.); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 247.

789 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.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> *entzogen wurden, ist dies ein wichtiger Hinweis auf ein freies Dienstverhältnis.*"[790]

Diese grundsätzliche Herangehensweise ist nicht unkommentiert geblieben. *Bauschke* hielt diese Entscheidung für einen unverhohlenen Hinweis an die jeweilige Volkshochschulorganisation, durch „*entsprechende Abfassung ihrer Verträge den unerwünschten Arbeitnehmerstatus ihrer Mitarbeiter zu vermeiden.*"[791]

In seiner späteren Entscheidung über Zeitungszusteller erkannte das BAG, dass eine vertragliche „Vorprogrammierung" auch für die Arbeitnehmereigenschaft sprechen kann – auch wenn es sich in dem konkreten Fall dann nicht um einen Arbeitnehmer handelte, weil er sich zur Bewältigung des Arbeitspensums weiterer Hilfskräfte bedienen konnte und das auch tat.[792]

In den Entscheidungsgründen erläuterte der befasste Senat, dass die Arbeitnehmereigenschaft nicht dadurch ausgeschlossen werden könne, dass die erforderlichen Weisungen bereits im Vertrag aufgenommen wurden:

> „*Bei einfachen Tätigkeiten, insbesondere manchen mechanischen Handarbeiten, bestehen schon von vorneherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten. Daher können schon wenige organisatorische Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit so festlegen, daß von einer im Wesentlichen freien Gestaltung der Tätigkeit […] nicht mehr die Rede sein kann. In derartigen Fällen kann die Arbeitnehmereigenschaft auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der Dienstgeber die wenigen erforderlichen Weisungen bereits in den Vertrag aufnimmt.*"[793]

Der klagende Zeitungszusteller musste „*sich lediglich zu einer bestimmten Stunde an einem bestimmten Ort einfinden, um dort die Zeitungen abzuholen und sie anschließend den ihnen bekannten (oder auf einer Liste verzeichneten) Abonnenten in die Briefkästen stecken.*"[794]

Das griff das BAG in der Folge in mehreren Fällen auf, so hieß es in einer Entscheidung, wo der Arbeitnehmerstatus eines Frachtführers streitig war, dass es für die Arbeitnehmereigenschaft spreche, wenn die

---

790 BAG, Urteil v. 13.11.1991 – 7 AZR 31/91 – NZA 1992, S. 1125.
791 *Bauschke*, RdA 1994, S. 209–215 (212).
792 BAG, Urteil vom 16. Juli 1997 – 5 AZR 312/96 –, BAGE 86, 170 - 177 (171).
793 BAG, Urteil vom 16.07.1997 – 5 AZR 312/96, BAGE 86, 170 - 177.
794 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 20 f., S. 459.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art der Tätigkeit durch vorformulierte Vertragswerke, insbesondere durch Richtlinien genau vorgeschrieben werde.[795]

Dies könnte für die untersuchten Fälle ebenfalls zutreffen.

Der Vergleichspunkt ist, ob es tatsächlich eine *einfache Tätigkeit* ist. Des Weiteren ist fraglich, wie *Weisung* in diesem Fall zu verstehen ist. Wird aus der konkreten Leistungsbeschreibung eine Weisung oder ist sie Weisungen nur in der Sache gleichgestellt? Müsste sie in letzterem Falle dann unter die Weisungsbindung oder die Fremdbestimmung subsumiert werden?

Bei der Zeitungszustellung wurde eine einfache Tätigkeit bejaht, da die Gestaltungsmöglichkeiten von vorneherein gering sind.[796] Ähnlich ist es für Arbeiten bei clickworker und Roamler zu sehen. Bei clickworker muss man je nach Aufgabe kleinere Texte schreiben oder Recherchen im Internet vornehmen. Die Vorgaben, wie ein Text zu schreiben oder eine Recherche vorzunehmen ist, sind genauestens umschrieben. Die Schritt-für-Schritt Vorgaben schränken die Gestaltungsmöglichkeit stark ein. Es geht um eine möglichst normierte Textproduktion, die keinen nennenswerten Raum für eine freie oder gar schöpferische Tätigkeit lässt. Nur weil jemand schreibt und dabei verschiedene Register der Sprache ziehen kann, heißt es nicht, dass dies eine freie Gestaltung ist. Insoweit gehen auch Annahmen fehl, dass hier ein journalistisch-schöpferischer Rahmen gegeben ist.[797] So wird aus Erfahrungsberichten beschrieben, dass die Beschreibung immer gleicher Produkte auch immer mit der Nutzung eines bestimmten Wortschatzes und Stils einherging.[798] Das verdeutlicht, es geht nicht um Werbeprosa, es geht um eine industrielle Textproduktion. Bei Recherchen ist es noch eingeschränkter, da ja tatsächlich nur digitale Informationen auf Richtigkeit oder den korrekten Standort im Netz überprüft werden (Impressum, Datenschutzbestimmungen, Öffnungszeiten, etc.).

In der Rechtsprechung wird dabei auch danach unterschieden, ob Betroffene einer routinierten, ja vorgegebenen Tätigkeit nachgingen oder eigene gestalterische Spielräume hatten.[799] So hat sich eine einheitliche Rechtsprechung für Lehrer/innen herausgebildet: Lehrkräfte an allgemeinbildenden Schulen seien danach Arbeitnehmer/innen; Lehrkräfte an der

795 BAG, Urteil vom 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, S. 374–377 (376).
796 BAG, Urteil vom 16.07.1997 – 5 AZR 312/96.
797 *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, S. 318–327 (321).
798 *Strube* beschreibt dies bei: Hensel et. al. (Hrsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 85 ff; *Strube* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft, S. 75 ff.
799 Zusammenfassend: *Reinecke*, NZA-RR 2016, S. 393–400 (397).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Volkhochschule oder Musikschule könnten „freie Mitarbeiter/innen“ sein, da deren Gestaltungsspielraum größer sei.[800]

Ähnlich verlief die Rechtsprechung bei Rundfunkmitarbeiter/innen:

Waren sie mit routinemäßigen Aufgaben wie Sprecher, Aufnahmeleitung, Übersetzung und Kameraassistenz betraut, so waren sie Arbeitnehmer/innen.[801] Waren sie programmgestaltend tätig, so war die Ausübung dieser Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis oder in einem Rechtsverhältnis als freier Mitarbeiter möglich.[802]

Diese Überlegungen passen nur bedingt auf die Textproduktion beim Microtasking. Der Gestaltungsspielraum ist nicht nennenswert vorhanden, aber wem assistieren sie? Nun, im Grunde genommen assistieren sie der Software, die, wenn sie könnte, die Werbeprosa selbst schreiben würde – ein Zustand, der momentan mangels Reife der Programme noch nicht so ausgeführt wird, über den wir aber in Zukunft noch sprechen werden: Schreibende künstliche Intelligenz.[803] Für den jetzigen Zustand ist festzuhalten: Die Schreibtätigkeit bei clickworker lässt – wie sich aus den Beispielen zu Textarbeiten ableiten lässt-, keinen Gestaltungsspielraum zu.

Ähnlich verhält es sich bei Roamler. Nimmt man einen Auftrag in einem Supermarkt an, wird genau vorgegeben wo, was und wie Fotos anzufertigen sind. Siehe hierzu die folgende Aufgabenbeschreibung, sowie den Auszug aus den FAQs, warum Aufträge abgelehnt werden. Darin zeigt sich, wie genau die Aufgaben durchzuführen sind.

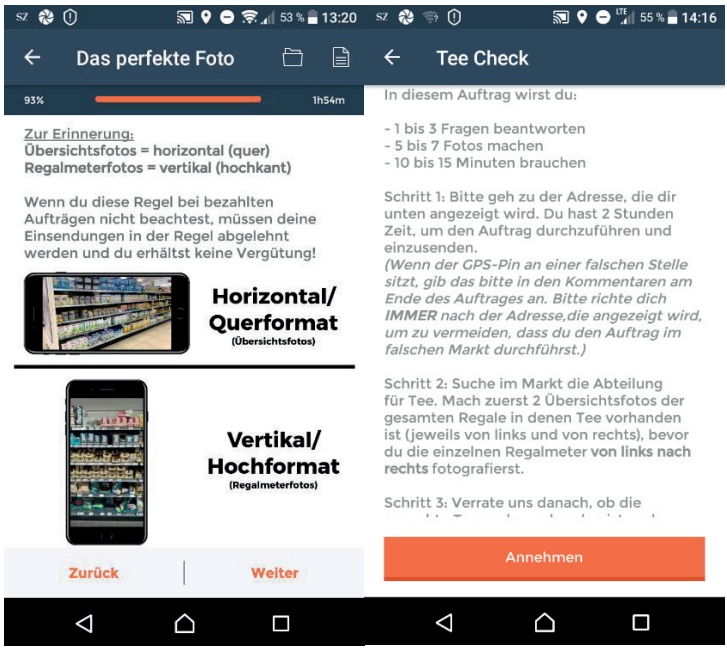
800 Seit BAG, Urteil vom 13. Dezember 1962 – 2 AZR 38/62 –, BAGE 14, 11; zuletzt BAG, Urteil vom 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, juris („Musikschullehrerin“).

801 BAG, Urteil vom 11. März 1998 – 5 AZR 522/96 –, NZA 1998, 705–707 („Sprecher als AN“); BAG, Urteil vom 22. April 1998 – 5 AZR 2/97 –, Ls. nach juris „1. Kameraassistenten sind in aller Regel Arbeitnehmer.“

802 BAG, Urteil vom 22. April 1998 – 5 AZR 191/97 –, NZA 1998, S. 1275–1277 („gestaltender Rundfunkmitarbeiter kein AN“).

803 *Brynjolfsson/McAfee*, Second Machine Age, S. 113.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Wie kann ich es vermeiden, dass mein Auftrag abgelehnt wird?

Gemeinsam mit den Roamlern wollen wir für unsere Kunden wertvolle Daten sammeln. Aufträge werden nicht akzeptiert, wenn:

- Der Auftrag nicht am vorgegebenen Ort durchgeführt wurde
- Die Fotos verschwommen sind (aus einer zu großen Distanz gemacht wurden, zu hell oder dunkel sind oder verschwommen sind)
- Fotos nicht mit den Vorgaben der Auftragsbeschreibung übereinstimmen
- Fotos von einem Bildschirm gemacht wurden, von anderen Fotos oder von Fotos, die du davor gemacht hast, abfotografiert wurden (außer wenn angegeben wurde, dass dies erlaubt ist)
- In jeglicher Art unangemessene Fotos vorhanden sind
- Wenn du zu wenig Aufwand für deine Antwort aufgebracht hast (Bitte achte auf die Mindestanzahl der Wörter)
- Wenn deine Antworten nicht mit den Fotos übereinstimmen
- Wenn Fotos aus einem Auto heraus gemacht wurden.

Abbildung 35: eig. Screenshot vom 21.08. und 03.12.2019

Die andere Frage ist, ob es sich bei den Tätigkeitsbeschreibungen überhaupt um Weisungen handeln kann oder ob es Vertragsklauseln sind, die die erwartete Leistung konkret beschreiben.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach Ansicht der Verfasserin kann diese Frage jedoch dahinstehen, denn wenn sie keine freie Gestaltung iSd. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB mehr zulassen, werden sie in der Sache einer Weisung gleichgesetzt und wertungsmäßig zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft berücksichtigt.

Für diese Auslegung sprechen auch die sog. Eismann-Fällen, hierbei verneinten sowohl das BAG als auch der BGH eine Selbstständigkeit, weil die Verträge so weitgehende Vorgaben über die Tätigkeit enthielten, dass eben keine freie Gestaltung vorlag.[804]

Beim BAG hieß es in einer der Entscheidungen hierzu:

> *„Der hinreichende Grad persönlicher Abhängigkeit zeigt sich nicht nur daran, dass der Beschäftigte einem Direktionsrecht seines Vertragspartners unterliegt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit betreffen kann, sondern kann sich auch aus einer sehr detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben.“*[805] [Hervorhebung durch Verf.]

Für eine wertungsmäßige Gleichsetzung zwischen einer vertraglich genau umschriebenen Leistung mit einer Weisung spricht auch *Wank*, wenn er meint:

> *„Es macht in der Sache keinen Unterschied, ob der Vertragspartner dem Beschäftigten ein für alle Mal im Einzelnen vorgibt, wie er bestimmte Arbeitsabläufe zu vollziehen hat, oder ob es ihm jeden Tag neu erklärt wird.“*[806]

Das bedeutet jedoch nicht, dass beides das Gleiche sei; es mache nur eben *keinen Unterschied in der Sache*.

Ähnlich heißt es bei *Kreuder*:

> *„Es ist daher folgerichtig, vertraglich fixierte Einzelregelungen einer vorweggenommenen Weisung gleichzustellen und die betreffenden Erwerbstätigen als Arbeitnehmer anzusehen.“*[807]

---

804 BAG, Urteil vom 16.07.1997 – 5 AZB 29/96, NZA 1997, S. 1126; BGH, Urteil vom 04.11.1998 – VIII ZB 12/98, NZA 1999, S. 53.

805 BAG, Urteil vom 19.11.1997 – 5 AZR 657/96, BAGE 87, S. 129 (135); ähnlich BAG, Urteil vom 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 103.

806 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (147).

807 *Kreuder*, AuR 1996, S. 386–392 (392).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schliemann wirft die Frage auf, ob eine zu strenge vertragliche Bindung nicht auch als Zeichen für eine persönliche Abhängigkeit gewertet werden könnte, wobei dann zu fragen wäre, ob es eine „*hinreichende*" persönliche Abhängigkeit wäre.[808]

Noch vor der Zeitungszusteller-Entscheidung äußerte sich *Bauschke* und meinte:

> „*Gleichwohl kann es für den betroffenen Mitarbeiter nicht entscheidend sein, ob sich die von ihm zu befolgenden Anweisungen aus detailliert festgelegten Vertragsbestimmungen oder aus dem jeweils konkret ausgeübten Weisungsrecht ergeben.*"[809]

Wie oben dargestellt, ist die gesamte Tätigkeit genauestens im Vertrag beschrieben. Es besteht somit kein Anlass die Crowd Worker anzuweisen. Gerade wenn man sich die Formulierung bei Roamler ansieht, wo es heißt,

> „*In diesem Auftrag wirst du:*
> *1–3 Fragen beantworten*
> *5–7 Fotos machen*
> *10–15 Minuten brauchen*",

liegt die Vermutung nahe, dass es sich dem Grunde nach um eine vorweggenommene Weisung handelt. Ebenso, wenn man sich ansieht, wie die Bilder anzufertigen sind. Hierbei wird ganz konkret vorgegeben, was die Plattform verwerten kann. Stellt man sich vor, dass ein Crowd Worker bei Roamler nicht über eine App die Aufgaben angezeigt bekommen würde, würde er/sie sich zu Roamler begeben oder dort anrufen. Nachdem klar wäre, dass Produkte in einem Supermarkt abzufotografieren wären, würde ein Roamler Mitarbeiter/in sagen, was zu tun wäre und er/sie würde es wohl genauso formulieren, wie es in der App erscheint. Wahrscheinlich würde nicht bezweifelt werden, dass es eine Weisung ist.[810]

Die konkrete Beschreibung der Durchführung der Tätigkeit bei clickworker und Roamler sind wie vorweggenommene Weisung zu werten. Die Situation, in der Crowd Worker die detaillierte Aufgabenbeschreibung erhalten, stellt sich für sie immer gleich dar – ganz gleich, ob als

808 *Schliemann*, RdA 1997, S. 322–326 (326).
809 *Bauschke*, RdA 1994, S. 209–215 (212).
810 *Risak* exerziert durch, wie eine Kategorisierung von Produkten offline stattfinden würde, ZAS 2015, S. 11–19; Däubler spielt einen Fall des Microtaskings ebenfalls „analog" durch, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkrete Tätigkeitsbeschreibung im Vertrag oder ob ihnen per Weisung mitgeteilt würde, wie diese Aufgabe zu bewältigen wäre. Das Tückische an sehr detaillierten Leistungsbeschreibungen im Vertrag ist, dass sie arbeitsrechtliche Regelungen durch die bloße Genauigkeit der Leistungen umgehen könnten.[811] Schutz oder Nicht-Schutz des Arbeitsrechts kann jedoch nicht davon abhängen, wie raffiniert Verträge formuliert werden.

Im Gegenteil, bei einer bereits im Vertrag formulierten umfassenden Vorgabe der Arbeitspflicht, ist die persönliche Abhängigkeit noch viel stärker ausgeprägt als wenn Arbeitnehmer/innen gewissen Freiraum bei der Durchführung genießen, so dass dies erst recht für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht.[812]

Die bleibende Frage ist, ob die konkreten Beschreibungen nun unter die Weisungsbindung oder die Fremdbestimmung zu subsumieren sind. Es besteht aus Sicht der Verfasserin kein Grund, diese vorweggenommenen Weisungen nicht unter die fachliche Weisungsbindung zu subsumieren.[813] Die Rechtsprechung selbst spricht ja von vorweggenommenen Weisungen und scheint damit auch das Bild vor Augen zu haben, dass ohne die vertraglichen Festlegungen, Weisungen ausgesprochen würden. In der Literatur wird die vorweggenommene Weisung oder *gebündelte Weisung*[814] als Weisung angesehen, die nur ein Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts geben könnte.[815]

Selbst wenn man dies verneinen sollte, so könnte man über die Fremdbestimmung ebenfalls zu einer persönlichen Abhängigkeit kommen.[816]

---

811 *Bauschke*, RdA 1994, S. 209–215 (212); *Pacha*, Crowdwork, S. 175; *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 248.

812 BAG, Urteil vom 25.09.2013 NZA 2013, 1348; BAG, Urteil vom 30.09.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999 S. 374 (376); ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 33; *Schliemann*, RdA 1997, S. 322–326 (326).

813 A.A. *Fischels*, wobei er von konkreten Leistungsbeschreibungen ausgeht, die nicht als Weisung zu sehen sind, Arbeitnehmerbegriff, S. 250.

814 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 17, Rn. 13.

815 *Kreuder/Matthiesen-Kreuder* in HK-ArbR, §§ 611, 611 a BGB, Rn. 83; *Bauschke*, RdA 1994, S. 209–215 (212); *Schliemann* zieht es in Betracht, relativiert es aber auch, RdA 1997, S. 322–326 (326).

816 *Kreuder*, AuR 1996, S. 386–393 (392); *Wank*, AuR 2017, S. 140 -153 (147); *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 20; *Wedde*, AiB Extra September 2015, S. 26–31 (27); *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–997 (987); *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68); Preis bespricht die Problematik vorweggenommener Weisungen ebenfalls unter Weisungsbindung, die vertragliche Festlegung bzgl. Arbeitszeit und -ort jedoch als Problem der Fremdbestimmung, ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 33, 35, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daneben müssen noch folgende Aspekte berücksichtigt werden:

Die Arbeitsbedingungen werden nicht ausgehandelt.[817] Wenn die Crowd Worker bei clickworker oder Roamler einen verfügbaren Auftrag iSd. invitatio ad offerendum anbieten, sind die Konditionen von Seiten der Plattformen vorgegeben. Die Crowd Worker können keinen Gegenvorschlag machen in dem Sinne, dass sie über Geld, Inhalt oder Arbeitszeit verhandeln. Sie bewegen sich innerhalb des Systems der Webseite oder App. Dort ist kein Raum für Verhandlungen. Das wird unter Hinzuziehung der AGB beider Plattformen noch deutlicher. Bei clickworker heißt es unter § 3.1 ihrer AGB:

> *„Clickworker stellt auf dem Workplace Projekte mit hierfür geltenden Konditionen vor…".*

Bei Roamler heißt es unter Nr. 6.1 ihrer AGB:

> *„Der Auftragnehmer gewährleistet, dass Aufträge gemäß der Auftragsbeschreibung in der App ausgeführt werden und dass alle im Auftrag und in möglicherweise darüber hinaus geltenden Aufträgen genannten Bedingungen erfüllt werden."*

Schließlich muss man sich klarmachen, dass sich Tätigkeitsbeschreibungen bei clickworker und Roamler zwar immer dem individuellen Auftrag anpassen, aber die Art der zu bewältigenden Aufgaben doch immer ähnlich ist:

Es geht meist um Textproduktion, Recherche und Ähnliches bei clickworker; es geht um Fotos des „Point of Sale" bzw. Warenpräsentation bei Roamler. Die Tätigkeiten sind immer auf die gleiche Art durchzuführen. Dafür sprechen vor allem die umfassenden Qualifizierungsmaßnahmen, die sowohl bei Clickworker als auch bei Roamler durchlaufen werden müssen, bevor Crowd Worker überhaupt einen Job anbieten können. Sie schreiben Texte, qualifizieren sich für besser bezahlte Aufträge und trainieren, wie bestimmte Aufträge zu bewältigen sind. Bei Roamler gibt es eine Anleitung, wie bestimmte Fotos von Produkten in Supermärkten anzufertigen sind, was beim Datenschutz zu beachten ist und wie die Fachbegriffe in der Aufstellung von Produkten heißen. Für all das muss man zwingend die sog. Roamler-Academy durchlaufen. Diese Schulungen und Vorgaben sind nichts anderes als digitale Handbücher. Wie wir oben

---

817 *De Stefano*, Comp. Lab. L and Pol. J. 2016, S. 471 (483); *Warter*, Crowdwork, S. 181; *Pacha*, Crowdwork, S. 175 hält es an dieser Stelle noch für möglich, lehnt es aber im Ergebnis ab.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesehen haben, sind umfassende Qualifizierungsrunden von den Crowd Workern zu durchlaufen. Die Tatsache, dass diese Schulungen ausgelagert sind, kann nicht dazu führen, dass diese allgemeinen Anleitungen nicht als eine Art digitale Handbücher zu sehen sind. Zumal man bei jedem Auftrag daran erinnert wird, dass man die Aufgaben wie in der Roamler-Academy „gelernt", auszuführen haben (siehe Abbildungen oben) Bei Roamler werden diese Schulungen auch explizit in Nr. 3.1 den Nutzungsbedingungen erwähnt:

> *„Die App ist eine Plattform, auf der Roamler den Auftragnehmer über Aufträge und Schulungsprogramme informiert und auf der der Auftragnehmer diese Aufträge zu den Bedingungen annehmen kann, die in der App beschrieben sind."*

Diese digitalen Handbücher schränken die Gestaltungsfreiheit so ein, wie sie bereits die analogen Handbücher in den Eismann-Fällen zu beschränken vermochten.[818]

Das zusammengenommen spricht für eine umfassende fachliche Weisungsbindung der Crowd Worker bei Roamler und Clickworker.

Gleichwohl wird man eine Abgrenzung der arbeitsvertraglichen Weisung gegenüber werkvertraglichen Weisungen oder solchen aus freien Dienstverträgen vornehmen müssen, da auch diese Vertragsarten Weisungen kennen.

(b) Abgrenzung (insbesondere) werkvertraglicher Weisungen von solchen des Arbeitsvertrages

Oben ist das Spannungsverhältnis zwischen Weisungsrechten und präzisen Leistungsbeschreibungen eines Vertrages angesprochen worden. In demselben Problemkreis bewegt man sich, wenn man sich Weisungen in den unterschiedlichen Vertragstypen anschaut, denn die Weisung ist nichts arbeitsvertragsspezifisches, sondern ist sowohl im Dienstvertrag in § 618 Abs. 1 BGB als auch als Anweisung im Werkvertrag in § 645 Abs. 1 S. 1 BGB zu sehen. Die Crux liegt darin, arbeitsvertragliche Weisungen von Weisungen anderer Verträge zu unterscheiden.[819]

Die hier in Frage stehenden vorweggenommenen Weisungen sind auch nicht als werkvertragliche oder solche eines freien Dienstverhältnisses zu

---

818 BAG, Beschluss vom 16.07.1997 5-AZB 29/96, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 37.
819 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 257.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begreifen. Zwar gibt es in der Literatur die Auffassung, dass sich die Vorgaben bei Crowd Work auf ein funktional abgrenzbares Arbeitsergebnis beziehen und somit die werkvertragliche Weisung näher liege als die arbeitsvertragliche.[820] Das ist m.E. aus mehreren Gründen vorliegend nicht der Fall:

- Werkvertragliche Anweisungen iSd. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB liegen vor, wenn über die bei Werkverträgen notwendige Werkbeschreibung hinausgegangen wird; der Besteller gibt dann nicht nur Anregungen oder äußert Wünsche, wie ein Werk zu erbringen ist, sondern er greift in die Verantwortung des Unternehmers ein und konkretisiert den Leistungsinhalt.[821]
- Von § 645 Abs. 1 BGB ist gedeckt, dass der Besteller dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen erteilt, die sich nicht auf die Art und Weise der Arbeitsleistung (z.B. Inhalt, Zeit, Ort, Tempo, Ausführung), sondern auf die Ausführung des Werks (z.B. bestimmte Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl) beziehen, erteilt.[822]
- Eine interessante Entscheidung des BAG vom 25.09.2013 verdient an dieser Stelle eine vertiefte Auseinandersetzung. In der Sache ging es um die Entfristungsklage eines wissenschaftlichen Mitarbeiters des Landesdenkmalamtes Bayern. Zu seinen Tätigkeiten zählte die Anfertigung von Befundberichten, die Kartierung und Einarbeitung der Fundberichte in die Ortsakten und Eingabe in den PC und ähnliche nachbereitende Tätigkeiten, die genau umschrieben waren. Er musste seine Tätigkeit wegen der notwendigen Dateneingabe in die behördeneigene Datenbank in Dienststellen des Denkmalamtes erbringen. Seine Leistung erbrachte er stets auf der Grundlage eines Werkvertrages. Der Kläger begehrte die Feststellung, dass er nicht auf der Grundlage eines Werkvertrages, sondern eines Arbeitsvertrages tätig war. Die beiden Vorinstanzen erkannten auf Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und das BAG bestätigte diese Entscheidungen. In diesem Urteil heißt es[823]:

  „Ob ein Werkvertrag, ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis besteht, zeigt der wirkliche Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass Parteien

820 *Selzer*, Junge Arbeitsrechtler 2015, S. 27–43 (38), *Deinert*, Soloselbstständige, S. 22; *Pacha*, Crowdwork, S. 176 f.
821 BeckOK BGB/*Voit*, § 645 BGB Rn. 10.
822 BeckOK ArbR/*Kock*, 54. Ed. 1.12.2019, AÜG § 1 Rn. 58.
823 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben; ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer wird nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer (vgl. ErfK/Preis 13. Aufl. § 611 BGB Rn. 13)."

- In der Entscheidung kommt die Ablehnung zum Ausdruck durch Werkverträge Arbeitsrecht zu umgehen. Die Entscheidung arbeitet ein Problem sehr gut heraus, was *Maschmann* das Abgrenzungsproblem nennt. Danach teile sich jede Vertragsqualifikation in ein Abgrenzungs- und ein Einordnungsproblem.[824] Mit der Abgrenzung werden abstrakt-generelle Merkmale festgelegt, die verschiedene Vertragstypen voneinander unterscheidbar machen. Der Counterpart zur Abgrenzung ist die Einordung; die meint nichts anderes als die juristische Subsumtion – die Zuordnung eines konkreten Vertrages aufgrund seiner „Rechte- und Pflichtenstruktur" zu einem bestimmten Vertragstyp.[825] Die ist für den Einzelfall vorzunehmen. Gerade das bringt Rechtsanwender/innen im Fall der Abgrenzung Weisung im Arbeitsvertrag und (An-)Weisung im Dienst- oder Werkvertrag an die Grenzen. Nach der zitierten Entscheidung spricht es eher für einen Arbeitsvertrag, wenn sich die zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers richten und wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird.[826] An dieser Stelle zeigt sich, wie wichtig die Unterscheidung zwischen Weisung und vertraglicher Festlegung ist.[827] Gleichwohl bleibt das Einordnungsproblem: *Fischels* versucht das Problem so zu lösen: „*Je mehr also Weisungen die Durchführung der Leistung und weniger rein das Ergebnis betreffen, desto mehr spräche für die persönliche Abhängigkeit.*"[828]
- Dies deckt sich bereits mit früheren Entscheidungen des BAG, wonach werkvertragliche Anweisungen gegenüber solchen des Arbeitsvertrages „*sachbezogen und ergebnisorientiert*" sein sollten.[829] Die ökonomische Ausgangslage ist dabei auch zu berücksichtigen: Der Besteller eines

824 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 29 ff.
825 *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 30.
826 BAG, Urteil vom 25.09.2013 10 AZR 282/12, Rn. 17.
827 So auch *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 276.
828 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 277.
829 BAG, Urteil vom 30.01.1991 – AZR 497/89, AP AÜG § 10 Nr. 8; Becker, DB 1988, S. 2561 (2565); *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 187; ders., NZA 2013, S. 1305–1312 (1308); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 274; andere Abgrenzungsformeln: Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 146 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dienstes oder Werkes möchte gerade keine eigene Leistung erbringen, sondern eine fremde Leistung auf dem Markt einkaufen.[830]

- Damit ist die Grenze vom Arbeitsvertrag zum Werkvertrag dort überschritten, wo Weisungen den Leistungsgegenstand erst festlegen.[831] Hierzu kann eine Testfrage helfen, den Vertragstypus zu klären:[832] Wem steht die Urheberschaft an der Leistung zu?[833] Ist die Leistung mit der Person des Leistungserbringers untrennbar verbunden und ihr zurechenbar? Das wurde angenommen bei der Vorstellung von Zirkusartisten, die ein Kunststück einstudiert hatten, die ein Zirkus wiederum als Leistung einkaufte. Hier ist deutlich, dass die Leistung einen gestalterischen Wert hat, der mit den Leistungserbringern untrennbar verbunden ist.[834] Dies spricht dann für eine eigenständige Leistung am Markt und somit gegen ein Arbeitsverhältnis.[835]
- In der Denkmalpfleger-Entscheidung des BAG kam es auch ganz wesentlich darauf an, ob ein abgegrenztes Werk vorlag. So heißt es dort[836]:

> *„Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber" durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer" zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss (vgl. BAG 9. November 1994 -7AZR 217/94-zu III2b der Gründe, BAGE 78, 252). Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, so kann auch darin ein Indiz gegen eine werk-und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen*

830 BAG, Urteil vom 30.01.1991 – AZR 497/89, AP AÜG § 10 Nr. 8; BAG, Urteil vom 13.05.1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, S. 357 (359); BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288–392 („Zirkusartisten"); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 275; mwN. *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 187.

831 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 275.

832 *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774 (763).

833 So der Ansatz des BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288–392 („Zirkusartisten"), Rn. 22 nach juris.

834 BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288–392 („Zirkusartisten").

835 So auch BAG, Urteil vom 27.06.2017 – 9 AZR 851/16 – nach juris Rn. 25; *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774 (763).

836 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist. Zwar steht auch einem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer das Recht zu, Anweisungen für die Ausführung des Werks zu erteilen (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu den Auswirkungen auf die Vergütungsgefahr). Davon abzugrenzen ist aber die Ausübung von Weisungsrechten bezüglich des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung (Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert 7.Aufl. § 3 Rn. 137). Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, können im Rahmen eines Werkvertrags erteilt werden (vgl. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 14); wird die Tätigkeit aber durch den „Besteller" geplant und organisiert und wird der „Werkunternehmer" in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Werks" faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe."

- In die gleiche Richtung gehen die Erwägungen, dass eine Leistung nicht selbstständig, d.h. nicht im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages erbracht werde, wenn ihre Bedeutung erst durch die Wertschöpfungsprozesse und unter Einbeziehung der Ressourcen des Auftraggebers, einen Marktwert erlange.[837]
- Das ist sowohl bei den Tätigkeiten bei Clickworker als auch bei Roamler der Fall. Die dargestellten Schritt-für-Schritt Anweisungen bzgl. der Aufgaben bei Clickworker und Roamler beziehen sich nicht nur auf das Ergebnis, sondern sie *strukturieren* den Weg zum Arbeitsergebnis so stark, dass von einer freien Gestaltung der Durchführung keine Rede sein kann. Erst durch diese *Anleitung wird der Leistungsgegenstand konkretisiert* und damit liegt eine arbeitsvertragliche Leistung näher als eine werk- oder dienstvertragliche Leistung.

  Zuzugestehen ist, dass es im Allgemeinen schwierig ist, diese Fälle sauber voneinander zu trennen: Die Vertragsparteien haben einen weiten Spielraum darüber, was ein „Werk" sein kann. Dieser Freiraum ermöglicht es, auch Weisungen auszusprechen, die sich dann nur auf das Werk beziehen. Umgekehrt kann man den Erfolg einer Handlung kaum von der Durchführung dieser Handlung trennen; so sind die meisten *„sachbezogenen und ergebnisorientierten"* Weisungen auch Weisungen bezüglich der Durchführung der Tätigkeit.[838] Und so sind es

837 *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774 (763).
838 *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 276.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einige, die eine solche Unterscheidung wenig überzeugend finden.[839] Das mag in anderen Fällen zutreffen.

- In diesem Fall ist die Abgrenzung unproblematisch, denn es fehlt m.E. bereits an einem abgrenzbaren Arbeitsergebnis. Crowd Work Initiativen parzellieren in der Regel große Arbeitsaufträge in viele kleine. Diese kleinen Aufträge werden in die Crowd ausgelagert und schließlich nach Erledigung wieder in den Wertschöpfungsprozess der Plattform integriert.[840] Es ist folglich ein unselbstständiger Produktionsschritt. Nach Ansicht des BAG ist in diesem Zusammenhang auch relevant, *„in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist."*[841]
  Natürlich muss man hier genau unterscheiden: Einen *selbstständigen* Produktionsschritt kann ein Unternehmen auslagern und die Leistung mittels eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages quasi „einkaufen" – ein klassischer Fall einer ökonomischen „Buy"-Entscheidung (s.o.). Aber diesen Fall haben wir nicht: Die Aufgabe der Crowd Worker wird in die Wertschöpfung reintegriert, sie wird entsprechend angepasst und als Gesamtpaket den Endkunden abgeliefert. In dem Kapitel, wo es um die Arbeitsorganisation von Clickworker und Roamler ging, ist das jeweils genau beschrieben worden.[842] Die Hauptaufgabe der Plattformen besteht darin, den Gesamtauftrag in einzelne Teilaufgaben aufzugliedern. Undiplomatisch wird von einem digitalen Taylorismus gesprochen.[843] Crowd Worker sind damit in hochgradig standardisierte und vorstrukturierte, arbeitsteilig organisierte Bearbeitungsabläufe integriert (s. Abb.).[844] Was Crowd Worker zu tun haben, ist so eng vorgegeben, dass kaum Raum für eine freie Gestaltung bleibt.
- In diesem Zusammenhang ist es relevant zu verstehen, dass Crowd Work Plattformen für eine bestimmte Form von Arbeit erst einen Markt geschaffen haben. Wenn man nämlich damit argumentiert, dass die Crowd Worker Selbstständige seien, die ihre Leistung frei anbieten könnten, wird verkannt, dass dies nur über die Crowd Work Plattformen geht. Sie können nicht Texte schreiben, Produkte in Onlineshops kategorisieren, Produkte im Supermarkt abfotografieren und ähnliches

839 *Greiner*, NZA 2013, S. 697- 701 (699); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 276; *Kocher* in: Hensel et. al. (Hrsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 179.
840 Siehe unter § 3 B. I. 3. Arbeitsorganisation.
841 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, Rn. 17.
842 Siehe unter § 3 B. I. 3. Arbeitsorganisation.
843 *Strube* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, S. 85.
844 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehr, weil es für diese *Einzelleistungen* keinen Markt gibt. Dieser Markt wird erst durch Crowd Work Plattformen geschaffen, weil sie diese Aufträge von Großkunden bekommen.

(c) Zwischenergebnis

Crowd Workern bei Roamler und Clickworker werden umfassende Vorgaben gemacht, wie ihre Leistung zu erbringen ist. Dies lässt keine freie Gestaltung der Tätigkeit zu.[845] Die sehr konkrete Beschreibung der Durchführung im Vertrag ist eine vorweggenommene Weisung die wertungsmäßig einer Weisung gleichzusetzen ist. Dies begründet eine fachliche Weisungsbindung der Crowd Worker auf Clickworker und Roamler. Bei diesen Weisungen handelt es sich auch nicht um solche eines Werk- oder freien Dienstvertrages, denn es handelt sich um unselbstständige Produktionsschritte, es fehlt am Werk und am freien Markt für solche Werk- und Dienstleistungen. Ob aus der fachlichen Weisungsbindung eine persönliche Abhängigkeit resultiert, kann sich nur im Zusammenspiel mit den anderen Voraussetzungen wie Zeit, Ort und Fremdbestimmung ergeben, die im Folgenden zu prüfen sind.

(3) Zeitliche Weisungsbindung

Die zeitliche Weisungsbindung ergibt sich nunmehr gesetzlich aus § 611a Abs. 1 S. 2 und S. 3 2. Alt. BGB. Weisungsgebunden in zeitlicher Hinsicht ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung sowie der Umkehr aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB.[846] Zeitliche Weisungsbindung kann unterschiedlich ausfallen. Sie wird angenommen, wenn Dienstverpflichtete die Dauer und Lage ihrer Arbeitszeit nicht frei bestimmten können.[847] In diesem Fall

845 A.A. *Pacha*, Crowdwork, S. 176.

846 Siehe nur BAG Urteil vom 27.10.1956 – 2 AZR 297/54, AP ZPO § 554 Nr. 3, Urteil vom 07.02.1957 – 2 AZR 440/54, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 18; Urteil vom 19.05.1960 – 2 AZR 197/58, AP ArbGG 1953 § 5 Nr. 7; BAG, Urteil vom 26.07.1995 – 5 AZR 22/94 – NZA 1996, S. 477–480.

847 Siehe nur BAG, Urteil vom 20.01.2010 – 5 AZR 106/09 – NJOZ 2010, S. 1705–1707 (1706); BAG, Urteil vom 14.06.2016, 9 AZR 305/15 Rn. 22 ff. zitiert nach juris; BAG, Urteil vom 27.06.2001 – 5 AZR 561/99, BAGE 98, S. 146; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ging es um einen Lehrer an der Abendrealschule, der als Honorarkraft im freien Dienstverhältnis beschäftigt wurde und nach Beendigung des Vertrages darauf klagte, dass er Arbeitnehmer sei.[848] Eine zeitliche Weisungsbindung wurde angenommen bei der Gestaltung der Arbeitszeit durch die Beklagte, da der Unterricht immer in zwischen 18:00 Uhr und 21:30 Uhr stattzufinden hatte. Ein weiteres Anzeichen für eine zeitliche Weisungsbindung ist, wenn Dienstberechtige ihre Beschäftigten einseitig ohne deren Zustimmung in Dienstpläne eintragen können.[849] Der Abruf einer bestimmten Dienstleistung und damit die Weisungsbindung bzgl. der Lage der Arbeitszeit führen regelmäßig zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses.[850] Insbesondere, wenn ein Ablehnungsrecht die vertraglichen Beziehungen gefährden würde und damit faktisch nicht besteht.[851] Eine zeitliche Weisungsbindung kann im Vertrag fixiert sein, so dass eine Weisungsausübung im Einzelfall nicht erforderlich ist.[852] Ein Arbeitsvertrag kann also bereits angenommen werden, wenn Verpflichtete eine zweck- und zeitbestimmte Arbeitsleistung mit im Voraus nicht abgegrenzten Einzelleistungen zugesagt haben.[853] Nicht per se zeitlich weisungsabhängig ist, wer verspricht, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen oder zu erbringen.[854]

Das kann Arbeitnehmer/innen wie Selbstständige bestreffen, so dass hier kein Argument für ein Arbeitsverhältnis gewonnen werden kann.[855] Gegen die zeitliche Weisungsbindung spricht, dass zwar Fristen gesetzt sind, diese aber so bemessen sind, dass die Arbeitszeit innerhalb des Zeitrahmens wiederum frei eingeteilt werden kann.[856]

---

848 BAG, Urteil vom 20.01.2010 – 5 AZR 106/09 – NJOZ 2010, S. 1705–1707 (1706).

849 BAG, Urteil vom 16.03.1994 – 5 AZR 447/92, NZA 1994, S. 1132–1134 (1134) „Co-Pilot"; Urteil vom 16.02.1994 – 5 AZR 402/93, NZA 1995, S. 21–24 (23) „Rundfunkmitarbeiter"; Urteil vom 12.06.1996 – 5 AZR 960/94, NZA 1997, S. 191–194 (193) „studentischer Tankwart"; Urteil vom 08.11.2006 -5 AZR 706/05, NZA 2007 S. 321–325 (322) „Musikarchivar".

850 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 36.

851 BAG, Urteil vom 19.01.2000 – 5 AZR 644/98 – NZA 1998, S. 839–840 (840) „Fotoreporter"; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 35.

852 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 35.

853 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 36.

854 BAG, Urteil vom 22.08.2001, NZA 2003, S. 662.

855 BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, S. 878; BAG, Urteil vom 09.10.2002 – 5 AZR 405/01 – NJOZ 2003, S. 1578 (1580); BAG, Urteil vom 27.03.1991 – 5 AZR 194/90 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 36.

856 BAG, Urteil vom 22.08.2001 – 5 AZR 502/99, juris.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insgesamt wird über die zeitliche Weisungsbindung gesagt, dass sie in Zeiten der Digitalisierung immer mehr an Bedeutung verliert.[857]Arbeitnehmer/innen können in Vertrauensarbeitszeit, Gleitzeit mit Arbeitszeitrahmen etc. ihrer Tätigkeit nachgehen, sie sind dann zwar an die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes gebunden, aber abgesehen davon völlig frei, sich ihre Arbeitszeit einzuteilen.[858] So betrachtet ist das genau gegenteilig zu den frühzeitigen Entscheidungen des BAG, die eine Arbeitnehmereigenschaft verneinten, *wenn dem Arbeitnehmer die Chance einer freien Zeiteinteilung zukam*.[859] Insgesamt rückt die zeitliche Weisungsbindung in den Hintergrund, so dass sie v.a. für die Arbeitnehmereigenschaft spricht, wenn sie vorhanden ist, aber nicht unbedingt dagegen spricht, wenn sie nicht vorhanden ist. Im Zusammenhang mit Crowd Work ist zu fragen, wie tolerant die zeitliche Weisungsbindung gegenüber der zeitlichen Freiheit einer Tätigkeit ist.[860]

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob Crowd Worker bei ihrer Tätigkeit für Clickworker oder Roamler zeitlich weisungsgebunden sind.

Grundsätzlich ist bezüglich der Dauer der Arbeitszeit zu sagen, dass keine zeitliche Weisungsbindung vorliegt, wenn Arbeitende frei darüber entscheiden können, ob sie den nächsten Auftrag annehmen, bzw. ausführen.[861] Entspricht dies auch der tatsächlichen Vertragsdurchführung sind Arbeitende zeitlich nicht weisungsgebunden – das kann auch nicht durch noch so starke Bindungen hinsichtlich Durchführung, Ort und Fremdbestimmung „ausgeglichen" werden.[862]

Denn, wer sich der zeitlichen Bestimmung durch den Auftraggeber entziehen kann, zeigt, dass er/sie frei von der zeitlichen Verpflichtung durch den Auftraggeber ist.

---

857 Als nur einer von vielen *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (51), spricht von zeitlicher Diskontinuität.

858 BAG, Urteil vom 29.08.2013 – 2 AZR 273/12, Rn. 35 nach juris; BAG, Urteil vom 23.09.2015, 5 AZR 767/13, Rn. 31 nach juris.

859 Vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1957 – 2 AZR 440/54, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 18; Urteil vom. 19.05.1960 – 2 AZR 197/58, AP ArbGG 1953 § 5 Nr. 7.

860 Vgl. *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (53 f).

861 Repräsentativ an dieser Stelle das Urteil BAG, Urteil vom 14.06.2016, 9 AZR 305/15, Rn. 22 ff. zitiert nach juris; BAG, Urteil vom 27.06.2001 – 5 AZR 561/99, BAGE 98, S. 146.

862 *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (54).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

An dieser Stelle gilt es, die vertraglichen Vorgänge zu sortieren; wir haben zum einen den Nutzungsvertrag/Rahmenvertrag zum anderen die einzelnen Vertragsverhältnisse bzgl. der einzelnen Aufgaben. Dies ist bei der zeitlichen Weisungsbindung zu bedenken.

Aus dem Nutzungsvertrag selbst ergibt sich keine *konkrete* Pflicht zu bestimmten Zeiten oder in einem bestimmten Umfang zu arbeiten. Allerdings gibt es sowohl bei clickworker als auch bei Roamler eine indirekte Pflicht bestimmte Zeiten einzuhalten zu sehen.

Bei clickworker heißt es unter Nr. 3.2 Abs. 2 S. 2 ihrer AGB:

> *„Insbesondere werden Leistungen nicht mehr angenommen, wenn der von clickworker genannte Zeitraum zur Leistungserbringung überschritten ist.“*

Bei Roamler ist es unter Nr. 6.1 der AGB allgemeiner gefasst:

> *„Der Auftragnehmer gewährleistet, dass Aufträge gemäß der Auftragsbeschreibung in der App ausgeführt werden und dass alle im Auftrag und in möglicherweise darüber hinaus geltenden Aufträgen genannten Bedingungen erfüllt werden.“*

Darin ist jedoch kein Mindestumfang der Arbeitszeit oder ähnliches zu sehen, was zu zeitlicher Weisungsbindung führen würde.

Da dies aber vorerst nur den Rahmenvertrag betrifft und dieser selbst keine konkrete Pflicht zur Arbeitsleistung vorzeichnet, bleibt fraglich, ob die konkret abgeschlossenen Verträge eine zeitliche Weisungsbindung beinhalten.[863]

Auch hier fehlt es an einem wie auch immer gearteten Mindestumfang, überhaupt einzelne Verträge abzuschließen. Gleichwohl muss man sich fragen, ob das „*ob*“ dann für solche Fälle der richtige Anknüpfungspunkt ist.

Wie bereits oben festgestellt wurde, werden Unternehmen, die nach einem Plattformmodell organisiert sind, nie einen Mindestumfang oder eine bestimmte Arbeitszeit in Rahmen- oder Einzelverträge schreiben müssen.

Mit der herkömmlichen Betrachtungsweise käme man zu einer zeitlichen Freiheit, die „statusschädlich“ ist, Crowd Worker wären nicht nur hier, sondern einfach nie Arbeitnehmer/innen.

Die Tatsache, dass das Angebot zur Arbeitsleistung immer von den Crowd Workern kommt, entbindet Plattformen davon, ihre Kerntätigkeit

---

863 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

so zu organisieren, dass sie es mittels zeitlicher Verpflichtung steuern müssen, ob die Arbeit erledigt wird oder nicht. Es geht dabei auch nicht um die arbeitsrechtlich bekannten Probleme der ständigen Dienstbereitschaft.[864] Bei diesem Feld geht es um die Frage, ob die einseitige Aufstellung von Dienstplänen ein zeitliches Weisungsrecht begründen kann, da der Leistungsempfänger diese ohne Mitwirkung seines Vertragspartners festlegen kann und dessen Bereitschaft erwartet werde.[865] In Bezug auf Crowd Work wird damit argumentiert, dass eben keine Dienstbereitschaft erwartet werde, da diese ein Interesse an der Flexibilität hätten.[866]

Aber diese Überlegung fruchtet nicht, denn es fehlt bereits an der Vergleichbarkeit zu diesen Fällen. Während Leistungsempfänger bei der Aufstellung der Dienstpläne bereits konkret die potentiellen Leistungserbringer „verplanen" können, sind Plattformen darauf nicht angewiesen. Das betriebswirtschaftliche Problem des Vorhaltens von Arbeitskraft bei gleichzeitiger Unwägbarkeit, ob diese tatsächlich abgerufen wird, stellt sich bei einem Geschäftsmodell wie Crowd Work nicht. Weiter wird angeführt, dass Crowd Worker ja das Recht hätten, einen Auftrag wieder abzubrechen und damit auch keine Dienstbereitschaft erwartet werde. Aber der Abbruch eines Auftrages hat nichts mit einem Ablehnungsrecht bei der „Dienstplan"-Rechtsprechung zu tun. Wie oben erläutert, stellt die Abbruchfunktion nach Vertragsschluss eine auflösende Bedingung dar. Der wahre Hintergrund der Abbruchfunktion ist, dass die Aufgabe nicht lange blockiert werden soll und sie nach einer bestimmten Zeit für andere Crowd Worker wieder verfügbar wird.[867] Dies unterstreicht aber umso mehr das soeben Gesagte: Die Unwägbarkeit, ob zu viel oder zu wenig Arbeitskraft vorgehalten wird, ist mit solchen Geschäftsmodellen kein unternehmerisches Problem mehr; das Problem genügend Arbeit zu haben, ist auf die Crowd verlagert.

Das BAG erkennt die zeitliche Flexibilität über das „ob" durchaus an: In der „*Cutterin*"-Entscheidung war die Arbeit so organisiert, dass die Klägerin durchaus Dienste ablehnen konnte und das auch tat; sie hatte es mithin in ihrer Hand, sich der zeitlichen Weisungsbindung durch den Dienstberechtigten zu entziehen und war dennoch Arbeitnehmerin.[868] Die

---

864 *Pacha*, Crowdwork, S. 167; *Warter*, Crowdwork, S. 177.
865 Besprochen unter: § 3 B. III. 1.
866 *Pacha*, Crowdwork, S. 167.
867 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 167; *Warter*, Crowdwork, S. 176.
868 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125, Rn. 27 dd).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidung ist für diesen Kontext relevant als sie die zeitliche Weisungsbindung vor allem *nach Übernahme* einer Schicht angenommen wurde; das BAG sieht diese zeitliche Weisungsgebundenheit als so strikt, weil die Klägerin innerhalb der Schichtpläne genaue Anfangs- und Endzeiten einzuhalten hatte und dabei ihre Zeitsouveränität aufgab.[869]

Zwar können die Crowd Worker entscheiden, wann sie die App öffnen oder die Webseite besuchen und nach Aufgaben schauen. Wenn sie sich jedoch für eine Aufgabe entscheiden, sind sie in einem engen zeitlichen Korsett. Deshalb gehen auch Argumente der Plattformen, dass Crowd Worker frei in ihrer Zeiteinteilung seien, fehl. Sie verwechseln die Frage des „Ob" mit der Frage nach dem „wie lange und wann". *Ob* sie überhaupt arbeiten, ist jedem Crowd Worker überlassen, wenn sie jedoch einen Vertrag schließen, ist es mit der zeitlichen Freiheit vorüber. Erwägungen, die aus dem „ob" eine zeitliche Flexibilität ableiten, überzeugen nicht, denn zu diesem Zeitpunkt gibt es noch keine Verpflichtung – gleich welcher Rechtsnatur.[870] Deshalb kann es naturgemäß keine zeitliche Weisungsbindung oder Fremdbestimmung geben.

Diese Überlegung greift auch hier: Für die Bestimmung der zeitlichen Weisungsbindung ist die Zeit nach Übernahme eines Auftrages relevant, dies gilt umso mehr als Crowd Worker ein Angebot abgeben müssen und die Plattform dank Technologie kaum eine „Organisationspflicht" hinsichtlich des „ob" der Arbeitsleistung trifft.

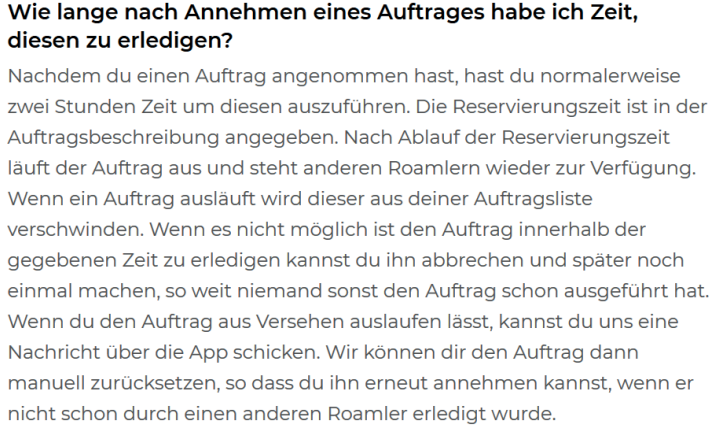
Wenn nach Vertragsschluss die detaillierte Aufgabe den Crowd Workern zukommt, wird auch die Zeit, die für den Auftrag voraussichtlich benötigt wird, festgelegt. Wobei hier zu unterscheiden ist, zwischen dem Zeitraum währenddessen die Aufgabe zu erbringen ist und der tatsächlichen Durchführung der Aufgabe. Bei allen untersuchten Plattformen wird ein Zeitraum angegeben innerhalb dessen eine Aufgabe zu erledigen ist. Bei Clickworker variiert das zwischen wenigen Minuten und mehreren Stunden. Was in den AGB von Roamler nicht erwähnt ist: Crowd Worker haben bei jeder Annahme eines Auftrages nur zwei Stunden Zeit diesen auszuführen, da er ansonsten wieder für den Rest der Crowd verfügbar wird (siehe Abb.).

---

869 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125, Rn. 27 dd).

870 So aber *Pacha*, Crowdwork, S. 170.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Wie lange nach Annehmen eines Auftrages habe ich Zeit, diesen zu erledigen?

Nachdem du einen Auftrag angenommen hast, hast du normalerweise zwei Stunden Zeit um diesen auszuführen. Die Reservierungszeit ist in der Auftragsbeschreibung angegeben. Nach Ablauf der Reservierungszeit läuft der Auftrag aus und steht anderen Roamlern wieder zur Verfügung. Wenn ein Auftrag ausläuft wird dieser aus deiner Auftragsliste verschwinden. Wenn es nicht möglich ist den Auftrag innerhalb der gegebenen Zeit zu erledigen kannst du ihn abbrechen und später noch einmal machen, so weit niemand sonst den Auftrag schon ausgeführt hat. Wenn du den Auftrag aus Versehen auslaufen lässt, kannst du uns eine Nachricht über die App schicken. Wir können dir den Auftrag dann manuell zurücksetzen, so dass du ihn erneut annehmen kannst, wenn er nicht schon durch einen anderen Roamler erledigt wurde.

Abbildung 36: eig. Screenshot vom 03.12.2019.

Beide Plattformen geben an, wie lange ein Crowd Worker in etwa für eine konkrete Aufgabe benötigt. Bei Roamler sind es in der Regel wenige Minuten. Bei Clickworker sind es zwischen wenigen Minuten und etwa 45 Min. Diese Zeit beinhaltet nur die Durchführung der bloßen Tätigkeit: Bei Roamler, die Beantwortung der Fragen sowie das Fotografieren der Produkte; bei Clickworker, die Textproduktion oder Kategorisierung. Es ist nicht transparent, wie die Plattformen die Arbeitszeit veranschlagen oder ob es realistisch oder angemessen ist. Vorbereitungs-, Bereitschafts- und Wegezeiten werden in dieser Zeit nicht berücksichtigt. Nach eigenen Angaben von clickworker können geübte Crowd Worker einen Stundensatz, der zwischen 9,50 – 11,50 EUR liegt, erreichen.[871]

Wie bereits bei der Durchführung der Tätigkeit ist hier fraglich, ob es sich hierbei um zeitliche Weisungen handeln kann oder um vertraglich festgelegte Leistungsbeschreibungen. Die Tatsache, dass zeitliche Vorgaben bestehen, gebietet nicht per se eine Entscheidung zugunsten eines Arbeitsvertrages, denn zeitliche Vorgaben können freie Dienst- und Werkverträge ebenfalls enthalten.[872]

871 So die Angaben unter: www.clickworker.de, abgerufen 22.05.2020.

872 BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, S. 878 (880); BAG, Urteil vom 27.03.1991 – 5 AZR 194/90 – NZA 1991, S. 933, 934; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der genaue zeitliche Umfang lässt auch hier keinen Raum für arbeitszeitliche Weisungen, da alles vertraglich im wahrsten Sinne minutiös festgehalten wird.

Hier muss jedoch differenziert werden:

Bei Clickworker wird nicht für eine bestimmte Art der Tätigkeit mitgeteilt, wie lange sie für diese Arten von Aufgaben arbeiten sollen. Also im Sinne von Schreibjobs dauern immer 2 h und Recherchen immer 15 Minuten. Das ist nicht der Fall, bei Clickworker werden immer die Zeiten für diesen konkreten Job über den sie einen Vertrag geschlossen haben, vorgegeben. Das spricht wiederum eher für eine Leistungsbeschreibung, die nicht automatisch zur Weisung wird, sondern einer solchen nur insoweit gleichgestellt ist, wenn keine freie Gestaltung über die Zeit stattfindet. Als Lage der Arbeitszeit könnte man hier sehen, dass für eine Aufgabe nur eine bestimmte Zeit festgelegt ist. Ab dem Zustandekommen des Vertrages hat man „x" Minuten/Stunden Zeit, die Aufgabe zu erbringen. Die Kürze spricht nicht per se gegen einen Arbeitsvertrag. Ein Arbeitsverhältnis hängt nicht davon ab, dass es eine Mindestdauer hat; auch ein Rechtsverhältnis mit nur wenigen Minuten Dauer kann ein Arbeitsverhältnis sein, wenn der/die Leistende persönlich abhängig ist.[873]

Allerdings ist die enge zeitliche Vorgabe keine freie Gestaltung der Arbeitszeit wie es § 611abs. 1 S. 3 BGB und § 84 Abs. 1 S. 2 HGB für Selbstständige vorsehen. Hier spielt dann auch die Nutzungsbedingung hinein, wonach eine Aufgabe automatisch abgelehnt wird, wenn sie zu spät erbracht wurde (*„Insbesondere werden Leistungen nicht mehr angenommen, wenn der von clickworker genannte Zeitraum zur Leistungserbringung überschritten ist." AGB Clickworker).* Einem echten Selbstständigen wird man zwar aufgeben können bis wann eine Leistung zu erbringen sein wird, man wird ihm/ihr aber kaum Vorgaben machen können, wie lange die Tätigkeit dauern soll und wie die Lage der Arbeitszeit liegen soll.

Bei Roamler ist es noch strenger. Die Durchführung der Aufgaben selbst dauert nur wenige Minuten. Der Zeitraum innerhalb dessen die Aufgabe zu erbringen ist, wurde mit zwei Stunden veranschlagt. Diese Zeit ist so knapp bemessen, dass kein Spielraum verbleibt, seine Arbeitszeit frei zu gestalten.[874] Eine so enge zeitliche Vorgabe kann eine persönliche Abhän-

873 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (17); *Warter*, Crowdwork, S. 159 ff.

874 Grundsätzlich: BAG, Urteil vom 07.05.1980 – 5 AZR 293/78 – AP § 611 BGB Abhängigkeit Nr. 35; *Berger-Delhey/Alfmeier*, NZA 1991, S. 257–260 (258); BAG, Urteil vom 22.08.2001 – 5 AZR 502/99, NZA 2003, S. 662, II. 2. b.; so auch BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR, S. 288 -292, Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gigkeit begründen, denn eine freie Gestaltung der Arbeitszeit ist darin nicht zu sehen.[875] Hier ist auch kein Zeitrahmen gegeben, der eine freie Zeitplanung ermöglichen würde.

Einige „*Checks*" bei Roamler haben noch eine weitere Besonderheit bzgl. der zeitlichen Lage der zu erbringenden Tätigkeit. Sie können nur zu einer bestimmten Zeit erbracht werden. So ist bei den sog. „Tankstellen-Checks" in den Arbeitsanweisungen zu lesen, dass diese Tätigkeiten nur von Montag-Freitag: 6.30 – 19.00 Uhr sowie am Samstag von 6.30 – 17.00 Uhr durchgeführt werden dürfen. Es wird darauf hingewiesen, dass in dieser Zeit am ehesten ein Ansprechpartner anzutreffen sein wird. An Sonn- und Feiertagen dürfen die Aufträge nicht durchgeführt werden. Ebenso ist zu beachten, dass „*Checks, die außerhalb dieser Zeiten erledigt wurden, …vom Reviewing abgelehnt [werden].*" Hier spricht einiges für eine zeitliche Weisungsbindung. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Zeiten, während derer die Aufgaben zu erbringen sind, tatsächlich nicht lang sind. In den vorgegebenen zwei Stunden müssen Crowd Worker einen Ort aufzusuchen, die entsprechenden Arbeiten verrichten und diese Arbeit in der App wieder „hochladen". Sind Aufgaben, die ausweislich der Aufgabenbeschreibung nur zu bestimmten Zeiten erbringbar und erfolgt eine Erledigung außerhalb dieser Zeiten, werden die Aufgaben per se abgelehnt. Gerade wenn es auch nötig ist, dass technische Einrichtungen erst zu einer bestimmten Zeit verfügbar sind, kann kaum von einer zeitlichen Gestaltungsfreiheit ausgegangen werden. *Preis* meint dazu: „*Zeitliche Weisungsgebundenheit liegt nicht nur bei einer vorgeschriebenen festen Arbeitszeit, sondern auch dann vor, wenn bei Online-Telearbeit, die Möglichkeit der Datenübermittlung zum Zentralrechner nur in begrenzten Zeiträumen möglich ist.*"[876] In eine ähnliche Richtung gehen auch *Haupt/Wollenschläger*, die eine zeitliche Weisungsbindung bejahen, wenn die Arbeitsergebnisse nur zu bestimmten Zeitpunkten übermittelt werden können.[877]

Da es Roamler vorbehalten ist, wie sie ihre Software programmieren, dass erledigte Aufgaben angenommen werden können, spricht einiges für eine zeitliche Weisungsbindung.[878] So entschied auch das Bundesarbeitsge-

875 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1035); *Klebe*, AuA 2016, S. 277–281 (279); *Berger-Delhey/Alfmeier*, NZA 1991, S. 257–260 (258).

876 ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 60.

877 *Haupt/Wollenschläger*, NZA 2001, S. 289–296 (292); *Boemke/Föhr*, BB 2000, S. 1360.

878 A.A. *Pacha*, Crowdwork, S. 169, sie spricht das Problem an, sieht darin ebenfalls eine persönliche Abhängigkeit, aber meint, dass solche Organisationsformen auf Crowdwork Plattformen nicht praktiziert werden. Das entspricht nicht

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richt in der Denkmalpfleger-Entscheidung, dass er zeitlich weisungsgebunden war.[879]

Der Rechner, in den die Daten einzugeben war, befand sich im Denkmalamt und demzufolge musste es geöffnet sein, damit er seiner Arbeit nachkommen konnte.

Er konnte nicht frei bestimmen, wann er dies tat, sondern war abhängig davon, dass die Behörde geöffnet war. Dies wiederum konnte die Behörde einseitig bestimmen.

Damit wurde eine zeitliche Weisungsbindung angenommen. Das ist vergleichbar mit der Tätigkeit bei Roamler, wo Crowd Worker bestimmte Aufgaben nicht immer hochladen können, sondern davon abhängig sind, dass die Rechner diese auch annehmen. Das bestimmt allein Roamler. Eine zeitliche Weisungsbindung ist darin zu sehen.

Schließlich ist festzuhalten:

Die Crowd Worker bei Clickworker unterliegen einer zeitlichen Weisungsbindung, da mit dem Anklicken einer Aufgabe enge zeitliche Vorgaben bestehen bis wann die Aufgabe eingereicht werden muss.

Crowd Worker bei Roamler unterliegen einer ähnlichen zeitlichen Weisungsbindung, die in einzelnen Fällen noch weiter gehen kann. Nämlich bei jenen Aufgaben, wo die Verbindung zum Server nur zu bestimmten Zeiten möglich ist. Sie können eben nicht jederzeit ihre Leistung erbringen, sondern sind davon abhängig, dass sie zeitlich freigeschaltet sind. Darüber hinaus ist die regelmäßige zeitliche Vorgabe von zwei Stunden so gering bemessen, dass darin keine freie zeitliche Gestaltung zu sehen ist.

(4) Örtliche Weisungsbindung

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich auch auf den Ort, wo die Arbeit zu erbringen ist; wenn Dienstleistende nicht frei darin sind, ihren Arbeitsort selbst zu bestimmten, liegt regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vor.[880] Örtliche Weisungsgebundenheit kann sowohl in räumlicher als auch in organisatorischer Hinsicht vorliegen.[881] Wobei hier zu unter-

---

dem Lebenssachverhalt, den die Verfasserin erfahren hat. Das wird praktiziert. Nicht von jeder Plattform, aber diese Form gibt es. Screenshots in dieser Arbeit belegen das.

879 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, S. 1348.

880 BAG, Urteil vom 13.01.1983 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 42.

881 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheiden ist, ob eine örtliche Bindung an einen bestimmten Betrieb oder Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers vorliegt.[882]

Die Unterscheidung kann dergestalt erfolgen, dass in dem einen Fall die örtliche Bindung im Vordergrund steht, während im anderen Fall die Einbindung in die betrieblichen und organisatorischen Abläufe sowie das Zusammenwirken mit den anderen Arbeitnehmer/innen und Arbeitsmitteln des Arbeitgebers relevanter ist.[883]

Bestimmte Arbeitsformen wie Außendienst, Heim- oder Telearbeit können das Kriterium der örtlichen Bindung stark einschränken, zumindest dann, wenn ihnen die Freiheit obliegt, keinen bestimmten Ort zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung aufsuchen zu müssen.[884] Andere Merkmale der Weisungsgebundenheit wie fachliche, zeitliche oder organisatorische Einbindung erhalten dann ein höheres Gewicht.[885] Gleichwohl können auch im Außenbereich tätige Mitarbeiter/innen örtlichen Weisungen unterliegen, wenn ihnen die Reihenfolge der abzuarbeitenden Tätigkeit aufgegeben wird.[886]

Ähnlich wie bereits bei der zeitlichen Weisungsbindung, verliert das Merkmal im Zuge der Digitalisierung der Arbeitswelt immer mehr an Relevanz, so dass auch hier verstärkt auf die übrigen Merkmale zu achten ist.[887]

Grundsätzlich kann Crowd Work von jedem Ort der Welt ausgeübt werden – bei rein online basierten Plattformen kann der Rechner, das Smartphone, Tablet etc. überall stehen. Man ist nur auf eine stabile Internetverbindung angewiesen. Daraus ist zu schlussfolgern, dass sie insoweit keiner örtlichen Weisungsbindung unterliegen, wo ihre Arbeit zu erbringen ist.[888] Bei Roamler muss noch der Ort, wo die Leistung zu erbringen ist, aufgesucht werden. Gleichwohl wird die Aufgabe dann über die Software der Plattform erledigt und hochgeladen – mithin dorthin, wo viele von einer sog. virtuellen Welt sprechen. Zwar können Crowd Worker wie

882 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 38; Münch-Hdb. ArbR /*Schneider*, § 18 Rn. 30.
883 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 30.
884 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 30.
885 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 59; *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (54).
886 BAG, Urteil vom 06.05.1998, NZA 1999, S. 205.
887 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 18, Rn. 31; *Däubler*, SR 2016, S. 2–45 (33); *Deinert*, RdA 2017, S. 65 -83 (66).
888 *Selzer*, Junge Arbeitsrechtler 2015, S. 27–45 (28); *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032 (1034); *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–990 (987); *Warter*, Crowdwork (österr. Recht), S. 173 f.; *Pacha*, Crowdwork, S. 170.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei Clickworker entscheiden, ob sie im Café, im Arbeitszimmer oder an einer Bushaltestelle in New York, Bremen oder Reutlingen ihrer Tätigkeit nachgehen, das Interface der Plattform ist ihnen in der sog. virtuellen Welt doch vorgegeben. Fraglich ist, ob dieser sog. virtuelle Arbeitsort bzw. Arbeitsplatz auch ein Arbeitsort iSd. § 611a BGB sein kann.

Zum einen ist ein virtueller Arbeitsplatz wie auf einer Plattform mit einem Arbeitsplatz in der offline Welt vergleichbar, da ein Crowd Worker auf die Gestaltung ebenso wenig Einfluss nehmen kann wie andere Arbeitnehmer/innen auf ihren betrieblichen Arbeitsplatz.[889] Einen Vorstoß lieferten *Haupt/Wollenschläger* im Jahr 2001 mit ihrem Aufsatz über den virtuellen Arbeitsplatz.[890] Darin erkennen sie die zunehmende Veränderung des Arbeitsplatzes durch moderne Informations- und Kommunikationssysteme. Sie sprechen von einem virtuellen Arbeitsplatz und grenzen diesen vom klassischen Arbeitsplatz ab:

> *„Unter dem Wort „virtuell" ist etwas nicht Reales, in Wirklichkeit nicht Vorhandenes zu verstehen. Der Arbeitsplatz ist der Ort, an dem Menschen ihre Arbeitsleistung erbringen. Durch die Verknüpfung der Begriffe virtuell und Arbeitsplatz entsteht der virtuelle Arbeitsplatz als eine Arbeitsstätte, die nicht in Form eines physischen Arbeitsplatzes innerhalb eines räumlichen Gebildes existiert, sondern durch die Nutzung von IuK* [Informations- und Kommunikationstechnologien] *ortsunabhängig und flexibel ist. Ein virtueller Arbeitsplatz kann somit überall dort sein, wo ein Anschluss an Netzwerke, Zentralrechner sowie Kundenrechner möglich ist."*[891] [Anm. d. Verf.]

Nach dieser Betrachtung würden Crowd Worker ortsunabhängig sein; ihr Arbeitsort wäre ein virtueller und ist somit dort, wo sie Anschluss an das Netzwerk haben. Ein zugewiesener physisch-realer Arbeitsplatz wäre darin nicht zu sehen. Eine örtliche Weisungsbindung wäre zu verneinen.

Hätte man die Verfasserin vor einigen Jahren gefragt, hätte sie an dieser Meinung nichts auszusetzen. Mittlerweile würde sie dem so nicht mehr zuzustimmen. Das Problem an dem – an sich progressivem – Vorstoß von *Haupt/Wollenschläger* ist, dass sie „Ort" immer noch als etwas Physisch-reales, Geographisch-greifbares interpretieren. Interessant ist auch, dass viele in Bezug auf das mobile Arbeiten von eine Delokalisierung sprechen.[892] So

889 *Pacha*, Crowdwork, S. 171; *Warter*, Crowdwork, S. 174.
890 *Haupt/Wollenschläger*, NZA 2001, S. 289–296 (290).
891 *Haupt/Wollenschläger*, NZA 2001, S. 289–296 (290).
892 *Kirchner/Beyer*, ZfS 2016, S. 324–339 (327).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entkoppelt sich Arbeit von einem bestimmten Ort, wo sie erbracht wird, z.B. dem Betrieb und kann überall erbracht werden. Auch in Bezug auf Crowd Work weist *Risak* auf die „*dislozierte Leistungserbringung*" hin.[893] Das ist aus Sicht der Verfasserin alles nicht falsch, aber es trifft den Kern nur fast. Denn zwar findet die Arbeit nicht mehr in einem physisch-realen Ort statt, aber sie findet doch an einem Ort statt.

Daran schließen sich weitere Überlegungen an: Kann man den Arbeitsort nicht als einen Raum verstehen, den der Arbeitgeber vorgibt und der seiner Herrschaft und seinem Einfluss unterliegt?[894]

Vergleicht man Crowd Worker Telefernarbeiter/innen, muss unterschieden werden:[895] Bei *ausschließlicher* Telefernarbeit wird örtliche Weisungsbindung dann angenommen, wenn es vom Arbeitgeber Vorgaben in Bezug auf bestimmte Orte gibt.

Bei *mobiler* Telefernarbeit mit wechselnden Orten wird örtliche Weisungsbindung verneint.[896] Allerdings wird auch bei diesen Ausführungen der Arbeitsort als etwas Physisch-reales, Geographisch-greifbares verstanden. Immer bleibt es jedoch bei der *herkömmlichen* Betrachtung des Arbeitsortes.

Die Verfasserin ist der Auffassung, dass eine Unterscheidung zwischen „virtuellem" und „realen" Arbeitsort so nicht mehr tragbar ist. Zwar ist die Wortbedeutung von „virtuell" als „nicht echt" dem Grunde nach korrekt, aber ein Ort kann eben auch in einem physisch nicht greifbaren Raum liegen und dennoch sehr „real" sein. Der Reihe nach:

(a) Virtuelle Orte im Internet – Vergleichbarkeit mit eSport und YouTube

Neben der Plattformarbeit gibt es auch in der professionellen eSport-Gaming Szene die Frage, ob ein virtueller Ort ein Arbeitsort iSd. örtlichen Weisungsbindung sein kann.[897] eSport ist das wettkampfmäßige Spielen von Video- und Computerspielen auf Computern und Konsolen; dies kann auch als professionelle Tätigkeit ausgeübt werden, so dass sich auch hier die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft des Spieler/der Spielerin

893 *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (16).
894 Das wirft *Pacha* exzellent auf, Crowdwork, S. 171.
895 *Pacha*, Crowdwork, S. 172.
896 *Preis* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 22.2, Rn. 29.
897 *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellt.[898] eSportler/innen müssen sich, um ihrer Tätigkeit nachzugehen in einer virtuellen Lobby einfinden, von wo aus das Spiel startet. Ein weiteres Beispiel für den der virtuelle Arbeitsort Relevanz entfaltet, sind Plattformen wie YouTube. Es hat sich in den letzten Jahren eine rege wirtschaftliche Tätigkeit auf YouTube entwickelt. Viele Menschen, die Videos hochladen tun das nicht nur aus einer intrinsischen, sondern aus einer wirtschaftlichen Motivation heraus.

Sie sind sog. Influencer, weil viele Menschen ihre Videos ansehen und bewerten. Das schafft Reichweite und in der „Aufmerksamkeitsökonomie" kann das durch lukrative Werbe- und Sponsorenverträge beachtliche Einnahmen einbringen.[899]

Die Influencer entscheiden zwar selbst, wie sie ihre Tätigkeit gestalten, aber YouTube kann weitreichende Vorgaben machen, was nicht gezeigt werden darf. Wird es dennoch gemacht, kann dies zu einer sog. Demonetarisierung führen.[900] Das heißt, die hochgeladenen Videos erhalten eine schlechtere Platzierung, erreichen so weniger Interessierte oder werden gar ganz gesperrt. Dies hat Auswirkungen auf die Einkünfte der Influencer, so dass es insbesondere in jüngerer Zeit Rufe nach fairen Bedingungen auf Content-Plattformen wie YouTube gibt.[901] Die Vergleichbarkeit zu Plattformarbeiter/innen ist in beiden Fällen, dass diese sich „auf der App" oder am Interface der Plattform „einfinden". Beim eSport wird die Frage aufgeworfen, ist, ob diese Lobby ein Arbeitsort iSd. § 611a BGB sein kann.[902] Ähnlich könnte die Frage lauten, ob YouTube als Plattform einen virtuellen Arbeitsort darstellen kann. Das ist kongruent zu unserer Frage, ob ein Plattforminterface ein Arbeitsort iSd. § 611a BGB sein kann.

(b) Die Auslegung des Arbeitsortes

Bei der weiteren Prüfung, ob ein Plattforminterface oder eine App, einen Arbeitsort iSd. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB darstellen können, ist eine Ausle-

898 *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870.
899 Nähere Erläuterungen bei *Staab*, Digitaler Kapitalismus, S. 252 ff.
900 *Staab*, Digitaler Kapitalismus, S. 252 ff.; *Moorstedt*, YouTuber fürchten um ihre Existenz, Süddeutsche Zeitung online vom 11. Juni 2018, abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/digital/videoplattform-youtuber-fuerchten-um-ihre-existenz-1.4009552, abgerufen am 24.05.2020.
901 www.fairtube.info, abgerufen am 23.05.2020.
902 *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung nach den üblichen Kriterien der Gesetzesbegründung/Historie, Systematik, Semantik und Teleologie vorzunehmen.

Zunächst muss man sagen, dass der § 611a BGB nicht nach realen und virtuellen Orten unterscheidet. Die Gesetzesbegründung enthält keine Anhaltspunkte, ob virtuelle Orte davon erfasst sein sollen.[903] Historisch lässt sich argumentieren, dass ein Arbeitsort ein physisch-realer Ort ist.[904] Das lässt sich damit erklären, dass Arbeitsort in der Regel einen Raum umfasst, den man aufsucht, um einer Tätigkeit nachzugehen. Die Organisation von Arbeit in Betrieben bringt es notwendigerweise mit sich, dass dort Arbeitende diesen Betrieb aufsuchten. Die bloße räumliche Belegenheit des Fließbandes, des Hochofens, des zu bearbeitenden Werkstückes, die Teilnahme an Besprechungen etc. führt dazu, dass der Arbeitsort zwangsläufig physisch ist.

In dem Umfang wie sich Arbeit von der Produktion in Richtung Information wandelt, verliert der physische Ort an Bedeutung. Gleichwohl leisten mobile Beschäftigte oftmals Arbeit im „virtuellen Betrieb", da Home- und Mobile-Office unter Einbindung moderner IKT zu einer Entgrenzung der Arbeit führen.[905] Bei Menschen, die Telearbeit im Außendienst oder ihrer Tätigkeit von zu Hause aus nachgehen, entfällt im äußersten Fall die örtliche Weisungsbindung und andere Merkmale gewinnen an Gewicht.[906]

Auf diese Weise verliert dieses Merkmal einfach an Bedeutung und könnte außer Betracht bleiben.

Schmitz-Scholemann fasst das Problem des modernen, entgrenzten Arbeitsortes so zusammen:

> *„Alles, was ist, muss irgendwo sein. Allerdings gibt es Arbeitsorte, für die das nur begrenzt zutrifft, weil sie einerseits nicht auf der Erde, sondern auf dem Wasser oder in der Luft liegen, und weil sie andererseits beweglich sind."*[907]

Selbst diese weite Überlegung bleibt hinter dem zurück, was hier gemeint ist. Denn auch dabei wird der Ort als ein betretbarer Raum begriffen. Was spricht dagegen, dass dieses *„irgendwo"* nicht auf dem Wasser, im Weltall, in der Luft (IPR kurz ausgeblendet) oder eben im Internet auf einer pro-

903 So auch: *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).
904 Gesetzesbegründung zu § 611a BGB BT-Drucksache 18/9232, S. 31 f., darauf hinweisend: *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).
905 *Däubler*, SR 2014, S. 45; *Preis/Wieg*, AuR 2016, S. 313–324 (319); *Zumkeller*, AuA 2015, S. 334–336 (336).
906 ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 38.
907 *Schmitz-Scholemann*, JB ArbR 51, 2014, S. 53–88 (59).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grammierten Benutzeroberfläche stattfindet? Warum wird angenommen, dass die *Räumlichkeit* für diese Orte nur „begrenzt" zutreffe?

Wenn wir annehmen, es handele sich bei einem Plattforminterface um einen „realen" Arbeitsort, müssen wir uns der Wortbedeutung dessen nähern. „Real" kommt von dem lateinischen Wort „realis" und meint „gegenständlich". Hier ist die erste Hürde zu nehmen.

Die Arbeitsplattformen im Internet sind nicht *gegenständlich* in diesem Sinne; sie bestehen aus Software[908], diese Software wird über das Internet vermittelt und funktioniert über entsprechende Hardware, Glasfaserleitungen und vieles mehr. Das sind alles Gegenstände, die Software und das Internet *verkörperlichen*, gegenständlich werden sie dadurch nicht. Dennoch bewegen sich Menschen in diesen Räumen. Viele Menschen tätigen einen großen Teil ihrer Alltagsgeschäfte im Raum des Internets. Die Rechtswissenschaften sind mit einem Füllhorn praktischer Probleme des Internets befasst.[909]

Es deutet sich damit möglicherweise ein neues Verständnis von Arbeitsort an. Wenn wir uns ganz grundsätzlich fragen, wie wir zu Begriffsverständnissen kommen, so ist die Antwort erwartungsgemäß komplex. Versuchen wir diese Komplexität zu reduzieren, ohne zu simplifizieren. Allen Anfang nimmt das Ganze durch die Sprache, denn außerhalb der Sprache gibt es kein Recht; Recht kann nur durch Sprache vermittelt, erläutert und entwickelt werden.[910] Für unsere Überlegungen ist interessant, welche *Bedeutung* dem Arbeitsort beigemessen wird (Semantik).

Die Ermittlung der Wortbedeutung findet auf mehreren Ebenen statt.

Wir haben zum einen den Ausdruck Arbeitsort. Dieser ruft bei uns eine bestimmte Vorstellung hervor (Bedeutung/Intension), diese Vorstellung trifft dann auf einen Außenbereich in der Welt, wo wir einen Ort anhand unserer inneren Vorstellungen als Arbeitsort sehen würden (Extension). Das Ganze lässt sich anhand des sog. semiotischen/semantischen Dreiecks darstellen:

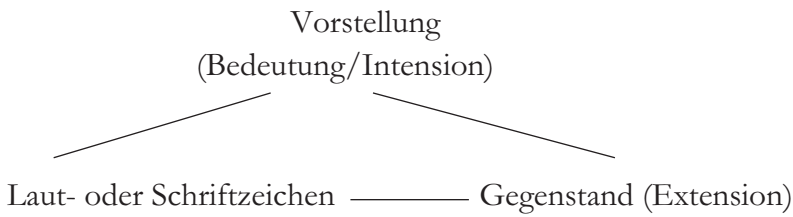
---

908 *Andreessen*, Why software is eating the world, Wall Street Journal online, 20. August 2011, abrufbar unter: https://www.wsj.com/articles/SB10001424053111903480904576512250915629460 abgerufen am 22.05.2020.

909 MüKoBGB/*Wendehorst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 312i Rn. 1 - 113 mwN.

910 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 5 Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Darstellung: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 5, Rn. 155 b.

Die Laut- und Schriftzeichen sind seit einigen Jahrtausenden nicht das Problem. Problematisch wird es bei der inneren Vorstellung, was ein Arbeitsort sei. Um die Bedeutung überhaupt zu erfassen, müssen wir auf die Umgangssprache zurückgreifen.[911] Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Internet einen Raum darstellt, in dem Menschen den täglichen Alltagsgeschäften nachgehen.

Einen Aspekt, um den sich der Soziologe *Andreas Boes* verdient gemacht hat, kann möglicherweise auch für unsere Überlegungen hilfreich sein. Er erforscht seit Jahrzehnten das Internet als einen „globalen Informationsraum":

> *„Zentrales Spezifikum des Internets sind seine Nutzungsspielräume…[die modernen Informationssysteme] ermöglichen…ein dialogisches und reflexives Umgehen…*
> *Das Internet ist daher nicht einfach ein weiteres Informationssystem im herkömmlichen Sinne, sondern wird zur Basis für einen grundsätzlich verwendungsoffenen „Informationsraum" (Baukrowitz/Boes 1996). Die Wirklichkeit dieses sozialen Raums ist dabei nicht „vorprogrammiert", sondern er verändert seine Struktur und die Handlungsmöglichkeiten durch das praktische Tun der Nutzer….Aufgrund dieser Spezifika wird das Internet zu einer Basisinfrastruktur des globalen Informationsraums, dieser wird zu einem neuartigen „sozialen Handlungsraum" (Boes 2005)…. Die neue Qualität der Informatisierung hat das Potenzial, grundlegende Parameter der Entwicklung der Gesellschaft, aber insbesondere auch der Produktionsstrukturen und der Organisation von Arbeit zu verändern."*[912]

---

911 *Wank*, Begriffsbildung, S. 12 mit Verweis auf die „ordinary-language-philosophy".

912 *Boes* et. al. in: Sydow/Sadkowski/Conrad (Hrsg.), Managementforschung, S. 34–62 (42).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In diesem globalen Informationsraum sind digitalisierte Informationen und Informationssysteme für einen großen Teil der arbeitenden Menschen zum wichtigsten Arbeitsgegenstand und -mittel geworden.[913] Die Soziologin *Elisabeth Vogl* beschreibt es für das Crowdsourcing in Anlehnung an die Theorien von *Boes* so:

> *„Arbeit wandert…in den Informationsraum ab, wird dort verrichtet und über diesen koordiniert und kontrolliert. Informationssysteme bilden somit nicht mehr nur die Grundlage für die Steuerung und Planung von Produktionsprozesse. In dem Maße, wie Arbeitsgegenstand und -mittel digitalisierbar sind, wird der Informationsraum zunehmend zu einem neuen „Raum der Produktion".*[914]

Dies zeigt einen Bedeutungswandel des Arbeitsortes als etwas Physisch-greifbares hin zu etwas Virtuell-ungreifbarem, aber doch Vorhandenem. Führen wir diese Erwägung anhand eines Beispiels weiter:

Nehmen wir einmal an, die anhaltende Diskussion um Homeoffice und flexibles Arbeiten gewinnt eine neue Dimension. Arbeitgeber/innen bauen eine virtuelle Welt auf, wo wir uns mittels einer Virtual-Reality Brille mit unserem digitalen Abbild – einem Avatar – hochladen können. Wir sitzen also alle zu Hause, treffen uns aber dennoch im Büro oder an der Werkbank, von wo aus wir die Industrieroboter steuern. Im digitalen Büro oder der digitalen Werkbank eben und gehen dort unseren Tätigkeiten nach. Würde man hier auch verneinen, dass es einen virtuellen Arbeitsort gibt? Natürlich ist das schwer vorherzusagen, aber es wird zumindest schwierig das Merkmal *Ort* außer Acht zu lassen und andere Merkmale entsprechend aufzuwerten.

Was ist so anders gegenüber den Crowd Workern? Nur die technischen Mittel sind erweitert worden um die Virtual-Reality Brille. Plattformen erschaffen nämlich schon durch ihre Software einen Raum. Crowd Worker wiederum haben auch ohne eine Virtual-Reality Brille bereits eine virtuelle Identität. Sie legen diese mit dem Benutzeraccount an, alle Tätigkeiten werden diesem Account zugeordnet und von dort aus werden alle Aufgaben auf dem Interface der Plattform verrichtet. Auch wenn dem keine rechtliche Bedeutung beizumessen ist, so ist doch interessant, dass Clickworker von seinem Dashboard als Digital Workplace spricht – also auch von einem Arbeitsort auszugehen scheint.

---

913 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 17.
914 *Vogl*, Crowdsourcing, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Interpretation des Arbeitsortes kann mit dem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse begründet werden. Klar ist, dass ein Gesetzestext kein für sich bestehendes Objekt ist, das jedem Rechtsanwender zu jeder Zeit denselben Gebotsgehalt vermittelt.[915] Zu berücksichtigen ist dabei, der zeitliche Kontext des Gesetzes: Hatte der Gesetzgeber mit dem Ausdruck eine bestimmte Vorstellung, ist diese maßgeblich, anderenfalls, kann der heute mögliche Wortsinn Bedeutung erlangen.[916] Da der Arbeitsort in der Gesetzesmaterialien nicht ausdrücklich auf real oder virtuell festgelegt wurde, kann davon ausgegangen werden, dass dem Ort damit auch eine neue Bedeutung zuteilwerden kann.

Die Berücksichtigung des Zeitgeistes fand beispielsweise seinen Ausdruck in einer weiten Interpretation des Merkmals „Eingliederung in den Betrieb"; da sich der Betrieb als Ort veränderte, kam es zunehmend auf die „Eingliederung in die Arbeitsorganisation" an.[917] Die Eingliederung wiederum ist nunmehr Teil der Fremdbestimmung.

Die Fremdbestimmung ihrerseits ermöglicht daneben die Erfassung moderner Arbeitsformen, die nicht zwingend das Merkmal der Weisungsbindung erfüllen müssen. Anpassungen einer Wortbedeutung an den Zeitgeist nennt man in der juristischen Rechtstheorie Porosität.[918]

Wank stellt dabei die wichtigste Frage, hier kommen wir wieder zu den anfänglichen Überlegungen: Inwiefern stellt die Umgangssprache Verbindlichkeiten für die juristische Fachsprache auf?[919]

Oder etwas überspitzt ausgedrückt: Warum sollten wir, weil es das Internet gibt und dort virtuelle Orte gestaltet werden können, diese als Arbeitsort betrachten?

Lässt man die „virtuelle Welt" bei solchen Erwägungen außer Betracht, so geht das an der gelebten Wirklichkeit vieler Menschen vorbei. Nun könnte man sich damit begnügen andere Merkmale ja zur Verfügung zu haben, die man mit Leben füllen kann. Allerdings würde dies einem *gesetzlichen* Merkmal von vorneherein die Möglichkeit nehmen, überhaupt Wirkung zu entfalten – und das in einer Welt, wo tendenziell durch Software vermittelte Tätigkeiten mehr werden und nicht weniger. Es ist der Verfasserin auch nicht verständlich, warum die örtliche Weisungsbindung

915 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 5 Rn. 159.
916 *Wank*, Begriffsbildung, S. 26.
917 BAG, Urteil vom 20.09.2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551 - 553; *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).
918 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 5, Rn. 171; *Wank*, Begriffsbildung, S. 26; *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).
919 So in etwa: *Wank*, Begriffsbildung, S. 17, 19.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als verzichtbar behandelt wird.[920] Ein Hinweis auf eine diesbezügliche Lockerung, weil schon durch Telearbeit eine örtliche Entkoppelung stattgefunden hat, ist kein tragfähiger Grund ein gesetzliches Merkmal von vorneherein einfach weniger oder gar nicht zu beachten. In dem Umfang wie alle Merkmale durch die digitale Arbeitsorganisation ihren „realen" Bezug verlören, hätten wir nichts mehr, was wir subsumieren könnten. Haben wir deshalb keine Arbeitnehmer/innen mehr?

Aber selbst mit diesem Vordringen, muss hier genau differenziert werden. Ergibt sich das Merkmal aus dem Arbeitsvertrag oder aus der Natur der Sache?[921] Eine Lehrerin arbeitet nun mal im Klassenzimmer, eine Wand kann nur dort gestrichen werden, wo sie steht, eine Pilotin arbeitet in einem Flugzeug, das fliegt und ein Crowd Worker eben auf der Benutzeroberfläche der Plattform. Diese Tatsachen müssen nicht zwangsweise Gegenstand eines Weisungsrechts sein, sondern können sich aus der Natur der Sache ergeben. Nach verschiedenen Auffassungen in der Literatur, soll aus Merkmalen, die sich aus der Natur der Sache ergeben und Arbeitnehmer/innen und Selbstständige gleichsam treffen würden, keine Argumente für den Arbeitsvertrag und das Merkmal örtlicher Weisungsbindung gezogen werden können.[922] Das ist grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen, allerdings könnte mit dieser Argumentation bei Fällen, die klar dem örtlichen Weisungsrecht unterfallen, ebenfalls mit der „Natur der Sache" argumentiert werden. Es läge in der „Natur der Sache", dass ein Fließband nun mal in der Fabrik steht, eine Kasse im Supermarkt, ein Schreibtisch im Büro, eine Hebebühne in der Werkstatt etc. Sprich, alles, was irgendwie „fest" installiert und organisiert ist, könnte der „Natur der Sache" nach dort sein. Wir kämen nicht auf die Idee die Bedienung im Restaurant an einem bestimmten Tisch als selbstständige Dienstleistung wahrzunehmen[923], jedoch verfallen wir bei der Überlegung, ob Plattformen ein Interface als Arbeitsort etablieren, sofort in ein vorauseilend-gehorsames Technik-Denken.[924] Ein Interface könne ja kein Ort sein. Das ist doch zumindest zu bezweifeln. Möglicherweise muss man eine Differenzierung

920 U.a. *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (53).

921 Dies differenziert *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (147).

922 *Jauernig/Mansel*, BGB, 17. Auflage 2018, § 611a Rn. 4; *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (147).

923 Hess. LSG, Urteil vom 06.06.1991 – L 1 Kr 1217/89, abrufbar unter: https://openjur.de/u/289984.html, abgerufen am 26.05.2020.

924 *Tomassetti*, Does Uber redefine the firm? Hofstra Labor & Employment Law Journal, 2017, S. 1–78 (6).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach dem Grad der örtlichen Weisungsbindung vornehmen. Ist es zwingend erforderlich sich auf der Plattform einzufinden, um dieser Tätigkeit nachzugehen, so kann eine örtliche Weisungsbindung vorliegen. Crowd Worker bei clickworker und Roamler sind auf die Benutzeroberfläche der Plattform und das Internet als Ort ihrer Arbeitsleistung angewiesen. Ohne dies wäre eine Tätigkeit gar nicht möglich. Zwar könnte man dies evtl. auch als durchführungsbezogene Weisung interpretieren, aber ohne aktive Anwesenheit auf der Benutzeroberfläche der Software (Workplace bei clickworker, Roamler App), können Crowd Worker gar nichts ausführen.[925] Das heißt, die Anwesenheit ist vorgelagert.

Was bedeutet das für unsere Fälle?

Ein virtueller Ort kann ein Ort sein. Das Internet und dort aufgesetzte Software (wie eine Plattform) können einen Produktionsraum und damit einen Arbeitsort darstellen. Wo jemand keine Entscheidung darüber treffen kann, ob er/sie in diesem Raum arbeiten wollen oder nicht, kann eine örtliche Weisungsbindung vorliegen. Diese Ansicht ist von § 611a Abs. 1 S. 1 BGB lege lata umfasst, denn *örtlich* ist für die *virtuell* und *real* interpretationsoffen.

Crowd Worker bei Clickworker und Roamler unterliegen einer örtlichen Weisungsbindung.

bb) Zwischenergebnis für die Weisungsbindung

Crowd Worker bei Clickworker und Roamler unterliegen keiner inhaltlichen Weisungsbindung. Nach Abschluss ihres Vertrages kann ihnen kein anderer ähnlicher Auftrag zugwiesen werden.

Sie unterliegen jedoch einer fachlichen Weisungsbindung, bzw. einer Weisungsbindung bzgl. der Durchführung ihrer Arbeitsleistung. Es handelt sich dabei um vorweggenommene Weisungen, die arbeitsvertraglichen Weisungen gleichzusetzen sind. Beide Plattformen strukturieren die Arbeitsschritte so konkret, dass außerhalb dessen kein nennenswerter Gestaltungsspielraum verbleibt. Es handelt sich auch nicht um Anweisungen im Sinne des Werkvertragsrechts, da sie nicht nur das Ergebnis an sich betreffen, sondern den Weg zum Ergebnis so vorgeben, dass die Durchführung der Arbeitsleistung betroffen ist. Darüber hinaus fehlt es bei den Plattformen Roamler und Clickworker m.E. bereits am Werk, da die Jobs

925 So für eSport auch: *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, NZA 2019, S. 865–870 (869).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

so eingeteilt sind, dass Crowd Worker dies ohne näheren Zusammenhang erledigen können, aber zu einem Gesamtergebnis wird es erst wieder bei der Plattform zusammengefügt. Es handelt sich dabei in der Regel um einen unselbstständigen Produktionsschritt, der erst mit der Reintegration in die Wertschöpfungskette der Plattform ein Produkt ergibt.

Crowd Worker auf der Plattformen Clickworker und Roamler sind in der Regel zeitlich weisungsgebunden, wenn sie einen Job angenommen haben. Überlegungen zur zeitlichen Freiheit der Crowd Worker übersehen den Umstand, dass es einen Unterschied zwischen dem „*Ob*" und dem „*Wann/Wie lange*" gibt. Zwar können Crowd Worker grundsätzlich entscheiden, *ob* sie nach Aufgaben auf Plattformen schauen, klicken sie jedoch eine Aufgabe an und wollen diese erbringen, müssen sie dies in engen zeitlichen Grenzen von wenigen Minuten bis Stunden tun. Auf Roamler kann die zeitliche Weisungsbindung noch strenger ausfallen. Sie haben regelmäßig nur zwei Stunden Zeit eine Aufgabe auszuführen.

Diese knapp bemessene Zeit ist ein Indiz für zeitliche Weisungsbindung, außerdem ist für bestimmte Aufgaben ein Sonntagsarbeitsverbot vorgesehen, sowie bestimmte Zeiten zu der die Server von Roamler bestimmte Aufgaben nur annehmen. Eine zeitliche Gestaltungsfreiheit ist darin nicht zu sehen, so dass zeitliche Weisungsbindung vorliegt.

Darüber hinaus arbeiten Crowd Worker auf Clickworker und Roamler an einem virtuellen Arbeitsort, der einen Arbeitsort im Sinne der örtlichen Weisungsbindung darstellen kann. 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 und Dashboards der Plattformen einfinden. Für Crowd Worker ist das der Arbeitsraum, der Betrieb, wenn man so möchte. Darin ist eine örtliche Weisung zu sehen.

Damit sind Crowd Worker auf Clickworker und Roamler umfassend weisungsgebunden iSd. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB.

cc) Fremdbestimmung

Neben der Weisungsbindung nennt § 611a Abs. 1 S. 1 BGB die Fremdbestimmung als Merkmal, das persönliche Abhängigkeit begründen kann. Das Verhältnis zwischen Weisungsbindung und Fremdbestimmung ist

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausführlich erläutert worden, so dass hier darauf verwiesen wird.[926] Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Fremdbestimmung gleichberechtigt neben der Weisungsbindung steht und insoweit kein „wesensgleiches Minus" darstellt. Das gebietet bereits das Gesetz selbst, wie § 611a Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, wo das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen „kann", aber eben nicht „muss".[927] Es ist auch kein Auffangnetz für alle Fälle, wo es für die Weisungsbindung nicht reicht, aber eine Abhängigkeit irgendwie begründet werden kann. Gleichwohl ist das Wesen der Fremdbestimmung noch recht konturenlos. Das liegt schlicht daran, dass sich diesbezüglich noch keine gefestigte Rechtsprechung ausbilden konnte.

Was nicht heißen soll, dass die Fremdbestimmung der bisherigen Rechtsprechung neu ist. Keinesfalls. Die Fremdbestimmung ist vor allem in der Rundfunk-Rechtsprechung berücksichtigt worden, wo Mitarbeiter/innen keiner fachlichen, örtlichen oder zeitlichen Weisung unterlagen, aber gleichwohl persönlich abhängig waren:

> *„Das heißt aber nicht, daß diese Mitarbeiter nicht persönlich abhängig wären. Sie müssen aus anderen Gründen fremdbestimmte Arbeit leisten. Sie können ihre Dienste nur mit Hilfe der technischen Apparate leisten, den ihnen der Sender jeweils zur Verfügung stellt."*[928]

Der Begriff der Fremdbestimmtheit kann sich bewähren, wo es darum geht, neue Entwicklungen, die mit der Veränderung der Arbeitswelt einhergehen, abzubilden.[929] Neue Abhängigkeiten können möglicherweise genau das Merkmal der Fremdbestimmung erfüllen.[930]

Diese Überlegungen sollen im Folgenden in Bezug auf die Tätigkeit auf den Plattformen Roamler und Clickworker untersucht werden. Zum einen ist zu untersuchen, inwiefern algorithmisches Management zu einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation und damit zu einer Fremdbestimmung im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB führt. Des Weiteren ist die auf Plattformen bestehende Kontrolle sowie die fehlende unternehmerische Eigenbestimmung unter dem Aspekt der Fremdbestimmung zu diskutieren.

---

926 § 3 A. II.
927 *Wank*, AuR 2017, S. 140–153 (153); ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 13.
928 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.
929 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 8.
930 *Preis*, NZA 2018, S. 817–826 (820).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Algorithmisches Management als Fremdbestimmung – Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Viele Plattformen implementieren ein algorithmisches Management.[931] Das heißt, viele ihrer Steuerungsmechanismen folgen softwarebasierten Anleitungen, welche die Arbeitsprozesse algorithmisch und damit automatisiert lenken. Krause schlussfolgert, dass auch ein Algorithmus eine Weisung „erteilen" kann.[932]

Preis meint, „*auch der Roboter, der je nach Produktionsablauf Arbeitsaufträge, bzw. Weisungen erteilt, begründet Fremdbestimmung, die dem AG zurechenbar ist*".[933]

In diese Richtung gehen viele Stimmen in der Literatur.[934]

Wie bereits an mehreren Stellen in dieser Arbeit hervorgehoben wurde, können Crowd Worker keine Entscheidung außerhalb der zur Verfügung gestellten Software treffen. Auf den hier untersuchten Plattformen Clickworker und Roamler haben Crowd Worker die Vorgaben auf dem Interface der Webseite, bzw. über eine App auf dem dortigen Interface zu erledigen. In dem Kapitel über die Funktionsweise der Plattformökonomie konnte man sehen, dass es zur wesentlichen DNA der Plattformen gehört, Steuerung mittels moderner IKT zu implementieren. Da die Ausgestaltung der Software bei den Plattformen selbst liegt, können sie die Programme so gestalten, dass sie erheblich Einfluss auf den Crowdwork-Prozess nehmen.[935]

Bei der Arbeitsorganisation von clickworker und Roamler wurde dargestellt, wie die Steuerung aussehen kann. Die Plattformen legen durch die anfängliche Einstufung der Crowd fest, wer überhaupt die Aufgabe angezeigt bekommt. Die Aufgaben selbst sind so vorstrukturiert, dass sie nur bewältigt werden können, wenn die vorgegebenen Schritte befolgt

931 Siehe unter 1. Teil § 2 C IV. 3. b) Algorithmisches Management.
932 *Krause*, Gutachten für den 71. DJT, B 104.
933 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 13.
934 *Prassl*, What if your boss was an algorithm, Oxford University Blog, 07.05.2018, abrufbar unter: https://blog.oup.com/2018/05/boss-algorithm-gig-economy/ ; *Ivanova* et. al., The app as a boss, HBS Working Paper Nr. 107, Dez. 2018, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_fofoe_WP_107_2018.pdf ; *Lücking*, Arbeiten in der Plattformökonomie, HBS Report Nr. 5 2019, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=8525, alles abgerufen am 22.05.2020.
935 *Leimeister/Zogaj*, HBS Study 287, S. 43 ff.; speziell auch *Pacha*, Crowdwork, S. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Bei einem Kategorisierungs-Job bei clickworker öffnet sich eine entsprechende Maske und man muss Kleider bestimmten Kategorien zuweisen. Bei Schreibtätigkeiten werden ebenfalls Schritt-für-Schritt Vorgaben gemacht. Der Text selbst wird in einer vorgefertigten Maske der Plattform eingetippt. Ein Herunterladen der Aufgaben, so dass diese später offline erledigt werden kann, ist nicht vorgesehen.

Ähnlich verhält es sich bei Roamler. Dort folgt man den Anweisungen der App und der nächste Schritt hängt davon ab, ob der vorherige erledigt wurde. Das Ganze wird mit einem Erledigungsbalken versehen, wo angezeigt wird, wieviel man von der Aufgabe bereits „geschafft" hat. Alles in allem sind die Aufgaben durch die Plattformen vorstrukturiert. Crowd Worker können keine Entscheidungen außerhalb dieses Systems treffen.

Grundsätzlich kann der Einsatz moderner IKT auch so verstanden werden, dass sie zur Unterstützung der eigentlichen Tätigkeit dient. Wenn in einem Unternehmen mit Microsoft-Office gearbeitet wird und dies wird auch von externen Selbstständigen, die für das Unternehmen Dienste erbringen verlangt, so macht dies allein die Selbstständigen nicht zu Arbeitnehmer/innen.[936] Auch die Abhängigkeit von Technik und Apparatur machen aus Selbstständigen nicht zwangsläufig Arbeitnehmer/innen.[937]

Dieser Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Die Software gibt nicht nur sämtliche Arbeitsschritte vor, sondern macht genaueste Vorgaben, wie die Aufgabe zu verrichten ist, um angenommen zu werden. Was vorhin unter dem Aspekt das Internet als „Arbeitsort" formuliert wurde, gewinnt hier nochmals an Relevanz.

Nämlich, dass durch die App bzw. die Benutzeroberfläche ein Raum geschaffen wird, den der Arbeitgeber vorgibt und der seiner Herrschaft und seinem Einfluss unterliegt.[938] Das ist mit der Steuerung über die Software definitiv der Fall. Das führt uns zur Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Vor nahezu 30 Jahren gab es in der Rechtswissenschaft einen interessanten Vorschlag von *Linnenkohl/Kilz/Rauschenberg/Reh*.[939] Sie schlugen vor, dass der Arbeitnehmer so bestimmt werde:

---

936 *Wedde*, Telearbeit, Kap. B, Rn. 122 (131).

937 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

938 *Pacha*, Crowdwork, S. 171; *Brors*, Industrielle Beziehungen 2016, S. 226–235 (226).

939 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„*Arbeitnehmer ist derjenige, der*

1. *in einem fremden Organisationsbereich beschäftigt ist und*
2. *seine Leistung in persönlicher Abhängigkeit erbringt, die auch in einer informationellen Abhängigkeit bestehen kann.*“[940]

Der damalige Beitrag bezog sich vor allem auf die Veränderungen des Produktionsprozesses infolge zunehmender Anwendung und Integration von IKT. Sie schlussfolgerten sehr progressiv, dass sich die Weisungsgebundenheit infolge des Wandels der technischen Rahmenbedingungen stark relativiere; an die Stelle der „*manuell-geistigen Tätigkeit*“ trete die „*Kontrollfunktion des Beschäftigten*“, so könne von einer „*Industrialisierung der geistigen Tätigkeit gesprochen werden.*“[941]

Dies habe zur Folge, dass der entsprechend geschulte Arbeitnehmer kaum noch Weisungen vom Arbeitgeber bzw. Vorgesetzten erhalten könne. Die Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffes könne durch zwei Punkte flankiert werden: Zum einen seien trotz der modernen IKT die Beschäftigten nicht autark, sondern „*arbeitsteilig in einem fremden Bezugssystem tätig*“.[942] Selbst wenn sie ihre geschuldete Leistung außerhalb der Produktionsstätte erbringen würden und zeitlich flexibel wären, „*sind sie dennoch in den Rahmen eines fremden Produktionsprozesses eingebunden und unterliegen in der Regel dem betrieblichen Koordinations- und Berichtssystem*“. Sie sehen daher in der „*Eingliederung in den betrieblichen Produktionsprozeß*“ die grundlegende Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft.[943] Dies stellt im Grunde das dar, was § 611a Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB heute mit Fremdbestimmung nennt. Bei aller Verwendung moderner IKT bleibt es bei einer Fremdbestimmung der Tätigkeit, da sie sich in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation reintegriert.

Das Problem könnte aktueller kaum sein. Die Autoren sahen es schon vor fast 30 Jahren und ordneten es korrekt als Eingliederungsproblem ein. Dies kann nach allem Gesagten als Fall der Fremdbestimmung iSd. § 611a Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB gesehen werden.

Die angekündigte zweite Flanke des o.g. Vorschlages betrifft die informationelle Abhängigkeit und wird sogleich unter dem Punkt Kontrolle erläutert werden.

---

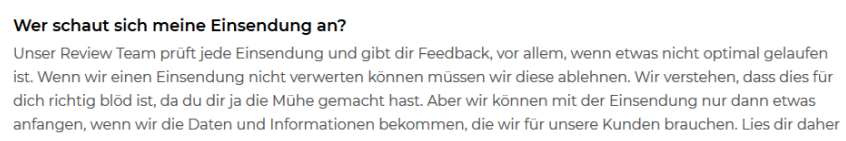
940 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (206).
941 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (204) mwN; alles weitere bis zur nächsten Fn.
942 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (205).
943 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (205).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Interpretation stützt die vorgebrachten Argumente, wonach die Arbeitsorganisation durch eine App, die jeden Schritt vorgibt, eine fremdbestimmte Tätigkeit ist. Die App ist der fremdbestimmte Organisationsbereich, der den Plattformen zuzurechnen ist. Die App ist nicht nur ein Hilfsmittel, das auch durch ein anderes ersetzt werden könnte. Sie ist das wesentliche Arbeitsmittel, das die Crowd Worker bei Roamler und Clickworker durch ihren „Herstellungsprozess" lenkt.

Daneben äußert sich die fremdbestimmte Arbeitsorganisation auch in einer Arbeitsteilung.[944] Roamler verfügt über einen Innendienst, die sog. Reviewer. Sie bereiten die erledigten Aufgaben so auf, dass sie wieder in der Wertschöpfungsprozess integriert werden.

Nicht selten finden hier noch Abstimmungen statt und man bessert noch nach und lädt das Ergebnis abermals hoch (s. Abb.).


Wer schaut sich meine Einsendung an?

Unser Review Team prüft jede Einsendung und gibt dir Feedback, vor allem, wenn etwas nicht optimal gelaufen ist. Wenn wir einen Einsendung nicht verwerten können müssen wir diese ablehnen. Wir verstehen, dass dies für dich richtig blöd ist, da du dir ja die Mühe gemacht hast. Aber wir können mit der Einsendung nur dann etwas anfangen, wenn wir die Daten und Informationen bekommen, die wir für unsere Kunden brauchen. Lies dir daher die Auftragsbeschreibung immer genau durch. Dann entstehen auch keine Fehler und nicht nur du sondern auch wir sind glücklich.

Abbildung 37: Screenshot vom 12.12.2019

Die Crowd Worker bei Roamler sind jederzeit in eine fremde Organisationsstruktur und Arbeitsteilung eingegliedert.

Freilich wird es Stimmen geben, die sagen, dass die Arbeitsleistung abgeschlossen und nicht in eine arbeitsteilige Organisation eingebettet ist.[945]

Hier hilft etwas, was die Verfasserin „analoge Gegenprobe" nennen möchte.[946] Wie würde der Arbeitsablauf ohne App aussehen? Nachdem die

944 BAG, Urteil vom 13.08.1980 – 4 AZR 592/78 – AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, Urteil vom 09.09.1982 – 5 AZR 477/79 -. BAGE 36, S. 77; BAG, Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94 – NZA 1997, S. 194; BAG Urteil vom 09.03.1977 – 5 AZR 110/76 – AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Reiserer/Freckmann, NJW 2003, S. 180–185 (181); ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 13; MüKo BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 179; Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 154 ff.

945 *Pacha*, Crowdwork, S. 186.

946 So bereits *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (14); *Däubler* exerziert das ebenfalls durch, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 20; *Pacha* exerziert das für den Bereich Heimarbeit durch, was aber schon für eine Arbeitnehmereigenschaft sprechen könnte, Crowdwork, S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Autor/innen von clickworker und die Mitarbeiter/innen des Außendienstes bei Roamler ihre Arbeiten erledigt hätten, würden sie sie entweder per Email schicken oder vorbeibringen. Nachbesserungen würden evtl. gleich besprochen werden und direkt erfolgen. Dies könnte man ohne weiteres als Teambesprechung werten und damit eine Arbeitsteilung annehmen. Andere werden sagen, dass dies wiederum nur die Abnahme des Werkvertrages ist. Dem ist jedoch abermals entgegenzuhalten, worin denn das Werk bestehe? Bei Roamler handelt es sich ausschließlich um unselbstständige Produktionsschritte, die ohne die übrigen Elemente kein Werk ergeben. Der Produktionsablauf ist fest vorgegeben, die Reviewer können inhaltliche Anmerkungen haben und eine Änderung verlangen. Damit besteht ein vorgegebener Produktionsablauf, ein bestimmter Workflow, wie die Arbeit erledigt wird.

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

Stellen wir uns vor, dass unsere gesamte Produktion und einige Dienstleistungen nur noch per App gesteuert werden und wir wirklich von zu Hause oder von sonst wo eingreifen würden, dann könnte der Arbeitgeber immer sagen, es werde ja nur eine „punktuelle Performance" geschuldet. Das ist ersichtlich nur eine Umgehung arbeitsrechtlicher Normen. Es entspricht bei clickworker und Roamler nicht der Wirklichkeit, dass kein Austausch mit der Plattform stattfinde.[947] Bei Roamler kann jederzeit ein Austausch mit dem Innendienst stattfinden. Nun werden wieder einige auf die Abnahme und den Werkvertrag verweisen, wo auch Korrekturen vorgenommen werden, aber auch das hat ja mit der grundsätzlichen Einordnung zu tun.[948]

Letztlich ist dieses abgeschlossene plattformseitige Ökosystem Ausdruck fehlender unternehmerischer Eigenbestimmung.

Die fehlende unternehmerische Eigenbestimmung lässt sich indes unter das Merkmal der Fremdbestimmung fassen.[949] Dabei ist eine „Besinnung auf den Schutzzweck der Norm" geboten:

> *„Geschützt werden soll derjenige, der unter Einsatz eigener Arbeitskraft seinen Lebensunterhalt bestreitet, diese Arbeitskraft allerdings fremdnützig, nach Weisung des Vertragspartners zum Einsatz bringt."*[950]

---

947 Anders *Pacha*, Crowdwork, S. 186; *Warter*, Crowdwork, S. 178.
948 So *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (12).
949 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 10; *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774 (767).
950 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei geht Fremdnützigkeit einher mit Fremdbestimmung. Die Tätigkeit in einer fremdbestimmten Organisation wäre bei Fehlen einer eigenen Organisation Ausdruck der persönlichen Abhängigkeit.[951]

Selbstständige Unternehmer/innen haben die Organisation ihrer Tätigkeit in der Hand. Sie verfolgen einen eigenen wirtschaftlichen Zweck und können ihre Arbeitskraft frei verwerten.[952] Nichts davon passt auf die Tätigkeiten bei clickworker oder Roamler. Crowd Worker sind allein bei der Frage, ob sie überhaupt Erwerbsarbeit nachgehen möchten frei. Das ist jedoch keine Freiheit, die Crowd Worker mehr genießen als alle anderen Menschen. Menschen können wählen, ob sie Erwerbsarbeit nachgehen möchten. Niemand *muss* Teil des Verwertungssystems Leistung und Gegenleistung werden (gleichwohl es die meisten aus wirtschaftlichen Gründen tun werden, die für § 611a BGB nicht zu berücksichtigen sind). Entscheiden sich Crowd Worker jedoch auf diesen Plattformen tätig zu werden, so sind sie Teil eines umfassend fremdbestimmten Systems. Ihre Arbeitsleistung ist auch nicht marktfähig in dem Sinne, dass sie sie frei anbieten könnten. Einen Wert hat diese Arbeitsleistung erst, wenn sie sich in den Wertschöpfungsprozess und Gesamtauftrag wieder reintegriert. Damit geht es stets um die wirtschaftlichen Ziele der Plattform und nicht um die eigenen wirtschaftlichen Ziele der Crowd Worker. Damit unterliegen die Crowd Worker bei Roamler und clickworker einer umfassenden Fremdbestimmung.

(2) Kontrolle als Fremdbestimmung

Fremdbestimmung kann sich als eine Unterordnung unter die Arbeitskontrolle durch den Arbeitgeber äußern.[953] Gerade technische Einrichtungen bieten vielfach Einfallstore, um die Tätigkeit und Leistung dauerhaft zu überwachen. An dieser Stelle sei auf die versprochene zweite Flanke des Vorschlages von *Linnenkohl/Kilz/Rauschenberg/Reh* einzugehen.

Sie sahen in der Ubiquität moderner IKT die Möglichkeiten vollständiger technischer Überwachung. Aktuell entspricht es einer ernüchternden

951 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 8. mit Hinweis auf BSG, Urteil vom 24.03.2016 BeckRS 2016, 71461.

952 *Willemsen* in: FS Moll, 2019, S. 757–774 (769).

953 BAG, Urteil vom 09.03.1977 – 5 AZR 110/76 – AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; ErfK/*Preis*, für die organisatorische Abhängigkeit als Eingliederung, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn 69.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahrheit, dass dies in vielen Unternehmen gelebte Realität ist.[954] Die Tatsache, dass im Produktionsprozess gewonnene Daten auch für das persönliche Leistungsverhalten, die Fehlerquote und ähnliches mehr verwendet werden können, zeigt, dass es kein neutrales Datum gibt.[955] Die Autoren sehen durch den Einsatz von IKT die „persönliche Abhängigkeit" durch eine „informationelle Abhängigkeit" erweitert, die ein wesentliches Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.[956] Der Gesetzgeber hat diesen konkreten Punkt nicht aufgegriffen. Möglicherweise ließe er sich aber in die Fremdbestimmung § 611a Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB hineinlesen.

In der Literatur liest man insgesamt sehr viel über die Kontrollmöglichkeiten von Plattformen.[957] Die Kontrollmöglichkeiten hängen insbesondere mit der Vielzahl von Daten zusammen, die bei Plattformen anfallen. Das können unterschiedliche Daten sein, Performance-Daten wie sie die Reputations- und Feedbackmechanismen liefern, Bewegungsdaten, Tastenschläge, Screenshots und ähnliches mehr. Welche Arten von Aufgaben bewältigen die einzelnen Crowd Worker, wann, wie gut und noch unzählig viel mehr Daten sind den Plattformen zugänglich.

Allerdings ist fraglich, ob dies auch auf die hier untersuchten Plattformen zutrifft. Bei Clickworker sind der Verfasserin keine Kontrollmaßnahmen wie die oben beschriebenen bekannt.

Bei Roamler gibt es eine Kontrollmöglichkeit, nämlich über das GPS Tracking. Roamler benötigt die GPS Daten, um mögliche Einsatzorte vorzuschlagen. Laut der AGB von Roamler ist es nicht gestattet, den GPS Standort zu manipulieren.[958] Hintergrund dieser Regelung ist, dass viele Plattformarbeiter/innen, die mittels GPS getrackt werden, dies mithilfe einer „Fake-GPS" Anwendung zu verhindern versuchen.[959]

Dies ist eine App, welche die echten GPS Koordinaten verschleiert und den Anwender/innen erlaubt eigenständig andere GPS Koordinaten zu setzen (auch GPS-Spoofing genannt).[960]

---

954 Hier aktuelle Probleme von Kontrolle in Betrieben: *Däubler*, Gläserne Belegschaften, §§ 6, 7, 10; *Staab*, Digitaler Kapitalismus, S. 227 ff.

955 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (206).

956 *Linnenkohl* et. al., AuR 1991, S. 203–206 (206).

957 *Kocher/Hensel*, NZA 2016, S. 984–990; *Brose*, NZS 2017, S. 7–14.

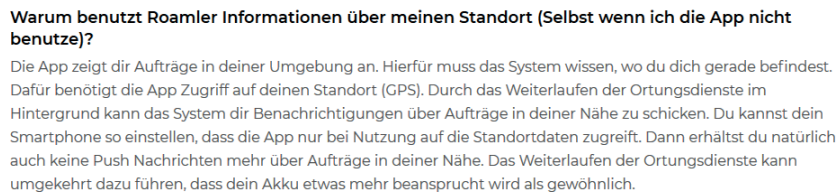
958 Roamler AGB Nr. 5.2 S. 2 „Das Teilen eines Accounts und/oder die Manipulation des GPS-Standorts ist nicht gestattet."

959 *Heiland/Brinkmann*, Industrielle Beziehungen 2020, S. 120–140 (130).

960 Siehe GPS Spoofing: https://de.wikipedia.org/wiki/GPS-Spoofing, abgerufen am 20.02.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Roamler verlangt die (korrekten) GPS Daten, auch wenn man gerade nicht auf der Plattform tätig ist (s. Abb.).

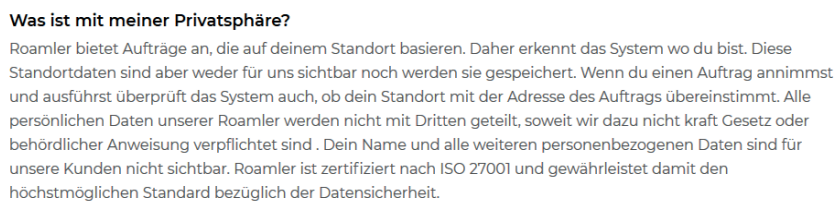


Warum benutzt Roamler Informationen über meinen Standort (Selbst wenn ich die App nicht benutze)?

Die App zeigt dir Aufträge in deiner Umgebung an. Hierfür muss das System wissen, wo du dich gerade befindest. Dafür benötigt die App Zugriff auf deinen Standort (GPS). Durch das Weiterlaufen der Ortungsdienste im Hintergrund kann das System dir Benachrichtigungen über Aufträge in deiner Nähe zu schicken. Du kannst dein Smartphone so einstellen, dass die App nur bei Nutzung auf die Standortdaten zugreift. Dann erhältst du natürlich auch keine Push Nachrichten mehr über Aufträge in deiner Nähe. Das Weiterlaufen der Ortungsdienste kann umgekehrt dazu führen, dass dein Akku etwas mehr beansprucht wird als gewöhnlich.

Abbildung 38: eig. Screenshot vom 09.12.2019.

Allerdings kann auch diese Kontrollmöglichkeit nicht ausreichen, um daraus eine arbeitnehmertypische Abhängigkeit abzuleiten. Nach Auffassung des BAG ist nicht relevant, ob die Möglichkeit bestand, Kontrollmaßnahmen auszuüben, sondern ob der Betroffene selbst darüber bestimmen konnte und damit gerade keine Fremdbestimmung vorlag.[961] Hier können auf Roamler tätige Crowd Worker ein dauerhaftes Tracking unterbinden. Wenn sie jedoch auf der Plattform tätig werden wollen, müssen sie entsprechend das Tracking erlauben. Allerdings gibt Roamler selbst an, diese Daten nicht zu verwerten, sondern zu löschen (s. Abbildung aus den „FAQ's").



Was ist mit meiner Privatsphäre?

Roamler bietet Aufträge an, die auf deinem Standort basieren. Daher erkennt das System wo du bist. Diese Standortdaten sind aber weder für uns sichtbar noch werden sie gespeichert. Wenn du einen Auftrag annimmst und ausführst überprüft das System auch, ob dein Standort mit der Adresse des Auftrags übereinstimmt. Alle persönlichen Daten unserer Roamler werden nicht mit Dritten geteilt, soweit wir dazu nicht kraft Gesetz oder behördlicher Anweisung verpflichtet sind . Dein Name und alle weiteren personenbezogenen Daten sind für unsere Kunden nicht sichtbar. Roamler ist zertifiziert nach ISO 27001 und gewährleistet damit den höchstmöglichen Standard bezüglich der Datensicherheit.

Abbildung 39: Screenshot vom 12.12.2019

Insgesamt ist in dieser potentiellen Kontrollmöglichkeit keine Fremdbestimmung zu sehen, die zu einer persönlichen Abhängigkeit führt.

961 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, S. 1453 (1456).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Reputations-, Feedback- und Bewertungssysteme als Fremdbestimmung

Im Zusammenhang mit der Kontrolle der Arbeitstätigkeit sind auch die Reputations-, Feedback- und Bewertungssysteme relevant. Aus Ihnen können „nachträgliche" Kontrollmechanismen erfolgen.[962]

Weiter oben ist allgemein und dann speziell in Bezug auf die Plattformen clickworker und Roamler erläutert worden, wie sie Kontrollmechanismen etablieren.

Grundsätzlich kann das Thema Kontrolle auf Plattformen nicht überschätzt werden. Das Geschäftsmodell von Plattformen ist, dass Angebot und Nachfrage zusammenkommen und die Interaktion zwischen Crowdsourcer und Crowd Worker am Ende erfolgreich ist. Sie müssen dabei dafür sorgen, dass alle Seiten sich konform verhalten. Der Anreiz für Crowd Worker ist die Bezahlung und die Reputation. Die Summe der Bewertungen bildet die Reputation der Crowd Worker. Die Reputation zeigt an, wie ihre Job-Performance ist und wie gut sie letztlich ihren Teil der Interaktion auf einer Plattform erfüllen.

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 entscheidet, ob sie auf der Plattform bleiben können, bestimmte Jobs bekommen oder wie gut ihre Bezahlung sein kann. Dadurch wird die Reputation zu einer Art Arbeitszeugnis und immaterieller Währung.[963] 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 und für besser bezahlte Jobs freigeschaltet zu werden. *Brose* überlegt, ob die ihrer Ansicht nach fehlende Weisungsbindung nicht durch ein Maß an Kontrolle ersetzt werden kann, die dann ihrerseits auf eine unselbstständige Arbeit im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV deuten kann.[964] Dabei seien Crowd Worker von den Plattformbetreibern insoweit abhängig als diese ihnen neue Aufgaben freischalten und einseitig Preise vorgeben.[965]

Im Ergebnis lässt sie diese Form der Kontrolle aber nicht ausreichen, da sie hauptsächlich wirtschaftliche Aspekte treffe; die wirtschaftliche Ab-

962 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (11); *Pacha*, Crowdwork, S. 183.
963 *Schmidt*, Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie, FES 2016, S. 12.
964 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (12).
965 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hängigkeit könne nicht ohne Weiteres in § 7 Abs. 1 SGB IV hineingelesen werden, da es Sonderregelungen wie Heimarbeit gebe, die wirtschaftliche Abhängigkeit berücksichtigen und diese deshalb weder vom Wortlaut des § 7 Abs. 1 SGB IV noch von der Systematik im Vergleich zu ähnlichen Sachlagen, erfasst werden könne.[966]

Grundsätzlich ist zuzustimmen, dass die fehlende Verhandlungsmacht über Preise sowie der Zugang zu besser bezahlten Tätigkeiten wirtschaftliche Aspekte betrifft. Nicht zuzustimmen ist, dass es nur Aspekte der wirtschaftlichen *Abhängigkeit* seien, die nicht zu berücksichtigen sind. Der Schwerpunkt dieses Problems liegt nicht in einer möglichen wirtschaftlichen Abhängigkeit, sondern in der fehlenden Verhandlungsmacht *überhaupt* Konditionen aushandeln zu können (sowohl in Bezug auf Preise und in Bezug auf die Art von Jobs). Die fehlende Verhandlungsmacht kann ein Ausmaß erreichen, das zu Fremdbestimmung führt.

Das Ganze gilt umso mehr als sich alles in ein System einbettet: Crowd Worker arbeiten auf einer vorgegebenen Benutzeroberfläche oder App, ausweislich der genauen Beschreibungen haben sie keinen Gestaltungsspielraum bei der Tätigkeit, ihre Arbeitshistorie, ihre Bewertung für ihre Tätigkeit, ihr Erfahrungswert, ihre Reputation ist allein auf der Plattform. So etabliert sich ein umfassendes System der Fremdbestimmung aus dem heraus auch die nachträgliche Bewertung mittels Feedbackmechanismen als Fremdbestimmung zu sehen ist.

Zu bedenken ist auch Folgendes: Die nachträgliche Bewertung ist auch eine Bewertung der *Art und Weise ihrer Leistungserbringung*.

Andere sehen in der nachträglichen Kontrolle keine Überprüfung der Art und Weise der Leistungserbringung, sondern ob das Arbeitsergebnis den zuvor vereinbarten Anforderungen entspricht.[967] Die Situation sei keine andere als bei der Abnahme eines Werkes.[968] Insofern gibt es eine Kongruenz der Argumente, man verweist immer wieder darauf, dass es eher werkvertragliche als arbeitsvertragliche Elemente seien.

Auch in Bezug auf die nachträgliche Bewertung ist dem zu widersprechen, denn für die hier besprochenen Fälle wäre das nicht konsequent.

Die vertraglich konkrete Leistungsbeschreibung ist als vorweggenommene Weisung unter die fachliche bzw. durchführungsbezogene Wei-

966 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13), gleichwohl sie es sozialpolitisch für zweifelhaft hält, wirtschaftlich Abhängige nur punktuell über Sondertatbestände in die Sozialversicherung einzubeziehen.

967 *Pacha*, Crowdwork, S. 185.

968 *Pacha*, Crowdwork, S. 185 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sungsbindung zu subsumieren (s.o.). Wenn nun diese Leistung am Ende bewertet wird, kann sich diese Bewertung nur *auch* auf die Durchführung beziehen, denn die konkreten Anweisungen im Vertrag bezogen sich ja auch auf den **Weg zum Arbeitsergebnis**. Nur, wenn die Durchführung entsprechend den Beschreibungen im Vertrag erfolgte, wird das Ergebnis verwertet und die Leistung bezahlt.

Dass Crowd Worker möglicherweise wirtschaftlich unter Druck sind, gute Leistung zu erbringen, um eine gute Reputation zu erhalten, ist ein Aspekt, den man mitdenken kann, aber der letztlich in der vorliegenden Konstellation keine Rolle spielt. Er würde als rein wirtschaftlicher Aspekt ohnehin keine Rolle bei der Bewertung der persönlichen Abhängigkeit spielen.

Die nachträgliche Kontrolle spielt vielmehr deshalb eine Rolle, weil die *Durchführung der Tätigkeit* bereits weisungsgebunden ist und die Bewertung dieser Leistung bei Ende der Tätigkeit dann nicht mehr mit dem Hinweis, es handele sich um ein werkvertragliches Element der Qualitätskontrolle, beseitigt werden kann.

Sonst hätte man gleich sagen müssen, dass die konkrete Leistungsbeschreibung nicht als vorweggenommene Weisung zu behandeln ist und somit alles eher für einen Werkvertrag spricht.[969]

Die Bewertung durch das Feedbacksystem kann auch als Bewertung bzgl. der Durchführung der Arbeitsleistung gesehen werden. Zu einem Element der Fremdbestimmung wird die nachträgliche Kontrolle, weil sie tatsächlich erst am Ende der Leistung erbracht wird. Könnten Plattformen während der Leistungserbringung eingreifen und Änderungen vorschlagen, wäre das Ganze als fachliche Weisung zu sehen.[970] Die Tatsache, dass es erst am Ende erfolgt und man der Bewertung wenig entgegensetzen kann, erlaubt eine Subsumtion unter die Fremdbestimmung. Letztlich zeigt sich der geringe Einfluss des einzelnen Crowd Workers auch darin, dass das Nutzungsverhältnis jederzeit von Seiten der Plattform – grundsätzlich ohne Angabe von Gründen – aufgelöst werden kann. Gerade in der jederzeitigen Entlassungsbefugnis kann als der Hebel gesehen werden, die Fremdbestimmung durchzusetzen.[971]

---

969 Konsequent daher *Pacha*, Crowdwork, S. 185.

970 So deutet es *Brose* an, NZS 2017, S. 7–14 (12), lehnt es aber mit Hinw. auf eine Abnahme im Werkvertrag ab.

971 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Zwischenergebnis für die Fremdbestimmung

Die plattformseitige Vorgabe mit einer bestimmten App arbeiten zu müssen, implementiert ein **algorithmisches Management**, das eine **Fremdbestimmung durch die Plattform** darstellt. Crowd Worker werden nur durch die Benutzeroberfläche der App geleitet, die außerhalb der programmierten Felder, keine Abweichungen erlaubt.

Dies zusammengenommen erfasst ein **Maß an Fremdbestimmung**, das zu einer **persönlichen Abhängigkeit** führt. Die **nachträgliche Bewertung mittels Feedbackmechanismen** stellt für die Crowd Worker auf Clickworker auch eine **nachträgliche Bewertung der Durchführung ihrer Arbeitsleistung** dar. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Durchführung der Arbeitsleistung weisungsgebunden ist.

Wenn aber bereits vorgegeben ist, *wie* der Weg zu einem Arbeitsergebnis ist, dann kann die nachträgliche Bewertung nicht nur das Ergebnis dieser Arbeit betreffen. Das Ergebnis ist durch die Vorgaben der Durchführung so stark eingeschränkt, dass auch hierhin eine Fremdbestimmung zu sehen ist, die in eine persönliche Abhängigkeit mündet. Die **arbeitsteilige Organisation** ist bei Crowd Workern von Roamler stärker ausgeprägt als bei Clickworker, da bei Roamler ein Austausch zwischen dem Innendienst und der Crowd stattfindet.

ee) Weitere Merkmale des § 611a BGB

(1) Persönliche Leistungserbringung

Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung ist typisch für den Arbeitsvertrag, dennoch ist ihre Rolle nicht eindeutig geklärt.[972] Auch der Selbstständige hat im Zweifel seine Dienste in personam zu leisten gem. § 613 S. 1 BGB.[973] Die persönliche Leistungserbringung hat nur Indizwirkung und kann keine persönliche Abhängigkeit herstellen, wenn sonst alles für eine selbstständige Tätigkeit spricht. Hilfstatsachen können nur eine bereits bestehende persönliche Abhängigkeit stützen.[974]

---

972 *Kolbe* fasst das zusammen in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, § 6 GewO Rn. 64 f.

973 BAG, Urteil vom 26.05.1999 – 5 AZR 469/98, NZA 1999, S. 983–986.

974 BAG, Urteil vom 09. Mai 1996 – 2 AZR 438/95 –, BAGE 83, 127–149; restriktiv BAG, Urteil vom 21. Juli 2015 – 9 AZR 484/14 –, juris Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In den AGB der Plattformen Clickworker und Roamler ist keine explizite Regelung, wonach die Leistungserbringung persönlich zu erfolgen habe. Allerdings gibt es Regelungen aus den AGB, die auf eine persönliche Leistungserbringung schließen. Bei beiden Plattformen muss ein Benutzerkonto angelegt werden (Nr. 5.1 AGB-Roamler, § 2.1 AGB Clickworker). Hierzu müssen die Crowd Worker ihre persönlichen Daten hinterlegen. Während Roamler nichts Weiteres über die persönlichen Daten der Crowd Worker sagt, wird in § 2.2 der Clickworker AGB verlangt, dass die *„persönlichen Daten ordnungsgemäß, richtig und wahrheitsgemäß"* angegeben werden. Da die Arbeit nur über den angelegten Account erfolgen kann, der mit korrekten persönlichen Daten angelegt wurde, kann man daraus nur schlussfolgern, dass die Leistung nur von den angemeldeten Crowd Workern, mithin persönlich, erbracht werden soll.

Bei Clickworker gibt es zu dieser persönlichen Leistungserbringung eine Ausnahmeregelung in § 2.5 ihrer AGB; darin heißt es:

> *„Mit juristischen Personen…kann clickworker Rahmenverträge über die Nutzung des Workplaces schließen. Diese erhalten hierdurch die Möglichkeit, clickworker selbst oder durch Mitarbeiter Angebote gemäß Ziffer 3.1 zu unterbreiten…"*

Diese Regelung zeigt, dass der Workplace auch für Unternehmen nutzbar sein soll, das mit mehreren Mitarbeiter/innen den Workplace nutzen möchte. Das zeigt aber auch im Umkehrschluss, dass der Normalfall die persönliche Leistungserbringung ist.

Darüber hinaus verbieten beide Plattformen per AGB, dass Accounts an Dritte weitergegeben, zur Verfügung gestellt oder mit anderen geteilt werden, ebenso ist die Unterhaltung mehrerer Nutzerkonten untersagt (§ 2.4 clickworker AGB, 5.2 Roamler AGB). Zusätzlich ist man bei Roamler dazu verpflichtet, seine GPS Daten freizugeben, diese dürfen gem. 5.2 der AGB nicht manipuliert werden.

Die Pflicht die Aufgaben in eigener Person zu erbringen, ergibt sich daraus, dass man im Vorhinein die Qualifizierungen und Schulungen absolviert. Die Plattformen wollen schon, dass ein Crowd Worker all die Dinge beherrscht, die er/sie in den Aufgaben dann zu erbringen haben.[975] Daran knüpfen dann die Reputations- und Bewertungssysteme an. Sie stellen die Arbeitshistorie von Crowd Workern dar und sind deshalb mit jedem Individuum verknüpft. Damit sind Crowd Worker bei clickworker und Roamler grundsätzlich zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet.

---

975 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 188.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dies stützt als zusätzliche Hilfstatsache die bestehende persönliche Abhängigkeit.

(2) Eigene Betriebsmittel

Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und Clickworker erbringen die Tätigkeiten an eigenen Endgeräten. Es werden ihnen keine Smartphone, Tablets oder PCs von den Plattformen bereitgestellt. Gleichzeitig sind diese Endgeräte unabdingbar, möchte man Tätigkeiten auf Plattformen nachgehen. Fraglich ist, ob aus der Tatsache, dass Crowd Worker eigene Betriebsmittel nutzen, abzuleiten ist, dass sie eher Selbstständige als Arbeitnehmer/innen sind.

Dazu ist zunächst zu sagen, dass es sich auch hier um eine Hilfstatsache handelt, wenn auch um eine negative. Denn, nutzt jemand eigene und nicht fremde Betriebsmittel, um die Leistung zu erbringen, kann daraus nicht automatisch eine unternehmerische Leistungspflicht gefolgert werden. Die geschuldete Leistung soll sich nicht aus Tatsachen, die außerhalb des Vertrages sind, bestimmen können.[976] So entschied das BAG in einem Fall, wo ein Frachtführer ein eigenes Fahrzeug nutzte, dass dies nicht dafür sprach, dass er „*Verpflichtungen, Belastungen und Risiken übernimmt, die über die Pflichten des Arbeitnehmers hinausgehen.*“[977] Das heißt, die Betriebsmittel sind insoweit relevant als sie etwas über die Weisungsbindung oder Fremdbestimmung aussagen könnten.[978]

Grundsätzlich wird man sagen müssen, dass nicht das Endgerät selbst für eine fremdbestimmte Tätigkeit spricht, es ist die Software, die eine bestimmte Art der Durchführung vorgibt. Die Software ist jedoch etwas, was den Plattformen zuzurechnen ist. Aus der Tatsache eigene Geräte zu nutzen ergibt sich nichts für oder gegen die Arbeitnehmereigenschaft.

976 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 48.
977 BAG, Urteil vom 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, BAGE 87, 129 (142).
978 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12; so auch *Thüsing/M. Schmidt*, ZIP 2016, S. 54 (59); BAG, Urteil vom 31.05.1989 – 5 AZR 173/88, juris, Rn. 67; BAG, Urteil vom 22.06.1994 – 7 AZR 506/93, juris Rn. 27 (Bereitstellung von Werkzeug spreche bei einfachen handwerklichen Tätigkeiten für ein Arbeitsverhältnis); *Fischels*, Arbeitnehmerbegriff, S. 305.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Grad der persönlichen Abhängigkeit, Gesamtbetrachtung und die tatsächliche Vertragsdurchführung

Abschließend ist für unsere Fälle zu prüfen, ob die Weisungsbindung und Fremdbestimmung bei den Plattformen Clickworker und Roamler einen Grad an persönlicher Abhängigkeit iSd. § 611a Abs. 1 S. 4 BGB erreicht, dass dortige Crowd Worker als Arbeitnehmer/innen gesehen werden können. Daneben kommt es auf die Gesamtbetrachtung und tatsächliche Vertragsdurchführung an, § 611a Abs. 1 S. 5–6 BGB.

aa) Grad der persönlichen Abhängigkeit

In § 611a Abs. 1 S. 4 BGB ist mit der Aufnahme des Grades der persönlichen Abhängigkeit ein Teilaspekt der ständigen Rechtsprechung kodifiziert worden.[979] Die Regelung ist in Abgrenzung zum freien Dienstvertrag zu verstehen, denn die Feststellung der persönlichen Abhängigkeit allein, soll nicht genügen, sie muss auch einen Grad erreicht haben, der für einen Arbeitsvertrag spricht.[980] Zu berücksichtigen ist, dass sich keine für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Kriterien aufstellen lassen, denn die meisten Tätigkeiten können sowohl in einem Verhältnis als freie Mitarbeiter als auch in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden.[981] Insgesamt wird man sagen können, je stärker die Weisungsbindung ausgeprägt ist, desto eher wird ein Arbeitsverhältnis anzunehmen sein.[982] Auch für Crowd Work gibt es keine Voreinstellung, ob sie im freien Dienst- oder im Arbeitsverhältnis erbracht werden muss.[983] Gleichwohl kann das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses aus der Art oder Organisation der Tätigkeit folgen.[984] Dabei ist auf die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abzustellen. Dies deutet

979 BAG, Urteil vom 08.06.1967 – 5 AZR 461/66 und 07.05.1980 – 5 AZR 293/78, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 6 und 35; 12.09.1996 – 5 AZR 104/95, NZA 1997, S. 600–604 (601); 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288; 24.08.2016 – 7 AZR 712/13, NZA 2016, S 758.
980 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 611a BGB, Rn. 37.
981 BAG, Urteil vom 22.04.1998 5 AZR 2/97, NZA, S. 1277–1279 (1278).
982 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 40.
983 *Deinert*, RdA 2017, S. 65–82 (68).
984 BAG, Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 2/97, NZA 1998 S. 1277–1279 (1278). Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 342/97, NZA 1998, S. 1336–1341 (1338).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wiederum auf eine Differenzierung nach Personen- und Berufsgruppen hin.[985]

Wobei hier klar sein muss, dass nicht neue Abgrenzungsmerkmale neben jenen in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB, also Weisungsbindung und Fremdbestimmung, hinzukommen können.[986] Der Gesetzgeber wollte durch die Norm Besonderheiten oder Eigenarten einer Tätigkeit berücksichtigt wissen; so etwa im Bereich der Rundfunk-, Presse- und Kunstfreiheit.[987]

Letztlich sagt die Formulierung im Gesetz aus, dass die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Die Formulierung ist auch offen, noch nicht bekannte Abhängigkeiten im Kontext der digitalen Arbeitswelt zu erfassen.[988] Für unsere Fälle könnte es bedeuten, dass hier die umgekehrte Angebotssituation eine solche Eigenart ist. Also die Tatsache, dass Crowd Worker sich die Arbeit „abholen" und nicht die Plattformen nach geeigneten Arbeitskräften suchen und Aufgaben zuweisen müssen. In dem Maße wie Arbeit über technische Einrichtungen so organisiert werden kann, dass Arbeitswillige ein Angebot abgeben, um zu plattformseitig vorgegebenen Konditionen zu arbeiten, ist dies als Eigenart einer Tätigkeit zu berücksichtigen. Hier sind wir wieder bei den Grundüberlegungen, warum Arbeit über Plattformen organisiert wird. An dieser Stelle wird auf die ökonomischen Mechanismen der Plattformarbeit verwiesen.[989] Für die hier besprochenen Fälle ist durch eine umfassende Vorprogrammierung der Verträge bei der Weisungsbindung und Fremdbestimmung der Grad der persönlichen Abhängigkeit so hoch, dass die Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und Clickworker als Arbeitnehmer/innen anzusehen sind.

985 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 611a BGB Rn. 38.
986 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 611a BGB Rn. 39; Wank, AuR 2017, S. 140–153 (149).
987 Gesetzesbegründung zu § 611a BGB, BT- Drucksache18/9232, S. 32 abrufbar unter: https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/092/1809232.pdf; darauf hinweisend auch ErfK/Preis, § 611a, Rn. 11.
988 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 11.
989 C. IV. 2. Plattformökonomie und Marktwirtschaft.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Gesamtbetrachtung und tatsächliche Vertragsdurchführung

Die letzten beiden Sätze des § 611a Abs. 1 BGB gehören gedanklich zusammen. In § 611a S. 5 und S. 6 BGB heißt es:

> *„Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“*

Aus diesem Grund sind in der Gesamtbetrachtung auch nur solche Umstände zu werten, die erheblich sind, um eine Vertragstypenzuordnung zu ermöglichen.[990] Das können aber nur Elemente sein, die bereits in der Weisungsbindung und Fremdbestimmung berücksichtigt werden können. Unerhebliche Kriterien bleiben unberücksichtigt, so beispielsweise wirtschaftliche Abhängigkeiten, weil diese in allen Vertragsgestaltungen vorkommen können, ebenso wie das Auftreten mit eigenem Logo, Namen, die Arbeit auf Rechnung und Ähnliches.[991]

In diese Gesamtbetrachtung bettet sich auch das Erfordernis, die tatsächliche Vertragsdurchführung zu berücksichtigen. Tritt jemand nach außen als Selbstständiger mit freiem Dienst- oder Werkvertrag auf, unterliegt er/sie jedoch Weisungen oder/und Fremdbestimmung, dann stellt sich die Rechtsbeziehung nach ihrer tatsächlichen Vertragsdurchführung als Arbeitsvertrag dar. Der Schutzgedanke des Arbeitsrechts gebietet es, dass der wirtschaftliche stärkere Teil es nicht durch bloße Formulierung des Vertrages in der Hand hätte, ob Arbeitsrecht anwendbar ist oder nicht.[992] Der objektive Geschäftsinhalt eines Vertrages ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend.[993]

Für die hier besprochenen Fälle ist gerade die tatsächliche Vertragsdurchführung von hoher Relevanz. Wie oben erläutert wurde, werden Plattformen wegen ihres Geschäftsmodells nie in der Situation sein, dass

---

990 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 46.

991 ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 47.

992 BAG, Beschluss vom 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, S. 823–834 (832) „Scientology“; BAG, Urteil vom 19. 11. 1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, S. 364–367; ErfK/Preis, § 611a BGB, Rn. 44.

993 BAG, Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 104/95, AP BGB § 611 („Freie Mitarbeiter“) Nr. 1; BAG, Urteil vom 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, S. 288; BAG, Urteil vom 24.08.2016 – 7 AZR 712/13, NZA 2016, S. 758.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie Crowd Worker tatsächlich konkret verpflichten müssen, um die Aufgaben zu erfüllen. Das unternehmerische Problem in Dienstleistungsmärkten ungenutzte Arbeitskraftreserven auf Abruf halten zu müssen, scheint durch vielfältige Dienstleistungsplattformen gelöst.[994]

Sie müssen Arbeit nicht dergestalt organisieren, dass sie Arbeit auf Abruf organisieren, befristete Verträge oder Null-Stunden-Verträge (unabhängig von der Frage, ob eine solche Vertragskonstruktion zulässig ist) anbieten. Das ist nur ein Teil ebenfalls bemühter Gestaltungsmöglichkeiten für einen flexiblen Arbeitseinsatz. Plattformen schaffen es, die Nachfragesituation umzukehren, indem sie genügend Menschen im virtuellen Raum versammeln können, damit diese ihre Arbeitsbereitschaft anbieten. Die tatsächliche Vertragsdurchführung gibt auf, etwaige Umgehungsversuche des Arbeitsrechts zu enttarnen. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, inwieweit durch Crowd Work auf den Plattformen Roamler ein Dauerschuldverhältnis durch Realofferte oder durch einzelne befristete Arbeitsverhältnisse entstehen kann.

(1) Das Dauerschuldverhältnis qua Realofferte

Nun könnte man sich auf den Punkt zurückziehen, dass eine Vertragsgestaltung mit Rahmenverträgen zulässig und nicht per se für eine Umgehung eines Arbeitsvertrages spricht.[995] Insbesondere deshalb, *weil* die Plattformen von einem Rahmenvertrag mit einzelnen Vertragsverhältnissen Gebrauch gemacht haben, müsste deutlich geworden sein, dass *kein* Dauerarbeitsverhältnis entstehen sollte.[996] Mit dieser Argumentation würden indes zwei Dinge nicht berücksichtigt:

1. Ein Dauerarbeitsverhältnis *kann* per Realofferte und deren Annahme entstehen, wenn über einen längeren Zeitraum Leistung und Gegen-

994 *Heiland* in: Houben/Prietl (Hrsg.), Datengesellschaft, transcript 2018, S. 233–252 (235).

995 BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (736, Rn. 24).

996 Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (736, Rn. 29) argumentieren, dass es keine Umgehung arbeitsrechtlicher Vorschriften ist, Rahmenverträge und Einzelarbeitsverhältnisse, statt Arbeit auf Abruf zu vereinbaren. Im Übrigen ist dies st. Rspr.: BAG, Urteil vom 31.07.2002 AP TzBfG § 12 Nr. 1; 16.05.2012, NZA 2012, S. 974; BSG, Urteil vom 30.10.2013 BeckRS 2014, 66942; BSG, Urteil vom 18.11.2015, BeckRS 2016, 66641; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leistung regelmäßig ausgetauscht wurden.[997] Crowd Worker haben keinerlei Einfluss auf die Vertragsgestaltung. Wer eine Beschäftigung so annimmt, wie sie angeboten wird, verhält sich insoweit nicht widersprüchlich.[998] Ein Dauerarbeitsverhältnis *kann* entstehen, wenn ein Dauerbedarf abgedeckt wird und der einzelne Arbeitnehmer häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen wird, von einem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch macht und er also darauf vertrauen kann, auch in Zukunft herangezogen zu werden.[999] Auch, wenn sich aus der Rahmenvereinbarung keine Verpflichtung ergab, so verdichtete sich das Ganze zu einer Verpflichtung, indem die Vertragsparteien einen anderen Vertrag gelebt haben.

Die Leistungsbeziehung ist dann dem Rahmenvertrag entwachsen, so dass dieser kein „Gegenindiz" mehr bilden kann. Die Situation ist dann jene, dass aus einem Nicht-Arbeitsverhältnis, ein Arbeitsverhältnis werden kann. Die tatsächliche Durchführung führt dann auch bei Crowd Work zu einem Arbeitsverhältnis, wenn als Resultat der Auftragsvergabe via Plattform eine Beschäftigungskontinuität mit dem Plattformbetreiber entsteht.[1000]

2. Fraglich ist, ob die Rahmenvereinbarung mit einzelnen Vertragsverhältnissen die gegenteilige Annahme, dass eben kein Dauerschuldverhältnis zustande kommen soll, hier wirklich stützen kann. Handelt es sich bei den Einzelverträgen um Arbeitsverträge, unterlägen sie als befristete Verträge der vollen Befristungskontrolle.[1001] Wie wir oben aufgezeigt haben, sind Crowd Worker auf Roamler und clickworker, innerhalb der einzelnen Aufträge umfassend weisungsgebunden und fremdbestimmt. Damit lägen dem Grunde nach befristete Arbeitsverträge vor.[1002]

---

997 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 – Rn. 32, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin").

998 BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 – Rn. 32, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 125 („Cutterin").

999 BAG, Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 2/97, NZA 1998, S. 1277–1279 (1279).

1000 So gerade für Crowd Work, *Schwarze in:* Hanau/Matiaske, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, S. 49–69 (59).

1001 BAG, Urteil vom 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, S. 733–737 (736, Rn. 26).

1002 So deutet es auch LAG München an, Urteil vom 04.12.2019 – 8-Sa 146/19, abrufbar unter: https://www.lag.bayern.de/muenchen/entscheidungen/index.php. So wird es auch in der bisherigen Literatur aufgefasst: *Steck*, SPA 2020, S. 9–11; *Frank/Heine*, NZA 2020, S. 292–294 (292).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allerdings stellt sich hier die Frage, ob das Befristungsrecht nach TzBfG überhaupt angewendet werden kann. Der Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers ist in § 3 Abs. 1 TzBfG definiert. Danach ist ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag. Ein auf bestimmte Zeit geschlossener Arbeitsvertrag (befristeter Arbeitsvertrag) liegt vor, wenn seine Dauer kalendermäßig bestimmt ist (kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag) oder sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt (zweckbefristeter Arbeitsvertrag). Zeitbefristete Verträge sind nach dem TzBfG nicht nach Stunden, sondern nur nach Kalendertagen möglich.[1003] Es kann sich um ein Ein-Tages-Arbeitsverhältnis handeln.[1004] Die Parzellierung des Tages in mehrere befristete Arbeitsverträge (= Zeitfenster) kennt das TzBfG dagegen nicht.

Bei beiden Plattformen wäre ein möglicher Arbeitsvertrag immer über die Dauer der Zeit veranschlagt, die die Plattform für eine Aufgabe vorgesehen hat. Bei clickworker unterscheidet sich das von wenigen Minuten bis mehreren Stunden, während bei Roamler „Zwei-Stunden-Fenster" die Regel sind. Die Befristung des Zeitfensters endet minutengenau zwei Stunden nach Anklicken. Eine solche Befristung ist begrifflich keine kalendermäßige Befristung.

Mit dem TzBfG und der Unionsrichtlinie ist nicht mehr vereinbar, wenn man eine Kette befristeter Arbeitsverträge innerhalb eines Arbeitstags annimmt. Eine mehrfach tägliche Befristung nach Stunden kennt die Rechtsordnung für Verträge, z.B. über die Nutzung einer Sporteinrichtung, wie z.B. eines Tennisplatzes.

Aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 2 TzBfG und Paragraph 3 Nr. 1 EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung ergibt sich, dass der innerstaatliche und der Unionsgesetzgeber diese Option für das Arbeitsrecht nicht gewählt hat. Die kürzeste rechtlich mögliche Einheit im Sinne des TzBfG ist das Ein-Tages-Arbeitsverhältnis.[1005]

Eine Zweckbefristung ist darin ebenfalls nicht zu sehen, denn diese könnte nur in einer Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG liegen. Dabei fehlt es nicht nur am Zweck, es fehlt auch an einer wirksamen Be-

---

1003 Siehe nur: *Schmalenberg*/HWK, Arbeitsrecht Kommentar, § 3 TzBfG Rn. 3; *Backhaus*/APS, TzBfG § 3 Rn. 4; ErfK/*Müller-Glöge*, TzBfG § 3 Rn. 3–6.

1004 *Tillmanns*/DHSW, HK-ArbR, TzBfG § 3 Rn. 15; HK- TzBfG/*Joussen*, TzBfG, § 3 Rn. 7.

1005 BAG, Urteil vom 16.05.2012 – 5 AZR 268/11, „Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse im Rettungsdienst".

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fristungsabrede nach § 14 Abs. 4 TzBfG, die zwingend eine Schriftform erfordert. Da die Zweckerreichung den Beendigungstatbestand umschreibt, müsste sie gem. § 14 Abs. 4 TzBfG zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden.[1006]

Nun könnte es für die Plattformen sprechen, dass sie ja gar keine Arbeitsverträge anbieten, also auch keine wirksame Befristungsabrede brauchen. Es ist jedoch völlig unerheblich, ob die Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Normen bewusst oder unbewusst erfolgt.[1007] Plattformen können sich damit nicht darauf zurückziehen, die Umgehung unbewusst veranlasst zu haben. Die Voraussetzungen des Arbeitsvertrages liegen nämlich dem Grunde nach vor. Damit können sie sich nicht darauf berufen, mit der Rahmenvertragslösung eine *zulässige* Vertragskonstruktion gewählt zu haben, denn das ist sie ja gerade nicht, weil sie gegen Befristungsrecht verstößt. Damit das vertraglich Erklärte gegenüber der tatsächlichen Durchführung Vorrang hat, müsste es schon zulässig sein.[1008]

Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn eine bestimmte Vertragskonstruktion als zulässig gewertet und keine Umgehung von Arbeitsrecht darstellen würde, aber ihrerseits nicht wirksam sein muss. In weiterer Konsequenz würde das dazu führen, dass ein Dauerschuldverhältnis qua Realofferte nicht entstehen kann. Die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses infolge des unwirksam befristeten Einzelarbeitsverhältnis unterläge aber der kurzen dreiwöchigen Klagefrist (§ 17 TzBfG) innerhalb derer eine Befristungskontrollklage einzureichen ist.

Die Verfasserin fühlte sich an den Edelmann-Fall erinnert, den das Reichsgericht einmal entschied: „Wer sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, hat ihren Schutz nicht verdient“[1009] Hier würde das Ganze verkehrt: „Wer sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, bekommt eine kurze Klagefrist dazu.“ Die Durchsetzung des Rechts wäre so erschwert, dass die Wahrnehmung dieser Rechte nur jenen vorbehalten sein dürfte, die rechtlich vorgebildet sind.

Das führt zu dem Schluss: Dauerarbeitsverhältnisse qua Realofferte und deren Annahme können trotz der Rahmenvertragslösung entstehen, wenn die Rahmenvertragslösung gegen zwingendes Recht verstößt.

1006 *Schmalenberg* /HWK, Arbeitsrecht Kommentar, § 3 TzBfG Rn. 4.
1007 BAG, Urteil vom 15.03.1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 23.
1008 So auch *Schwarze*, RdA 2020, S. 38–45 (40).
1009 RGZ Bd. 117, S. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Einzelne Arbeitsverträge als befristete Verträge im Sinne des TzBfG?

Wie gerade festgestellt, können die einzelnen Verträge nicht als kalendermäßig befristete Arbeitsverträge unter das TzBfG fallen, da ihre Dauer von der Plattform auf wenige Minuten bzw. Stunden festgelegt wurde und dies nicht als kalendermäßige Befristung zu betrachten ist. Aber auch die Annahme einer Zweckbefristung liegt fern. Es könnte dabei nur eine Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG in Betracht kommen. Allerdings muss hier der Sachgrund nicht herausgearbeitet werden, denn wegen Nichteinhaltung der Schriftform nach § 14 Abs. 4 TzBfG gelten die Verträge als auf unbestimmte Zeit geschlossen gem. § 16 1. Hs. TzBfG. Damit Crowd Worker zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag kommen, ist zu empfehlen, dass sie innerhalb der Frist des § 17 TzBfG eine Entfristungskontrollklage erheben, denn in einem vor dem LAG München entschiedenen Fall, stellte die Kammer maßgeblich auf § 17 TzBfG ab.[1010]

In der Entscheidung zog sich die befasste Kammer des LAG München auf den Standpunkt zurück, dass nicht zu prüfen gewesen sei, ob die einzelnen Verträge als Arbeitsverhältnisse sind, da die Frist des § 17 TzBfG versäumt war. Hierbei nimmt es eine Anwendung des TzBfG von vorneherein an. Das ist – wie soeben dargestellt – rechtsfehlerhaft.

Darüber hinaus, hätte es auch bei Annahme einer Zweckbefristung prüfen müssen, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Kürzlich hat das BAG entschieden, dass auch bei einer Kündigungsschutzklage das Gericht inzidenter zu prüfen habe, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt.[1011]

In keinem Fall konnte sich das LAG auf die versäumte Frist des § 17 TzBfG berufen, denn in Frage stand auch, ob eine *missbräuchliche Vertragsgestaltung* vorlag, wenn mehrere befristete Verträge pro Tag abgeschlossen wurden. Das führt zur Missbrauchskontrolle bei Kettenbefristungen. Das BAG stützt sich zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH auf das Rechtsmissbrauchsverbot des § 242 BGB.[1012] Rechtsmissbrauch kann auf zweierlei Weise einer wirksamen Befristung entgegenstehen und zwar als:

- **Institutioneller Rechtsmissbrauch** für den Bereich der Sachgrundbefristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG. Ein solcher ist nach Ansicht des

1010 So in der Sache auch LAG München, Urteil vom 04.12.2019 – 8-Sa 146/19, jedoch entschied es wegen Fristversäumnis nicht, ob es befristete Arbeitsverhältnisse waren.

1011 BAG, Urteil vom 21.05.2019 – 9 AZR 295/18, NZA 2019, S. 1411–1415.

1012 BAG, Urteil vom 13.2.2013, 7 AZR 225/11, AP TzBfG § 14 Nr. 106; vom Stein, NJW 2015, S. 369–374 (370).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BAG gegeben, wenn „*ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. …Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt … weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht*".[1013]

- **Individueller Rechtsmissbrauch** im Bereich sachgrundloser Befristungen gem. § 14 Abs. 2 TzBfG mit einem subjektivierten Prüfungsmaßstab, wo es darauf ankommt, ob Schutzvorschriften absichtlich umgangen werden sollten.[1014]

Da hier ohnehin nur eine Zweckbefristung in Betracht käme, könnte nur ein institutioneller Rechtsmissbrauch in Betracht kommen. Beim institutionellen Rechtsmissbrauch mit Sachgrund prüft die Rechtsprechung auf zwei Stufen:

1. Die Gesamtdauer und Anzahl der Vertragsverlängerungen (Ampelmodell) sowie
2. aufgrund einer Gesamtabwägung.

Bei der ersten Prüfungsstufe entwickelte die Rechtsprechung im Hinblick auf praxistaugliche Lösungen das „Ampelmodell".[1015] So gab es für die erste Prüfungsstufe einen unproblematischen Bereich, der mit zwei Jahren und maximal drei Verlängerungen umrissen war.[1016] Eine einfache Überschreitung der Eckpunkte bleibt unproblematisch und rechtfertigt keine Missbrauchskontrolle. Damit war man im unkritischen Bereich der Grünphase.

In die Gelbphase gelangte man bei besonders kurzzeitigen Befristungen; so nahm das BAG in einem Vertrag, der 5,5 Jahre dauerte und 13-mal befristet wurde, eine Missbrauchskontrolle vor.[1017] Die daraus abzuleitende Formel für die Gelbphase war:[1018] Überschreitung der Gesamtbefristungsdauer um das Vierfache (ab 8 Jahren) und Verlängerungsanzahl vierfach überschritten (ab 12 Verlängerungen); eine kombinierte Überschreitung der Eckpunkte des § 14 Abs. 2 TzBfG jeweils um das Dreifache (ab sechs Jahren und neun Verlängerungen).

1013 BAG, Urteil vom 18.7.2012, 7 AZR 443/09, NZA 2012, S. 1351–1359.
1014 BAG, Urteil vom 19.3.2014, 7 AZR 527/12, NZA 2014, S. 840–843.
1015 Vgl. *Kiel*, JBArbR 50 (2013), S. 25 (45 ff); ebenso *Böhm*, DB 2013, S. 516 (517).
1016 Vgl. *vom Stein*, NJW 2015, S. 369–374 (371).
1017 BAG, NZA 2013, S. 777.
1018 *Kiel*, JBArbR 2013, S. 25 (46).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein indizierter Missbrauch – die Rotphase – beginnt, wenn diese Eckpunkte alternativ oder kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten werden. Das Befristungsrecht dient damit nur als Instrument missbräuchlicher Vertragsgestaltung. Das BAG und die Instanzgerichte sehen den institutionellen Rechtsmissbrauch als gegeben an, wenn die Dauer der Befristung oder die Anzahl der Befristungen den Schwellenwert um mehr als das Fünffache überschreiten.[1019]

Beim LAG München war der Sachverhalt so gelagert, dass der Crowd Worker ca. 4.000 Befristungen bei einer Dauer von 15 Monaten hatte. Es geht damit nicht um die aus dem „Ampelmodell" dargestellten Fälle mit maximal einem guten Dutzend Befristungen, wir sprechen über eine Arbeitsorganisation, die es mittels der Portionierung von zusammenhängenden Aufgaben und moderner Informations- und Kommunikationstechnologien sowie der Verteilung dieser Aufgaben in der Cloud schafft, Arbeitsverträge nicht als solche erscheinen zu lassen – obwohl sie es bei Lichte betrachtet sind. Aus diesen Gründen war das Urteil des LAG München rechtsfehlerhaft.

c) Ergebnis – Können Crowd Worker auf Clickworker und Roamler Arbeitnehmer/innen sein?

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. Es ist an mehreren Stellen aufgezeigt worden, wie Aufgaben bei Clickworker und Roamler organisiert sind. 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.[1020]

Jedoch erkennt das BAG auch, dass „*ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer…nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer [wird].*"[1021] Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung, wonach bei einfa-

1019 Zusammenfassend *vom Stein*, NJW 2015, S. 369–374 (371).
1020 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.
1021 BAG, Urteil vom 25.09.2013 – 5 AZR 282/12.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Tätigkeiten vorweggenommene Weisungen eher für eine persönliche Abhängigkeit sprechen können.[1022] Das ist vorliegend der Fall. Die sehr konkrete Beschreibung der geschuldeten Leistung ist wertungsmäßig als fachliche 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. Wobei hier zu unterscheiden ist, zwischen dem Zeitraum währenddessen die Aufgabe zu erbringen ist und der tatsächlichen Durchführung der Aufgabe. Bei allen untersuchten Plattformen wird ein Zeitraum angegeben, innerhalb dessen eine Aufgabe zu erledigen ist. Dieser variiert zwischen wenigen Minuten und einigen Stunden. Die tatsächliche Durchführung wird meist mit wenigen Minuten angegeben. Diese zeitlichen Vorgaben sind keine freie Gestaltung der Arbeitszeit wie es § 611a Abs. 1 S. 3 BGB und § 84 Abs. 1 S. 2 HGB für Selbstständige vorsehen. Einem echten Selbstständigen wird man zwar aufgeben können *bis wann* eine Leistung zu erbringen sein wird, man wird ihm/ihr aber kaum Vorgaben machen können, wie lange die Tätigkeit dauern soll und wie die Lage der Arbeitszeit liegen soll.

Bei Roamler ist erst recht von einer zeitlichen Weisungsbindung auszugehen. Die Durchführung der Aufgaben selbst dauert nur wenige Minuten. Der Zeitraum innerhalb dessen die Aufgabe zu erbringen ist, wurde mit zwei Stunden veranschlagt. Diese Zeit ist so knapp bemessen, dass kein Spielraum verbleibt, seine Arbeitszeit frei zu gestalten. Hinzukommt, dass manche Aufgaben nur zu bestimmten Zeiten zu erbringen sind, ein Sonntagsarbeitsverbot enthalten und die Server diese Aufgaben nur zu bestimmten Zeiten annehmen.

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.

1022 BAG, Urteil vom 16.07.1997 – 5 AZR 312/96, NZA 1998, S. 368 (369).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. Die Mitarbeiter von Clickworker und Roamler, welche die Arbeiten überprüfen, können inhaltliche Anmerkungen haben und eine Änderung verlangen. 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. Andere sehen in der nachträglichen Kontrolle keine Überprüfung der Art und Weise der Leistungserbringung, sondern ob das Arbeitsergebnis den zuvor vereinbarten Anforderungen entspricht.[1023]

Dem ist zu widersprechen, denn für die hier besprochenen Fälle wäre das nicht konsequent. Bei der Durchführung der Arbeitsleistung unterliegen die Crowd Worker vorweggenommenen Weisungen. Wenn nun diese Leistung am Ende bewertet wird, kann sich diese Bewertung nur auch auf die *Durchführung* beziehen, denn die konkreten Anweisungen im Vertrag bezogen sich ja auch auf den *Weg zum Arbeitsergebnis*. Nur, wenn die *Durchführung* entsprechend den Beschreibungen im Vertrag erfolgte, wird das Ergebnis verwertet und die Leistung bezahlt. Die Bewertung durch das Feedbacksystem kann auch als *Bewertung bzgl. der Durchführung der Arbeits-*

1023 *Pacha*, Crowdwork, S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leistung gesehen werden. Zu einem Element der Fremdbestimmung wird sie dadurch, weil die Bewertung tatsächlich erst am Ende der Leistung erbracht wird. Könnten Plattformen während der Leistungserbringung eingreifen und Änderungen vorschlagen, wäre das Ganze als fachliche Weisung zu sehen.[1024] Die Tatsache, dass es erst am Ende erfolgt und man der Bewertung wenig entgegensetzen kann, erlaubt eine Subsumtion unter die Fremdbestimmung. Letztlich zeigt sich der geringe Einfluss des einzelnen Crowd Workers auch darin, dass das Nutzungsverhältnis jederzeit von Seiten der Plattform – grundsätzlich ohne Angabe von Gründen – aufgelöst werden kann. Gerade in der jederzeitigen Entlassungsbefugnis kann der Hebel gesehen werden, die Fremdbestimmung durchzusetzen.[1025]

Daneben gibt es einige Merkmale, die als Indizien für persönliche Abhängigkeit herangezogen werden.

Grundsätzlich sind Crowd Worker dazu verpflichtet, ihre Tätigkeit persönlich zu erbringen. Allerdings gibt es bei Clickworker die Möglichkeit mehrere Accounts freizuschalten. Aus der Tatsache, dass Crowd Worker mit eigenen Mitteln arbeiten, ist kein Indiz gegen ein Arbeitsverhältnis abzuleiten. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist bei Crowd Workern nicht anders zu berücksichtigen als bei anderen. Für das Arbeitsverhältnis ist sie nicht notwendig.

Die unternehmerische Eigenbestimmung ist durch die umfassende Abgeschlossenheit des plattformseitigen Ökosystems schlicht nicht vorhanden. Selbstständigen können keine Schritt-für-Schritt Anweisungen zur Durchführung ihrer Arbeit gemacht werden. Selbstständige müssen ihre Aufträge nicht in einem engen zeitlichen Rahmen von wenigen Stunden erbringen. Ihnen kann nicht vorgegeben werden, dass die Tätigkeit nur möglich ist, wenn man sich vorher an einem virtuellen Ort eingefunden hat. Selbstständigen können Preise nicht per se vorgegeben werden, die ebenso unverhandelbar sind wie alle anderen Konditionen. Selbstständige leisten keine unselbstständigen Produktionsschritte, die erst mit der Reintegration in die Wertschöpfung der Plattform einen Sinn ergeben. Selbstständigen kann das hauptsächliche Arbeitsmittel nicht jederzeit deaktiviert werden mit der Folge, dass sie keine Tätigkeit dieser Art mehr verfolgen können. All das können die Plattformen Roamler und Clickwor-

1024 So deutet es *Brose* an, NZS 2017, S. 7–14 (12), lehnt es aber mit dem Hinweis ab, dass dies praktisch wohl nicht erfolge. Dies dürfte auch den empirischen Tatsachen entsprechen.

1025 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ker jedoch bestimmen. Um mit den Worten des Bundesarbeitsgerichts abzuschließen:

> *„Mit einer solchen Betrachtungsweise wird der Arbeitnehmerbegriff nicht unzulässig ausgeweitet. Es geht nicht darum, Vertragstypen, die bisher dem freien Dienstvertrag zugerechnet wurden, in den Bereich des Arbeitsrechts herüberzuziehen. Vielmehr gilt es, neue, durch die technische Entwicklung entstandene Berufstypen richtig zu sehen und die entsprechenden Rechtsverhältnisse in unser Rechtssystem richtig einzuordnen.“*[1026]

Diesem Anspruch ist Genüge getan, wenn Crowd Worker von Roamler und Clickworker unter den gegeben Umständen als Arbeitnehmer/innen anzusehen sind.

	Clickworker	Roamler
Inhaltliche Weisungsbindung	-	-
Fachliche Weisungsbindung	X	X
Zeitliche Weisungsbindung	X	X
Örtliche Weisungsbindung	X	X
Fremdbestimmung durch Algorithmisches Management	X	X
Fremdbestimmung durch Kontrolle	-	-
Fremdbestimmung durch Reputations- und Feedbacksysteme	X	X
Grad der persönlichen Abhängigkeit	X	X
Gesamtbetrachtung und tatsächliche Vertragsdurchführung	X	X

eigene Darstellung.

IV. Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen

Wer den Blick auf den arbeitsrechtlichen Status von Crowd Workern richtet, wird ungeachtet des oben gefundenen Ergebnisses auch prüfen, ob Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen gesehen werden können. Im Folgenden wird zunächst Allgemeines zum Begriff der arbeit-

1026 BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nehmerähnlichen Person zusammengetragen. Schließlich wird für die hier untersuchten Plattformen auf Clickworker und Roamler geprüft, ob die dort tätigen Crowd Worker unter gegebenen Umständen auch als arbeitnehmerähnliche Personen gesehen werden könnten.

1. Allgemeines zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person[1027]

Wie bereits an verschiedenen Stellen angeklungen ist, kennt das deutsche Arbeitsrecht seit jeher eine Zwischenkategorie zwischen Arbeitnehmer/innen und Selbstständigen, nämlich die arbeitnehmerähnliche Person.[1028]

Die rechtsdogmatischen Abhandlungen zur Einordnung der arbeitnehmerähnlichen Person sind zahlreich, so wird an dieser Stelle auf einige von ihnen verwiesen.[1029] Nicht nur der Arbeitnehmerbegriff ist in der Debatte, einige sprechen sich für die Stärkung der Rechte der arbeitnehmerähnlichen Person aus.[1030]

Die arbeitnehmerähnliche Person ist dem Grunde nach selbstständig. Sie organisiert ihre Arbeit selbst und vermarktet das Arbeitsergebnis.[1031] Die Arbeitnehmer*ähnlichkeit* kommt zustande, weil sie zwar nicht persönlich, aber *wirtschaftlich abhängig* und ähnlich wie Arbeitnehmer/innen *sozial schutzbedürftig* ist.[1032] *Schneider* fasst es so zusammen: „*Selbstständige sind*

1027 Nachfolgende Überlegungen teilweise entnommen bei: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 69 ff.

1028 Überblick historische Herleitung bei: *Hromadka*, NZA 1997, S. 1249–1256 (1249 f.).

1029 Auswahl: *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, C.H. Beck, 2004; *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, Nomos, 2006; *Rebhahn*, Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, S. 236–253; *Neuvians*, Die arbeitnehmerähnliche Person, Duncker&Humblot, 2002.

1030 Auswahl: *Hromadka*, NZA 1997, S. 1249–1256; *Däubler* in: FS Wank 2014, S. 89 ff., *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, S. 85 f.; Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10, Rn. 10 bzgl. des Kündigungsschutzes. Ablehnend z.B. BAG 13. 7. 1980 – 3 AZR 1077/78, AP BGB § 613a Nr. 23 (§ 613a BGB); BAG 14. 12. 2004 – 9 AZR 23/04, AP BGB § 138 Nr. 62 (§ 612a BGB); BAG 8. 5. 2007 – 9 AZR 777/06.

1031 *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, 6. Aufl., § 9 Rn. 252; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 1; *Thüsing*/HWK, § 611a BGB Rn. 125; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 80; *Kreuder/Mathiessen-Kreuder*, HK-ArbR, § 611a BGB Rn. 102–105.

1032 St. Rspr., zuletzt BAG, Beschluss vom 09.04.2019 9 AZB 2/19 Rn. 19, abrufbar unter: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2019/2019-08-06/9_AZB_2-19.pdf, abgerufen am 23.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirtschaftlich selbstständig, Arbeitnehmerähnliche sind wirtschaftlich abhängig und können wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit sozial schutzbedürftig werden, Arbeitnehmer schließlich sind wirtschaftlich abhängig, aber schon unabhängig von der wirtschaftlichen Abhängigkeit sozial schutzbedürftig.“[1033]

Arbeitnehmerähnliche Personen sind gerade nicht oder nur in geringerem Maße weisungsgebunden oder fremdbestimmt iSd. § 611a BGB.[1034]

Eine Legaldefinition der arbeitnehmerähnlichen Person findet sich einzig in § 12 a Absatz 2 TVG. Allerdings gehen die Meinungen darüber auseinander, ob hierin eine auch außerhalb des Tarifrechts geltende Definition zu sehen ist.[1035] Gleichwohl werden die Zeit- und Verdienstrelationen von der Mehrheit angenommen.[1036]

§ 12 a Abs. 2 TVG erlaubt es, arbeitnehmerähnlichen Personen, einen Tarifvertrag abschließen zu können, wenn sie *wirtschaftlich abhängig* und *vergleichbar einer Arbeitnehmer/in sozial schutzbedürftig* sind. Weiter konkretisiert das Gesetz, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit vorliege, wenn arbeitnehmerähnliche Personen

a) überwiegend für eine Person tätig sind oder

b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht; ist dies nicht voraussehbar, so sind für die Berechnung, soweit im Tarifvertrag nichts anderes vereinbart ist, jeweils die letzten sechs Monate, bei kürzerer Dauer der Tätigkeit dieser Zeitraum, maßgebend.

1033 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 9.

1034 ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 81; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 3; *Kreuder/Mathiessen-Kreuder*, HK-ArbR, § 611a BGB Rn. 102–105; Däubler/*Reinecke/Rachor*, TVG § 12a Rn. 49.

1035 Dies verneinend z.B.: BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231, Rn. 13 a); BeckOK ArbR/*Lampe*, 55. Ed. 1.3.2020, BUrlG § 2 Rn. 3, 3a; Willemsen/Müntefering, NZA 2008, S. 193–201 (193); es bleibt fraglich, ob der Gesetzgeber damit eine einheitliche Definition geben wollte: Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 8; *Hromadka*, NZA 2007, 838 - 842 (840); sie mag zwar außerhalb gelten, aber die durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Annahme wirtschaftlicher Abhängigkeit gelten nicht per se für § 12 a TVG, dieser ist für seine Regelungsbereiche abschließend, so Däubler/*Reinecke/Rachor*, TVG § 12a Rn. 45.

1036 *Henssler*/HWK, § 12a TVG, RN. 4; BeckOK ArbR/*Lampe*, 55. Ed. 1.3.2020, BUrlG § 2 Rn. 3, 3a; Münch-Hdb. ArbR/Schneider, § 21 Rn. 8; Willemsen/Müntefering, NZA 2008, S. 193–201 (193) mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob jemand als arbeitnehmerähnliche Person angesehen werden kann, bestimmt sich demzufolge danach, ob wirtschaftliche Abhängigkeit und eine vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist.[1037]

Die arbeitnehmerähnliche Person wird von unterschiedlichen Gesetzen aufgegriffen:[1038]

§ 2 S. 2 Bundesurlaubsgesetz gibt der arbeitnehmerähnlichen Person Anspruch auf einen gesetzlichen Erholungsurlaub von 4 Wochen jährlich, das Arbeitsschutzgesetz erklärt in § 2 Absatz 2 Nr. 3 seine grundsätzliche Anwendbarkeit auch auf arbeitnehmerähnliche Personen, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) schützt in § 6 Absatz 1 Nr. 3 auch die arbeitnehmerähnliche Person vor Diskriminierung der pönalisierten Merkmale, das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nennt in § 26 den Beschäftigten und fasst darunter auch die arbeitnehmerähnliche Person, nach § 17 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über die betriebliche Altersvorsorge können arbeitnehmerähnliche Personen in die betriebliche Altersvorsorge einbezogen werden, § 5 Absatz 1 Satz 2 ArbGG erklärt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für arbeitnehmerähnliche Personen. All diese Gesetze definieren indes nicht die arbeitnehmerähnliche Person, sondern setzen sie voraus.

In diesen vorgenannten Gesetzen ist dabei stets die Rede von „wirtschaftlicher Unselbstständigkeit" nicht von „wirtschaftlicher Abhängigkeit". Ein abweichender Inhalt wird damit nicht verbunden.[1039]

a) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person ist hauptsächlich durch die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle definiert worden. So wurde dann wirtschaftliche Abhängigkeit angenommen, wenn Menschen von ihrem Auftraggeber ein Einkommen beziehen, das einen wesentlichen Teil ihrer Existenzgrundlage darstellt.[1040] Beziehen sie ihr Einkommen

---

1037 Das entspricht auch der st. Rechtsprechung des BAG; zuletzt BAG, Beschluss vom 09.04.2019 – 9 AZB 2/19 Rn. 19 mit Verweis auf BAG, Urteil 21.01.2019 -9AZB 23/18; abrufbar unter: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2019/2019-08-06/9_AZB_2-19.pdf, abgerufen am 27.05.2020.

1038 Nachfolgender Abschnitt aus: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 69 ff.

1039 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21, Rn. 15.

1040 BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231, Rn. 14 b); BAG, Beschluss vom 21.02.2007 – 5 AZB 52/06, NZA 2007, S. 699–700 (700);

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von mehreren Auftraggebern, genügt es, wenn mehr als die Hälfte des Gesamteinkommens auf einen entfällt.[1041] Weiteres Kriterium ist, dass die Rechtsbeziehung auf eine gewisse Dauer angelegt ist, weil sich nur so eine wirtschaftliche Abhängigkeit manifestieren kann; dabei wurden unterschiedliche Zeiträume zwischen sechs und neun Monaten als ausreichend angesehen.[1042]

Für die Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt es vor allem auf die tatsächlichen Umstände an und wie die Beteiligten Vereinbarungen tatsächlich leben und weniger darauf, was sie vertraglich vereinbart haben.[1043] Es ist demnach irrelevant, ob Auftragnehmer auch für andere Auftraggeber arbeiten durfte oder ob durch anderweitige Beschäftigung noch Einkünfte zu erzielen gewesen wären.[1044]

b) Soziale Schutzbedürftigkeit

Kumulativ zur wirtschaftlichen Abhängigkeit, müssen arbeitnehmerähnliche Personen sozial schutzbedürftig sein, denn die „Arbeitnehmerähnlichkeit" bezieht sich v.a. auf die Vergleichbarkeit der sozialen Stellung mit abhängig beschäftigten Arbeitnehmer/innen. Soziale Schutzbedürftigkeit liegt nach Ansicht der Rechtsprechung vor, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie

---

BAG, Urteil vom 21.12.2010 – 10 AZB 14/10, NZA 2011, S. 309–311 (310, Rn. 8); hierzu auch ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 81; *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 44.

1041 BAG, Beschluss vom 21.02.2007 – 5 AZB 52/06, NZA 2007, S. 699; BAG, Urteil vom 21.12.2010 – 10 AZB 14/10, NZA 2011, S. 309–311 (310, Rn. 8); *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, § 18, Rn. 44.

1042 Vgl. BAG, Urteil vom 06.12.1974 – 5 AZR 418/74, AP BGB § 611abhängigkeit Nr. 14; BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231, Rn. 14 b); *Willemsen/Müntefering* plädieren dafür, dass eine Rechtbeziehung mindestens sechs Monate bestanden haben soll; das sei eine auch sonst im Arbeitsrecht angewandte Frist (z.B. § 1 KSchG, § 4 BurlG), NZA 2008, S. 193–201 (195).

1043 *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, S. 193–201 (193).

1044 BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231, Rn. 19; BAG, Beschluss vom 17. 6. 1999 – 5 AZB 23/98, NZA 1999, 1175–1176 (1176; Motorrad-Rennfahrerin war für eine Rennsaison nur für einen Auftraggeber tätig); BAG, Urteil vom 13.02.1979 – 6 AZR 246/77, AP BUrlG § 2 Nr. 3 (in Teilzeit Beschäftigte, können für andere dennoch arbeitnehmerähnliche Person sein); BAG, Beschluss vom 30. 8. 2000 – 5 AZB 12/00, NZA 2000, S. 1359–1360 (1369).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

er sonst im Arbeitsverhältnis vorkommt und die geleisteten Dienste mit jenen von Arbeitnehmer/innen vergleichbar sind.[1045]

Diese Vergleichbarkeit lässt sich regelmäßig nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles anstellen.[1046]

Interessant ist, dass hier alle Umstände berücksichtigt werden können, die beim Arbeitsverhältnis sonst nur als Hilfstatsachen oder gar nicht in Betracht kommen.[1047] Denn eine persönliche Abhängigkeit in Form von Weisungsbindung und/oder Fremdbestimmung kann denklogisch nicht gemeint sein, da sie ja sonst Arbeitnehmer/innen wären.

Regelmäßig wird dabei die Höhe des Einkommens relevant werden, denn ein hohes Einkommen spricht gegen eine mit Arbeitnehmer/innen vergleichbare Schutzbedürftigkeit.[1048] Teilweise wird vertreten, dass anderweitige Einnahmen gegen eine soziale Schutzbedürftigkeit sprechen können, wenn diese die Existenz des Beschäftigten sichern können.[1049]

Problematisch daran ist, dass Auftraggeber/innen über diese Umstände, die außerhalb des konkreten Auftragsverhältnisses liegen, regelmäßig keine Kenntnis haben werden.[1050]

Ebenso wird auch arbeitnehmerähnlichen Personen nicht immer klar sein, dass sie die Voraussetzungen erfüllen.

Da es nach Ansicht der Rechtsprechung (s.o.) jedoch nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme und eben nicht auf das Kennenmüssen wei-

---

1045 BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231 Rn. 14 b); BAG, Urteil vom 15.11.2005 – 9 AZR 626/04 – AP Nr. 12 § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BAG, Urteil vom 02.10.1990 – 4 AZR 106/90 – NZA 1991, S. 239–241(240); BAG, Urteil vom 17.12.1968 – 5 AZR 86/68 – AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG; Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 12; *Thüsing*/HWK, § 611a BGB, Rn. 127; ErfK/*Preis*, § 611a BGB, Rn. 80; *Kreuder/Mathiessen-Kreuder*, HK-ArbR, § 611a BGB Rn. 103; Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10 Rn. 3.

1046 Vgl. BAG, Beschluss vom 15.04.1993 – 2 AZB 32/92 – NZA 1993, 789 - 792 (791); BAG, Urteil vom 17.10.1990 – 5 AZR 639/89 – AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 9; BAG, Urteil vom 28.06.1973 – 5 AZR 568/72 – AP BurlG § 2 Nr. 2; BAG, Urteil vom 23.12.1961 – 5 AZR 53/61 – AP § 717 ZPO Nr. 2.

1047 Münch-Hdb. ArbR/*Schneider*, § 21 Rn. 20.

1048 So BAG, Urteil vom 02.10.1990 – 4 AZR 106/90 – NZA 1991, S. 239–241 (240); BAG, Urteil vom 23.12.1961 – 5 AZR 53/61 – NJW 1962, S. 1125; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, S. 193–201 (194).

1049 BAG, Urteil vom 02.10.1990 – 4 AZR 106/90 – NZA 1991, S. 239–241 (240); OLG Köln, Beschluss vom 13.08.1993 – 11 W 38/93 – NJW-RR 1994, S. 192–193 (193); ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn 81; a.A. *Däubler/Reinecke*, TVG, § 12a Rn. 53 ff.

1050 *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, S. 193–201 (194).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terer Umstände, ist es für die Bewertung, ob jemand arbeitnehmerähnlich ist, nicht relevant, ob außerhalb des Auftragsverhältnisses liegende Umstände bekannt waren oder nicht. Das führt jedoch regelmäßig dazu, dass der Status erst begehrt wird, wenn das Auftragsverhältnis überraschend endet und sich die wirtschaftliche Abhängigkeit in fehlender Sicherheit entfaltet.[1051]

2. Crowd Worker bei Roamler und Clickworker als arbeitnehmerähnliche Personen

a) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Wie wir gesehen haben, müssten Crowd Worker von Roamler und Clickworker von diesen Plattformen wirtschaftlich abhängig sein. Ob das der Fall ist, ist stets eine Frage des Einzelfalles. Was in diesen beiden Fällen unproblematisch ist, aber in der Literatur häufiger aufgegriffen wurde[1052], ist die Anzahl der Auftraggeber/innen:

Bei Roamler und Clickworker bestehen nur Vertragsbeziehungen zwischen der Plattform und den Crowd Workern.[1053]

Es kommt also nicht das Problem auf, dass eine große Anzahl von Auftraggeber/innen mit den Crowd Workern kontrahieren und so mangels eines relevanten Betrages von einem/r Auftraggeber/in, keine wirtschaftliche Abhängigkeit entstünde. Da es auch auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ankommt, kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit nur entstehen, wenn die Crowd Worker von dieser Tätigkeit zur Sicherung ihrer Existenz abhängig sind.[1054]

Ob das bei Crowd Workern bei Roamler und Clickworker der Fall ist, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Die meisten empirischen Studien kommen zu dem Ergebnis, dass die Anzahl der Crowd Worker noch recht gering ist.[1055]

1051 *Däubler* in: FS Wank 2014, S. 89.
1052 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Deinert*, Solo-Selbstständige zwischen Arbeit- und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015.
1053 S.o., da Crowd Work dort als indirekte Crowd Work ausgestaltet ist.
1054 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 199.
1055 S.o. § 2 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichwohl gibt es Studien, die sagen, dass 80 Prozent der Aufgaben von 20 Prozent der Crowd Worker erledigt werden.[1056] Diese Power-User werden von diesen Plattformen wirtschaftlich abhängig sein. Das in der Literatur geschilderte Hin-und-Her-Wechseln zwischen den Plattformen lässt sich empirisch nicht bestätigen.[1057] Im Gegenteil, die meisten Crowd Worker, die damit wirklich existenzsichernde Einkünfte erzielen, sind auf wenigen Plattformen tätig, denn jede Plattform erfordert Profil- und Reputationspflege. Damit im Microtask-Bereich relevante Einkünfte erzielt werden, müssen sich die Crowd Worker entsprechend effizient organisieren: Wann kommen die Aufträge auf die Plattform, wie lange brauchen sie für bestimmte Tätigkeiten, was lohnt sich für sie, was nicht? Haben sie Erfahrung mit dieser Art von Schreibjobs oder Vor-Ort-Jobs. All das spielt bei ihrer Auswahl eine Rolle und benötigt Erfahrung, so dass die Tätigkeit bereits aus diesen Effizienzerwägungen nur auf wenigen Plattformen (ca. 1–3) stattfinden wird.[1058] Dies spricht für die Annahme wirtschaftlicher Abhängigkeit, wenn Crowd Worker von Roamler und/oder Clickworker den großen Teil ihres Einkommens von diesen Plattformen beziehen.

Innerhalb der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist weiterhin notwendig, dass eine gewisse Dauer nötig ist. Wie diese zu bemessen ist, ergibt sich aus dem Einzelfall. Diese Ungenauigkeit ist aber mit folgender Hilfsüberlegung gut zu bewältigen: Ein existenzsicherndes Einkommen kann sich nur aus einer dauerhaften Rechtsbeziehung ergeben. Werden Crowd Worker nur einmal oder nur für einen kurzen Zeitraum tätig, können sie gar kein existenzsicherndes Einkommen erzielen, sind also schon deshalb nicht wirtschaftlich abhängig.

Bei Plattformen, wo die Vertragsbeziehungen über die konkreten Aufgaben eben nicht mit den Plattformen bestehen, sondern zu den Crowdsourcern (z.B. content.de), kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit nur entstehen, wenn ein/e Auftraggeber/in dauerhaft auf einen Crowd Worker

---

1056 *Mushtag/Ganesan*, Labor Dynamics in a Mobile Micro-Task Market, S. 641- 650, CHI 2013 April 27–May2, 2013. Dort heißt es: „*We find that a small core group of workers (< 10Prozent) account for a disproportionately large proportion of activity (> 80Prozent) generated in the market.*"; *Strube* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 75–90 (83).

1057 *Leimeister* et. al., HBS Study Nr. 323, 2016, S. 9 ff.

1058 So auch: *Risak*, ZAS 2015, S. 11–19 (13); *Heuschmid* in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, § 139 Rn. 16; *Pacha*, Crowdwork, S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zurückgreift und dieser/e damit einen existenzsichernden Teil seiner/ihrer Einkünfte erzielt.[1059]

Wechseln die Crowd Worker hier häufig die Auftraggeber/innen, können sie kaum als arbeitnehmerähnliche Personen qualifiziert werden, da sie kurze, punktuelle Einsätze schulden und diese mangels relevanten Einkommens dadurch keine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem/r Auftraggeber/in entstehen lassen.[1060] Diesen Fall haben wir bei den hier untersuchten Plattformen jedoch nicht. Alle Vertragsverhältnisse auf Roamler und Clickworker bestehen nur zwischen den Plattformbetreibern und den Crowd Workern.

Daher ist in diesem Fall eine wirtschaftliche Abhängigkeit seitens der Crowd Worker zu Roamler und Clickworker denkbar, wenn sie von diesen Plattformen dauerhaft einen existenzsichernden Teil ihres Einkommens beziehen.

b) Soziale Schutzbedürftigkeit

Kumulativ zu wirtschaftlichen Abhängigkeit müssten die Crowd Worker bei Roamler und Clickworker vergleichbar Arbeitnehmer/innen sozial schutzbedürftig sein. Konkret bedeutet dies, dass bei ihnen Umstände vorherrschen wie sie sonst im Arbeitsverhältnis vorkommen.[1061]

So ist zu berücksichtigen, dass die Crowd Worker bei Roamler und Clickworker keinerlei Verhandlungen über die Vertragskonditionen führen.[1062] So betrachtet sind sie sogar schlechter gestellt als Arbeitnehmer, die je nach Nachfrage für ihre Arbeitskraft eine relevante Verhandlungsposition haben können. Sie werden ähnlich wie Arbeitnehmer/innen für ihre Tätigkeit geschult. Zwar gibt es keine explizite Vorgabe, dass sie die Auf-

---

1059 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 201, meint aber, dass dies praktisch irrelevant sei. Diese Auffassung teilt die Verf. nicht; auf einem Workshop des BMAS im Mai 2019 lernte die Verfasserin Crowd Worker kennen, die Textarbeit über eine Plattform vermittelt, für maximal 2 Auftraggeber erbrachten. Infos zum Workshop und Digitalgipfel 2019, https://www.denkfabrik-bmas.de/, abgerufen am 27.05.2020.

1060 *Deinert*, Soloselbstständige, Kap. B, Rn. 24; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, S. 4–7 (5); *Pacha*, Crowdwork, S. 200.

1061 BAG, Urteil vom 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231, Rn. 14 b); BAG, Urteil vom 15.11.2005 – 9 AZR 626/04 – AP Nr. 12 § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BAG, Urteil vom 02.10.1990 – 4 AZR 106/90 – NZA 1991, S. 239; Bag, Urteil vom 17.12.1968 – 5 AZR 86/68 – AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG.

1062 Ähnliche Erwägungen stellt auch *Pacha* an, Crowdwork, S. 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gaben höchstpersönlich erbringen müssen, aber es gibt andere Vorgaben aus denen auf eine persönliche Leistungserbringung zu schließen ist. So müssen sie einen Account für sich selbst anlegen und dürfen diesen nicht für Dritte unterhalten. Die Tatsache, dass sie Schulungen durchlaufen, lässt den Schluss zu, dass Roamler und Clickworker auch wollen, dass diese Crowd Worker die Leistung erbringen. Die persönliche Leistungserbringung wird somit vorausgesetzt. Darüber hinaus ist oben beschrieben worden, dass es sich bei den Tätigkeiten jeweils um unselbstständige Arbeitsschritte handelt.

Der Markt für diese Dienste wird somit vollständig von Plattformen organisiert, so dass es gar keine Möglichkeit für die eigene Verwertung der Tätigkeit am Markt gibt. Es ist auch keine unternehmerische Gestaltung vorgesehen, wonach Crowd Worker bei Roamler oder Clickworker ihren Verdienst unternehmerisch steigern könnten, indem sie Arbeitsmittel so effizient einsetzen, dass ihr Verdienst entsprechend steigt. Sie können einen Mehrverdienst nur parallel zu Mehrarbeit in Zeit erreichen.[1063] Das ist die klassische Situation von Arbeitnehmer/innen. Dies zeigt u.a. die engen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume auf, die bei einer unternehmerischen Tätigkeit bestünden. Daneben wird der Zugang zu Tätigkeiten seitens der Plattform gesteuert: die digitale Reputation bestimmt, welche Aufgaben ein Crowd Worker bei Roamler und Clickworker angezeigt bekommt. Diese Reputation kann Lock-in-Effekte dergestalt begründen, dass Crowd Worker die Plattform nicht wechseln. Diese Abhängigkeit von einer Plattform ist mit der Abhängigkeit von Arbeitnehmer/innen von ihrem Arbeitsplatz nach sozialen Gesichtspunkten vergleichbar. Daher sind wirtschaftlich abhängige Crowd Worker, die auf den Plattformen Clickworker und Roamler arbeiten, sozial schutzbedürftig.

3. Zusammenfassung, Ausblick und Ergebnis

Im Allgemeinen ist die Bewertung, ob Crowd Worker als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, eine Frage der Einzelbetrachtung. 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.

1063 So auch *Klebe*, AuR 2016, S. 277–281 (279).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. Die Crowdsourcer spielen bei diesen Plattformen für die Crowd Worker keine rechtlich wesentliche Rolle, denn mit ihnen haben die Crowd Worker keine Vertragsbeziehungen.

Der partielle Schutz des Arbeitsrechts für arbeitnehmerähnliche Personen ist bei den hier untersuchten Fällen denkbar. Auf der anderen Seite der Medaille steht, ob damit wirklich viel gewonnen ist.

Die in der Einleitung zu diesem Kapitel aufgezählten Gesetze, die auf die arbeitnehmerähnliche Person, Anwendung finden, dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei zentralen Teilen des Arbeitsrechts weiterhin gravierende Unterschiede bestehen.[1064] Zwar gibt es eine Reihe von „privilegierten" arbeitnehmerähnlichen Personen, die als Heimarbeiter/innen im Heimarbeitsgesetz (dazu sogleich), „freie Mitarbeiter" oder als selbstständige Handelsvertreter/innen besonderen und wirklich ähnlich einem Arbeitnehmer Schutz erfahren, aber zu dieser Gruppe muss man erst einmal gehören.

Es finden sich eine Reihe Vorschriften auf der Verlustliste der arbeitnehmerähnlichen Person, insbesondere gibt es keinen Bestandsschutz im Sinne eines Kündigungsschutzes für arbeitnehmerähnliche Personen.[1065] Von Verfassungs wegen ist ein Mindestbestandsschutz zu gewähren, der durch die zivilrechtlichen Generalklauseln verwirklicht wird.[1066]

Gerade das ist aber ein wichtiger Punkt, denn der Umstand, der jemanden zu einer arbeitnehmerähnlichen Person macht, ist die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem/wenigen Auftraggebern.[1067] Der rechtliche Terminus *wirtschaftliche Abhängigkeit* findet in der realen Welt u.a. seinen Ausdruck in *fehlender Planungssicherheit*. Ihr Mangel würde ohne weiteres rechtfertigen, dass eine längere (An-)Kündigungsfrist als zwei Wochen besteht, wie es § 621 BGB für ein Dauerschuldverhältnis vorsieht.

1064 *Däubler* in: FS Wank (2014), S. 89.

1065 *Däubler* in: FS Wank (2014), S. 89 f. mit Verweis auf den umfassenden Stand bei KR-Rost, Arbeitnehmerähnliche Person, Rn. 34 ff.

1066 BVerfG, Urteil vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87; BVerfGE 97, S. 169; zu den zivilrechtlichen Generalklauseln im Zusammenhang mit Arbeits- und Wirtschaftsrecht, *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 464 ff.

1067 Abschnitt übernommen aus: *Schneider-Dörr*, HBS Study Nr. 116, Feb. 2019, S. 67 f.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine analoge Anwendung von Regelungen, die Bestandsschutz gewähren wie das KSchG, § 612 a, § 613a oder § 622 BGB wird seitens der Rechtsprechung abgelehnt.[1068] Vorsichtige Analogieversuche gibt es im Schrifttum.[1069] Der Kündigungsschutz ist nur ein Regelungskontext, der für arbeitnehmerähnliche Personen relevant wird.

Aktuell stellt *Deinert* in Bezug auf Soloselbstständige einen Vergleich zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht dar und spricht sich für die Notwendigkeit eines Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen aus.[1070] Nach Deinert bleibt der Schutz kleiner Selbstständiger hinter dem Schutz von Arbeitnehmer/innen zurück, der auch nicht durch ein soziales Zivilrecht ausgeglichen werden kann.[1071] Das Zivilrecht vermittelt Schutz nämlich nur über die Generalklauseln §§ 134, 138, 242 BGB sowie über die Inhaltskontrolle von AGB § 305 ff BGB. Dies vermag keine funktionale Äquivalenz zum Schutz des Arbeitsrechts herzustellen.[1072] Aus diesem Grund ist der Korrekturbedarf für sozialen Schutz bei der arbeitnehmerähnlichen Person zu suchen, deren Rechte ausgeweitet werden müssen.[1073]

In den hier untersuchten Fällen von Crowd Workern, die auf den Plattformen Roamler und Clickworker arbeiten, sprechen die gewichtigeren Gründe ohnehin für die Annahme eines Arbeitsvertrages.

V. Das Heimarbeitsgesetz (HAG) – ungeahntes Revival?

Wie bereits oben erläutert, ist eines der Narrative der Plattformökonomie, dass die bisherigen Regeln einfach nicht zu den neuen Arbeitsformen passen.[1074] Den ewig gestrigen Gesetzen wird von großen Tech-Firmen

---

1068 BAG, Urteil vom 08.05.2007 – 9 AZR 777/06 – AP BGB § 611arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 15; BAG, Urteil vom 03.07.1980 – 3 AZR 1077/78 – AP BGB § 613a Nr. 23; dies monierend auch Pacha, Crowdwork, S. 205.

1069 Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10 Rn. 10 bzgl. des Kündigungsschutzes.

1070 *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015.

1071 *Deinert*, Soloselbstständige, S. 85 f.

1072 Ausführlich hierzu: *Däubler* in: Benner (Hrsg.), Crowdwork, S. 243–277; *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015; wohl a.A. *Walzer*, Crowdworker, Nomos 2019.

1073 Wie das zu geschehen hat erläutert *Deinert*, Soloselbstständige, S. 90 ff.; *Schubert*, RdA 2018, S. 200–206 (205).

1074 *Prassl*, Humans as a service, Kap. 2, S. 31–50 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenig Gutes bescheinigt. Unpassend, aus dem vergangenen Jahrtausend, limitierend seien sie.[1075] Dies trompeten jedoch nicht nur die CEOs der Silicon Valley Start-ups, deren Credi sein sollen „*Move fast, break rules*" oder „*Don't ask permission, ask forgiveness*".[1076] Gesetze einzuhalten scheint damit eher eine Option als eine Pflicht zu sein. In diesen Reigen stimmen auch hierzulande nicht Wenige ein.

Es heißt: „*Mit Regulierungen aus der Arbeitswelt 2.0 sind die Herausforderungen der Arbeitswelt 4.0 nicht zu meistern.*"[1077] Beliebt ist auch: „*Digitalisierung first, Bedenken second.*"[1078]

Solche Abgesänge auf alles Vorhandene lassen sich lang weiterführen. Als pars pro toto sollen diese genügen.

Zu bedenken ist nämlich, Menschen sind nun mal auf der Welt (allen Posthumanisten zum Trotz) und die Harvard Professorin *Shoshana Zuboff* wirft angesichts anhaltender Veränderungen der Welt durch Technik die Frage auf: „*Kann die digitale Zukunft uns eine Heimat sein?*"[1079] Es mutet ironisch an, dass gerade das *Heim*arbeitsgesetz digitalen Beschäftigungsverhältnissen ein „Zuhause" bieten könnte. Dieses erlebt in letzter Zeit einige Aufmerksamkeit.[1080] Ausgerechnet ein Gesetz aus dem Jahr 1951 von dem nach aktuellen Zahlen ca. 23.919 Menschen betroffen sind, soll digitale Beschäftigungsverhältnisse möglicherweise bereits lege lata abbilden können.[1081] Mit entsprechend innovativer Lesart lässt es dieses zu.[1082] Dazu ein kleiner Überblick bevor für die hier untersuchten Fälle von Crowd Workern auf den Plattformen Roamler und Clickworker entschieden wird, ob sie darunter fallen könnten.

1075 *Sundararajan/Cohen*, University of Chicago Law Review 2015, S. 116–133.
1076 *Staab*, Digitaler Kapitalismus, S. 24.
1077 *Kampeter*, SR 2017, S. 196–204 (196).
1078 FDP Wahlkampf-Slogan 2017.
1079 *Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, S. 18.
1080 *Preis*, SR 2017, S. 173–182; Deinert, RdA 2018, S. 359–367.
1081 Bericht des BMAS zu Zahlen der in Heimarbeit Beschäftigten am Ende 2018, abrufbar unter: www.bmas.de, Suchbegriff: Heimarbeit, abgerufen am 22.01.2020.
1082 Ausführlich bei *Pacha*, Crowdwork, S. 206–264; *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, S. 110 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Allgemeines zur Heimarbeit

Heimarbeit hat neben der hier konkret unter das Heimarbeitsgesetz fallenden Tätigkeiten ein „Spin-off" mit dem Namen Home-Office. Dazu ist in den letzten Jahren und noch viel mehr seit April 2020 in der Wissenschaft, Politik und Gesellschaft diskutiert worden. Die Diskussion hat ein kaum zu überblickendes Ausmaß erreicht.[1083]

Kein Wunder, denn die einfachste Form der Digitalisierung der Arbeitswelt, ist, dass Arbeitende nicht zwingend ihre Arbeit an einem bestimmten Ort verrichten müssen. Insbesondere informationslastige Tätigkeiten, wie Textproduktion jedweder Art, Auswertung von Daten etc. kann von überall erledigt werden. Für viele Menschen ist es angesichts der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Vermeidung von Pendelstrecken und aktuell auch um der Vermeidung von Ansteckungsgefahren höchst willkommen und teils notwendig, die Arbeit in einem Home-Office zu erbringen. Streng genommen wären sie nicht einmal an das Home-Office gebunden, das Global-Office im Café, der Hotellobby, der DB-Wartehalle, dem Flughafenterminal und die Strandbar auf Hawaii steigert die Möglichkeiten örtlicher Entgrenzung; es heißt dabei, dass ca. 5.000.000 Menschen Arbeit im Home-Office nachgehen.[1084] Wie passt das zu den geringen Zahlen von knapp 24.000 Heimarbeiter/innen nach HAG, die zweifelsohne *auch* im Home-Office tätig sind?[1085]

Zum einen ist Home-Office kein rechtlicher Terminus, das heißt, wann immer jemand auch einmal von zu Hause aus arbeitet, arbeitet er/sie im Home-Office. Das trifft selbstständig Tätige ebenso wie Arbeitnehmer/innen und arbeitnehmerähnliche Personen. Home-Office ist folglich nicht gleich Heimarbeit iSd. Heimarbeitsgesetzes. Aber möglicherweise ist mehr Home-Office Heimarbeit iSd. Heimarbeitsgesetzes als die knapp 24.000 Menschen aus der offiziellen Statistik. Sieht man sich die Voraussetzungen des Heimarbeitsgesetzes (HAG) an (sogleich), so könnten mehr Menschen darunter fallen. Fast schon wundersam, dass in der anhaltenden Diskussion um Home-Office erst die Erfurter Bundesrichter/innen diesen Weg beschreiten mussten.[1086] Wie *Preis* sagt, machte der befasste Senat in dem Fall

---

1083 Überblick über Zahlen und Faktenlage auf www.statista.de; die Eingabe des Wortes „Home Office" bringt ein gutes Dutzend offizieller Statistiken hervor, abgerufen am 23.05.2020.

1084 *Preis*, SR 2017, S. 173–182 (174).

1085 *Preis* wirft diese Frage auf, SR 2017, S. 173–182 (175).

1086 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, S. 1453–1458.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit dem HAG eine *„sensationelle Entdeckung, die Auslegung ist gesetzestreu und nicht zu beanstanden"*.[1087]

Andere sprechen von einem *„Paukenschlag"*[1088] oder einer *„Renaissance des Heimarbeitsvertrages"*[1089]. Ein tieferer Blick lohnt sich.

a) Die Voraussetzungen des HAG anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung des BAG

Der Fall, den das BAG 2016 entschied, betraf einen Programmierer, der in freier Mitarbeit für ein Bauunternehmen die Statik Software pflegte und entwickelte. Der Programmierer hatte mit dem Unternehmen ursprünglich einen Arbeitsvertrag. Als er jedoch 180 km von dem Arbeitgeber-Betrieb wegzog, kündigte er das Anstellungsverhältnis zum 01. Juli 1989. Allerdings setzen die Beteiligten ihre Arbeitsbeziehungen in einem freien Mitarbeiterverhältnis fort. Am 12. August 2013 wurde ihm mitgeteilt, dass das Unternehmen mit Ablauf des 31.12.2013 stillgelegt werde und er als „Subunternehmer" keine weiteren Aufträge mehr erhalten werde.[1090] Der Programmierer vertrat die Auffassung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, hilfsweise für den Fall, dass das Gericht dem nicht folgte, beantragte er die Feststellung, dass er Heimarbeiter iSd. § 2 Abs. 1 HAG war. Sein Arbeitgeber beantragte naturgemäß Klageabweisung mit der Begründung, dass nur ein Werkvertrag bestanden habe, es mithin an der persönlichen Abhängigkeit fehle.[1091] Das erstinstanzliche Urteil wies die Klage ab und gab dem Arbeitgeber Recht. Das Landesarbeitsgericht gab dem Programmierer in der Hauptsache Recht und qualifizierte ihn an Arbeitnehmer.[1092] Die zugelassene Revision verfolgte der beklagte Arbeitgeber.

Das BAG entschied nun, dass der Programmierer kein Arbeitnehmer, wohl aber Heimarbeiter iSd. § 2 Abs. 1 HAG war und die Revision somit

---

1087 *Preis*, SR 2017, S. 173–182 (176).
1088 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (358).
1089 *Reinhard*, ArbRB 2017, S. 161–164.
1090 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 8, zitiert nach bag-urteile.com.
1091 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 11, zitiert nach bag-urteile.com.
1092 Hessisches LAG, Urteil vom 13. März 2015 – 10 Sa 575/14, abrufbar unter: https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE190004373, abgerufen am 27.05.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilweise begründet war. Hierfür war zunächst notwendig, dass der Programmierer nicht persönlich abhängig und somit kein Arbeitnehmer war. Dies konnte vertretbar verneint werden, da er nicht weisungsgebunden war. Im Anschluss wurden die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Heimarbeitsverhältnisses geprüft und bejaht.

Nach § 2 Abs. 1 HAG ist Heimarbeiter, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Erwerbsmäßig arbeitet ein Heimarbeiter, wenn die Arbeit auf gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll.[1093] Dies war im zu entscheidenden Fall alles erfüllt. Es widerspricht auch nicht der Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses, dass die Tätigkeiten des Programmierers eine höherwertige Qualifikation erforderten.[1094]

Früher enthielt das Gesetz den Hinweis, dass es sich um eine gewerbliche Tätigkeit handeln müsse.[1095] Dieses Merkmal wurde jedoch mit dem Heimarbeitsänderungsgesetz vom 29.10.1974 gestrichen und durch „erwerbsmäßig" ersetzt.[1096] Das hing damit zusammen, dass bei der Vergabe einfacher Bürotätigkeiten Zweifel aufkamen, ob nur Tätigkeiten von „gewerblichen" Arbeitern oder auch einfache Angestelltentätigkeiten in Heimarbeit ausgeführt werden konnten.[1097] Die Klarstellung im Gesetzestext bewirkte, dass auch Angestelltentätigkeiten insoweit in den Schutzbereich des HAG einbezogen sind, als sie als Tätigkeiten unter den Bedingungen von Heimarbeit ausgeführt werden.[1098] So führte auch der befasste

1093 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 45 zitiert nach bag-urteile.com verweisen auf BAG, Urteil vom 12.07.1988 – 3 AZR 569/86.

1094 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 47, zitiert nach bag-urteile.com, verweisen auf KR/Rost, §§ 29, 29a HAG, *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, HAG, § 2 Rn. 62.

1095 § 2 Abs. 1 HAG a.F.

1096 BGBl. I von 1974, Nr. 119, S. 2879 abrufbar unter: www.bgbl.de, abgerufen am 23.05.2020.

1097 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 47, zitiert nach bag-urteile.com.

1098 Vgl. BAG, Urteil vom 25.03.1992 – 7 ABR 52/91, BAGE 70, S. 104 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 7/975 S. 14; *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, HAG, § 2 Rn. 56 ff; *Kappus*, NJW 1984, S. 2384–2390 (2386).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Senat weiter aus, dass weder das Gesetz noch seine Begründungsmaterialien eine Beschränkung auf einfache Angestelltentätigkeiten vorsehen.[1099]

Eine besondere Schutzbedürftigkeit müsse damit ebenfalls nicht vorliegen.[1100] Die erste Instanz hat dieses ungeschriebene Merkmal angenommen und damit auch die Anwendung des HAG verneint.[1101] Der befasste Senat sah für dieses Merkmal keinen Raum, da das HAG in Fällen, wo es eine besondere Schutzbedürftigkeit voraussetze, dies als Tatbestandsmerkmal normiert habe, so in § 1 Abs. 2 HAG.[1102] Für die Feststellung eines Heimarbeitsverhältnisses war folglich auch unerheblich, wie hoch der Verdienst war und ob der Lebensunterhalt hauptsächlich mit Heimarbeit verdient wurde.[1103]

Mit der Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses bei einer Tätigkeit in der Softwareentwicklung erteilt das BAG auch jenen eine Absage, die in der Heimarbeit nur Raum für die Herstellung, Bearbeitung und Verpackung von Waren in Serientätigkeit sahen.[1104]

Als weiteres Tatbestandsmerkmal nennt § 2 Abs. 1 HAG, dass die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden zu überlassen ist. Das erfordert, dass in Heimarbeit Beschäftigte nicht für den allgemeinen Absatzmarkt arbeiten und somit auch nicht das wirtschaftliche Risiko der Verwertung tragen. Sie leisten reine Lohnarbeit.[1105] Ob Heimarbeiter eigene Arbeitsmittel benutzen, ist irrelevant für ihre Eigenschaft als solche. Das ergibt sich schon aus dem Gesetz selbst, wo es nach § 2 Abs. 1 S. 2 HAG unerheblich sei, ob Roh- und Hilfsstoffe selbst beschafft würden.[1106] Weiterhin muss der Heimarbeiter

---

1099 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 48, zitiert nach bag-urteile.com.

1100 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 47, zitiert nach bag-urteile.com; Kappus, NJW 1984, S. 2384–2390 (2387); Wedde, Telearbeit, 2. Auflage, S. 74 f.

1101 ArbG Kassel, Urteil vom 27.02.2014 – 3 Ca 357/13 abrufbar unter: beckonline.de BeckRS 2014, 118296. Darauf hinweisend *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (362).

1102 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 48.

1103 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 49; so schon BAG, Urteil vom 12.07.1988 – 3 AZR 569/86 mwN.

1104 So *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (362) mit Verweis auf *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, HAG, § 2 Rn. 11.

1105 *Pacha*, Crowdwork, S. 209.

1106 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 51; *Pacha*, Crowdwork, S. 210; *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (362).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

persönlich oder mithilfe seiner Familienangehörigen die Leistung erbringen.[1107]

Interessant ist, ob neben den geschriebenen Voraussetzungen auch ungeschriebene Voraussetzungen zu prüfen sind. Fraglich ist, ob Heimarbeiter/innen wirtschaftlich abhängig sein müssen.

Nach früherer Rechtsprechung und einigen Stimmen in der Literatur muss dieses ungeschriebene Merkmal bejaht werden, um ein Heimarbeitsverhältnis anzunehmen.[1108] Als vergleichender Maßstab gilt hier die wirtschaftliche Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person.[1109] Ob dies immer noch gefordert ist, ist m.E. alles andere als deutlich. Hierzu folgende Überlegungen: Die wirtschaftliche Abhängigkeit bei einer arbeitnehmerähnlichen Person ist gefordert, da die Arbeitnehmer*ähnlichkeit* u.a. dadurch zustande kommt, dass sie existenzsichernde Einkünfte von einem Auftraggeber erhält. Das wird angenommen bei der Hälfte ihrer Einnahmen von einem Auftraggeber.

Nach der aktuellen Rechtsprechung sei aber für die Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses weder die Höhe des Verdienstes relevant noch die Frage, ob der Lebensunterhalt überwiegend mit Heimarbeit verdient werde.[1110]

Das wären aber genau die relevanten Punkte für die wirtschaftliche Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person.

Der befasste Senat argumentiert in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit mit der Systematik des Gesetzes, nämlich bei der Frage, ob eine besondere Schutzbedürftigkeit für Angestelltentätigkeiten erforderlich sei.[1111] Die Prüfung der Schutzbedürftigkeit müsse das Gesetz nach Ansicht des Senates jedoch anordnen, was es beispielsweise durch § 1 Abs. 2 S. 1 HAG, auch tut.[1112] Danach könnten den Heimarbeiter/innen (§ 2 Abs. 1 HAG) und Hausgewerbetreibenden (§ 2 Abs. 2 HAG) Personen gleichgestellt werden, *„wenn dieses wegen ihrer Schutzbedürftigkeit gerechtfertigt erscheint"*. Weiter

---

1107 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 53.

1108 BAG, Urteil vom 03.04.1990 – 3 AZR 258/88 – AP Nr. 11 zu § 2 HAG; kritisch zu einem Erfordernis, i. E. aber zustimmend *Pacha*, Crowdwork, S. 210; *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363); *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, § 2 HAG, Rn. 30.

1109 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363); *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, § 2 HAG, Rn. 30.

1110 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, Rn. 49.

1111 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, Rn. 48.

1112 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heißt es in § 1 Abs. 2 S. 2 HAG, dass für „*die Feststellung der Schutzbedürftigkeit…das Ausmaß der wirtschaftlichen Abhängigkeit maßgeblich [ist].*"

Daraus kann man zweierlei schließen:

1. Die wirtschaftliche Abhängigkeit müsste auch in § 2 Abs. 1 HAG stehen um auch für Heimarbeiter/innen und Hausgewerbetreibende Voraussetzung zu sein **oder**
2. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird als ungeschriebene Voraussetzung auch bei den Heimarbeiter/innen und Hausgewerbetreibenden geprüft, weil die Gleichstellung mit Personen iSd. § 1 Abs. 2 HAG nur daraus rühren könne, dass jene Personen nach § 2 Abs. 1 HAG auch wirtschaftlich abhängig seien.

Diese Lesarten sind beide denkbar, aber da sie sich ausschließen, ist der Erkenntnisgewinn gering. Gleichwohl wird in dem neuen Urteil die wirtschaftliche Abhängigkeit mit keinem Wort erwähnt.[1113] *Preis* sieht darin auch eine Abweichung von Entscheidungen früherer Senate, namentlich jener Entscheidung, die wirtschaftliche Abhängigkeit bei in Heimarbeit Beschäftigten forderte.[1114]

Daher könnte sich der Entscheidung die Aussage entnehmen lassen, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit für in Heimarbeit Beschäftigte iSd. § 2 Abs. 1 HAG nicht verlangt werde.

Fraglich ist, wie es sich dazu verhält, dass in der sozialrechtlichen Literatur ebenfalls eine wirtschaftliche Abhängigkeit von in Heimarbeit Beschäftigten gefordert wird.[1115]

In § 12 SGB IV ist die Einbeziehung der Hausgewerbetreibenden, Heimarbeiter und Zwischenmeister in das Sozialversicherungsrecht geregelt. Dort ist die wirtschaftliche Abhängigkeit zwar auch nicht wörtlich erwähnt, aber Literatur und Rechtsprechung nehmen sie an. Zwar können diese Regelungen keine grundlegende Bedeutung für die zivilrechtliche Einordnung über Heimarbeitsverhältnisse entfalten, aber charakterisieren können sie ein Rechtsverhältnis schon.[1116] Ein Auseinanderfallen würde dazu führen, dass die arbeitsrechtliche Prüfung keine wirtschaftliche Abhängigkeit bei § 2 Abs. 1 HAG prüfen würde und die sozialrechtliche

---

1113 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15, Rn. 49; auch *Däubler/Klebe* betonen dies und lagen mit ihrem Aufsatz zeitlich vor der Entscheidung des BAG, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036).

1114 *Preis*, SR 2017, S. 173–182 (177) mit Verweis auf die Entscheidung BAG, Urteil vom 03.04.1990 – 3 AZR 258/88 – AP Nr. 11 zu § 2 HAG.

1115 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*Berchtold*, SGB IV § 12 Rn. 9; *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13).

1116 *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (289 f).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prüfung schon. Das ergibt insoweit keinen Sinn als es keine zwingenden Gründe für unterschiedliche Prüfungsprogramme gibt; in beiden Fällen geht es um die Einordnung eines besonderen Rechtsverhältnisses, das der Gesetzgeber mit einem besonderen Gesetz bedacht hat.

Zu überlegen ist, ob die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht bereits in der Grundkonzeption des Gesetzes berücksichtigt ist und zwar ohne Rücksicht auf die Anzahl der Auftraggeber/Zwischenmeister.[1117] Das Problem scheint nämlich nicht zu sein, ob nicht irgendeine Art wirtschaftlicher Abhängigkeit gefordert werden soll, sondern nur, dass es sich um eine iSd. *arbeitnehmerähnlichen Person* handeln muss.[1118] Dieser Schluss nämlich, dass es eine solche wie bei der arbeitnehmerähnlichen Person sein müsse, lässt sich m.E. nicht erhärten.[1119]

Insbesondere könne es nicht darauf ankommen, ob in Heimarbeit Beschäftigte von nur *einem* Auftraggeber abhängig seien. Diese Konstellation kennt das HAG: In § 29 Abs. 3 HAG gibt es einen besonderen Kündigungsschutz, wenn ein in Heimarbeit Beschäftigter überwiegend von einem Auftraggeber oder Zwischenmeister beschäftigt wird. Das heißt aber, dass die Grundkonstellation durchaus mehrere Auftraggeber oder Zwischenmeister zulässt und dies somit nicht ein Grundmerkmal für die Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses sein kann.[1120] Die grundsätzliche Eigenschaft als in Heimarbeit Beschäftigter ist von der Anzahl der Auftraggeber unabhängig.[1121] Im Ergebnis kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit gefordert sein, gleichwohl muss sie nicht an jener wirtschaftlichen Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person gemessen werden.

b) Was das HAG leistet

aa) Entgeltschutz

Das soziale Schutzkonzept des HAG trifft einige spezifische Vorkehrungen für die Besonderheiten des Heimarbeitsverhältnisses. Gerade um der Obliegenheit der Auftraggeber/Zwischenmeister bei der Überprüfung von Heimarbeitsverhältnissen nachzukommen, gibt es, Listenführungspflich-

---

1117 Ähnlich *Pacha*, Crowdwork, S. 212.
1118 *Pacha*, Crowdwork, S. 211, 217.
1119 Anders *Deinert,* RdA 2018, S. 358–367 (364).
1120 *Pacha*, Crowdwork, S. 211, 217.
1121 *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (293).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten nach § 6 HAG. Danach sind Listen über in Heimarbeit Beschäftigte zu führen.

Einen Entgeltschutz erfahren in Heimarbeit Beschäftigte durch Entgeltverzeichnisse (§ 8 HAG), Entgeltbelege (§ 9 HAG), Tarifverträge (§ 17 Abs. 1 HAG) sowie die Möglichkeit Entgelte durch Heimarbeitsausschüsse festsetzen zu lassen (§ 19 HAG).[1122] Gleichwohl gilt das Mindestlohngesetz (MiloG) für in Heimarbeit Beschäftigte nicht. Die Anwendung dessen auf Heimarbeiter/innen würde das komplizierte Festsetzungsverfahren, wie es in §§ 17 ff. HAG beschrieben ist, überflüssig machen.[1123] Darüber hinaus gibt es Besonderheiten im Entgeltfortzahlungsrecht für Heimarbeiter/innen, §§ 10, 11 EFZG.

bb) Arbeitszeitschutz

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt nicht für in Heimarbeit Beschäftigte. Allerdings erfahren sie einen gewissen Arbeitszeitschutz über die §§ 10, 11 HAG. Nach § 10 HAG sei eine Zeitversäumnis bei Ausgabe und Annahme der Heimarbeit zu vermeiden, darüber hinaus soll gemäß § 11 Abs. 1 HAG die an mehrere Beschäftigte zu vergebende Arbeitsmenge gleichmäßig und unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit verteilt werden. Interessant ist, dass der Heimarbeitsausschuss nach § 11 Abs. 2 S. 1 HAG zur Beseitigung von Missständen, die durch die ungleichmäßige Verteilung erfolgte, die Arbeitsmenge festsetzen kann. Dabei muss der Ausschuss gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 HAG die Arbeitsmenge so bemessen, dass sie durch eine vollwertige Arbeitskraft ohne Hilfskräfte in der für vergleichbare Betriebsarbeiter üblichen Arbeitszeit bewältigt werden kann. In dieser Regelung ist dadurch eine zeitliche Dimension enthalten. Eine Ausweitung der Menge bei gleichbleibender Zeit wird so erschwert.

cc) Arbeitsschutz

Es findet sich ein spezifischer Heimarbeitsschutz in den §§ 12–16 a HAG. Dieser ist konkret ausgestaltet als Gefahrenschutz in § 12 HAG. Dabei geht es insbesondere darum, dass die Arbeitsstätten einschließlich der Maschi-

1122 *Preis*, 2017, S. 173–182 (178); *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (360).
1123 *Preis*, 2017, S. 173–182 (178).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen, Werkzeuge und Geräte so beschaffen sind, dass davon keine Gefahr für die in Heimarbeit Beschäftigten ausgeht.

Ähnliches enthält § 16 HAG, wonach technische Arbeitsmittel und Arbeitsstoffe, die den in Heimarbeit Beschäftigten überlassen werden, nicht deren Leben oder Gesundheit gefährden dürften. Es gibt verschiedene Verordnungsermächtigungen für die Bundesregierung spezifische Arbeitsschutzverordnungen zu treffen, wenn dies nötig ist, §§ 13, 14 HAG.

dd) Kündigungsschutz

Das HAG normiert in §§ 29, 29a HAG einen besonderen Kündigungsschutz. Der in § 29 HAG normierte Kündigungsschutz enthält verschiedene Stufen. Die Dauer der Kündigungsfrist hängt von der Dauer des bestehenden Heimarbeitsverhältnisses ab. Nach § 29 Abs. 1 HAG kann beiderseits das Heimarbeitsverhältnis an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages gekündigt werden. Diese kurze Frist erhöht § 29 Abs. 2 HAG auf zwei Wochen, wenn der in Heimarbeit Beschäftigte von einem Auftraggeber oder Zwischenmeister länger als vier Wochen beschäftigt wird. § 29 Abs. 3 HAG enthält einen besonderen Kündigungsschutz, wenn Heimarbeiter/innen überwiegend von einem Auftraggeber oder Zwischenmeister beschäftigt werden. Für diesen Fall kann mit einer vierwöchigen Frist zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

Schließlich verlängert § 29 Abs. 4 HAG die Kündigungsfristen, allerdings nur für jene, die nach § 29 Abs. 3 HAG überwiegend für einen Auftraggeber/Zwischenmeister arbeiten. Dabei gibt es eine zeitliche Staffelung, die sich steigert; sie reicht von einer einmonatigen Kündigungsfrist, wenn das Heimarbeitsverhältnis zwei Jahre bestanden hat (§ 29 Abs. 4 Nr. 1 HAG) bis hin zu einer siebenmonatigen Kündigungsfrist, wenn das Heimarbeitsverhältnis zwanzig Jahre bestanden hat (§ 29 Abs. 4 Nr. 7 HAG). § 29 Abs. 8 HAG regelt eine Art Änderungskündigung, wonach eine Verringerung der Arbeitsmenge um ein Viertel auch ohne Änderungskündigung derselben Entgeltsicherung bedarf wie nach einer vorausgehenden Kündigung.[1124]

1124 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (360).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ee) Anwendbare Vorschriften aus dem Arbeitsrecht

In Heimarbeit Beschäftigte sind in viele arbeitsrechtliche Regelungen einbezogen.[1125] Sie haben Zugang zu den Arbeitsgerichten, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG. Sie sind in die Betriebsverfassung nach § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG einbezogen. Das AGG schützt sie in § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG vor Benachteiligungen aufgrund der dort pönalisierten Merkmale. Sie unterliegen dem Beschäftigtendatenschutz gem. § 26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG, dem § 20 Abs. 2 BEEG, dem Mutterschutzrecht nach § 1 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG. In der Sozialversicherung sind Heimarbeiter/innen den Arbeitnehmer/innen im Wesentlichen gleichgestellt.[1126]

c) Was das HAG nicht leistet

Es mag an Banalität grenzen, aber auch das Einfache verdient eine Klarstellung: Heimarbeiter/innen sind keine Arbeitnehmer/innen.[1127] Wäre das der Fall, bräuchte das HAG nur eine Begriffsbestimmung, wer darunter falle und dass diese Beschäftigten Arbeitnehmer seien. Denn für Arbeitnehmer/innen gilt das gesamte Spektrum des Arbeitsrechts. Dies enthält das HAG indes nicht. In Heimarbeit Beschäftigte sind selbstständig und möchte man sie einer Untergruppe zuweisen, so wäre die arbeitnehmerähnliche Person ihr am Nächsten.

Im Grunde braucht es aber keine Untergruppe, denn wer in Heimarbeit beschäftigt ist und welche Rechte daraus abgeleitet werden, sagen die Regelungen des HAG und die Anwendungsbereichsbestimmungen verschiedener arbeitsrechtlicher Einzelgesetze.[1128] Wie bereits oben dargestellt, sind die wichtigsten Regelungen die §§ 1 und 2 HAG. Dort wird der Geltungsbereich abgesteckt sowie die Begriffe bestimmt. Festzustellen, ob ein Heimarbeitsverhältnis vorliegt, obliegt dem Unternehmer; dies gilt

1125 Deinert, RdA 2018, S. 358–367 (360).
1126 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*Berchtold* SGB IV § 12 Rn. 1–13.
1127 Ebenso einfach und deutlich: *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (361); *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (290 f.).
1128 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (359); *Schliemann*, FS Wank (2014), S. 531–543 (537).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch dann, wenn die Parteien eine andere Rechtsgrundlage vereinbart haben.[1129]

Ähnlich wie wir es bei der arbeitnehmerähnlichen Person festgestellt haben, darf die Länge der Liste, welche Regelungen für Heimarbeiter/innen anwendbar sind, nicht darüber hinwegtäuschen, dass es doch auch wesentliche Verluste gibt. Das soziale Kündigungsrecht, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu Arbeitnehmer/innen, das Mindestlohngesetz, das Recht des Betriebsüberganges § 613 a BGB sowie das Teilzeit- und Befristungsgesetz sind als die wichtigsten „Verluste" zu nennen.

2. Crowd Worker von Roamler und Clickworker als Heimarbeitende iSd. HAG

Im Folgenden ist zu prüfen, ob Crowd Worker, die einer Tätigkeit auf den Plattformen Roamler und Clickworker nachgehen als Beschäftigte in Heimarbeit gesehen werden könnten. Hierzu wird zunächst eine grundsätzliche Vergleichbarkeit zwischen Crowd Work und Heimarbeit herausgearbeitet. In einem weiteren Schritt wird zu prüfen sein, ob Crowd Worker, die auf den Plattformen Clickworker und Roamler tätig sind, in Heimarbeit Beschäftigte nach §§ 2 Abs. 1, 1 HAG sind.

a) Vergleichbarkeit von Heimarbeit nach dem HAG mit Crowd Work

Die Ausführung von Heimarbeit beruht in der Regel auf zwei Verträgen.[1130] Zum einen auf der Begründung des Heimarbeitsverhältnisses, zum anderen auf dem konkreten Auftragsverhältnis.[1131] In Heimarbeit Beschäftigte sind infolge der Begründung eines Heimarbeitsverhältnisses nicht zur Arbeit verpflichtet, es ist darin nur eine generelle Bereitschaft zu sehen, überhaupt Heimarbeit ausführen zu wollen.[1132]

1129 Vgl. BAG, Urteil vom 15.12.1960 – 5 AZR 437/58, AP HAG § 2 Nr. 2; BAG, Urteil vom 21.01.1965 – 5 AZR 223/64, AP HAG § 1 Nr. 1; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid/*Becker*, Arbeitsrecht, § 117 Rn. 1.

1130 *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (291); *Pacha*, Crowdwork, S. 219.

1131 *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (291); *Pacha*, Crowdwork, S. 219.

1132 *Otten*, NZA 1995, S. 289–296 (291) mwN; *Pacha*, Crowdwork, S. 219.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließen die Vertragsparteien einen Vertrag über die in Heimarbeit konkret zu erbringenden Leistungen ab, so gründet sich erst darauf eine konkrete Leistungspflicht.[1133]

Das ist vergleichbar zu der rechtlichen Situation von Crowd Workern, die ihrer Tätigkeit in indirekter Crowd Work nachgehen. Sie stehen mit der Plattform in einem Nutzungsverhältnis, das wir oben bereits als einen Rahmenvertrag charakterisiert haben. Bezüglich der einzelnen Aufgaben kommen einzelne Vertragsverhältnisse mit der Plattform zustande. Bis hierher haben wir einen absoluten Gleichlauf der vertraglichen Situation bei Heimarbeit und Crowd Work. Damit besteht bereits eine grundsätzliche Vergleichbarkeit beider Erwerbsformen.

Fraglich ist, wie es sich verhält, dass die Angebotssituation eine andere ist. Bei Heimarbeit ist anzunehmen, dass der Heimarbeitgeber den Abschluss des Auftragsverhältnisses in der Regel mit Rechtsbindungswillen anbietet, so dass mit der Annahme durch den in Heimarbeit Beschäftigten dieser Vertrag zustande kommt.

Bei indirekter Crowd Work haben wir in der Regel eine *invitatio ad offerendum* seitens der Plattform, das konkrete Angebot geht damit von interessierten Crowd Workern aus, die Annahme durch die Plattform ist dann erst in der Freischaltung (nicht nur die Sichtbarkeit möglicher Aufgaben) der konkreten Aufgabe zu sehen. Im direkten Vergleich zu Heimarbeit fehlt es damit beim bloßen „Einstellen" der Aufgabe seitens der Plattform an einem Rechtsbindungswillen. Das schadet der Vergleichbarkeit der Erwerbsformen jedoch nicht. Dieser fehlende anfängliche Rechtsbindungswille der Plattform lässt sich so erklären: Zum einen möchte sich die Plattform wegen möglicher technischer Unzulänglichkeiten in der Übertragung schadlos halten. Nicht alle Crowd Worker, die einen Auftrag annehmen, sollen einen Anspruch auf dessen Durchführung haben, wenn technisch etwas schief gelaufen ist und der Auftrag nicht mehr verfügbar sein sollte. Durch die umgekehrte Angebotssituation entgeht die Plattform etwaigen Ansprüchen. Zum anderen wendet sich die Plattform in der Regel nicht an *konkrete* Crowd Worker, sondern ihrem Geschäftsmodell entsprechend an die *Crowd*. Das ist bei der Heimarbeit indes nicht der Fall. Diese beiden Situationen sind aber vor allem der technischen Erneuerung geschuldet.[1134] Das wichtige an der rechtlichen Situation ist, dass in beiden Fällen die Beschäftigten entscheiden, ob sie den Auftrag anneh-

1133 *Pacha*, Crowdwork, S. 220.

1134 *Pacha* stellt die Erwägungen an, wie Crowd Work in Form von Übersetzungsarbeiten in der analogen Welt zu erbringen wäre und kommt zu dem richtigen

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men wollen. In Heimarbeit Beschäftigte entscheiden, ob sie einen Auftrag annehmen wollen und Crowd Worker entscheiden, ob sie ein Angebot machen wollen.

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist bei Crowd Work um einen Schritt verlagert, aber das ändert nichts an der Vergleichbarkeit zu der Heimarbeitssituation. In einem mittlerweile über 35 Jahre alten Aufsatz stellt *Kappus* vorausschauend fest, dass bei sog. Computerheimarbeit der Unterschied zum klassischen Heimarbeiter, der sich die Heimarbeit beim Auftraggeber abholt, nur in der Verbindung zum Hauptcomputer bestehe.[1135]

b) Erwerbsmäßige Tätigkeit

Zunächst müssten die Crowd Worker bei den Plattformen Roamler und clickworker erwerbsmäßig tätig werden iSd. § 2 Abs. 1 HAG. Erwerbsmäßig arbeitet ein Heimarbeiter, wenn die Arbeit auf gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll.[1136]

Fraglich ist, wann eine gewisse Dauer erreicht ist. Dafür kann vergleichend auf das Merkmal der Dauer bei arbeitnehmerähnlichen Personen zurückgegriffen werden mit der Folge, dass eine Dauer von sechs bis neun Monaten genügt.[1137]

Hier muss zwischen indirekter und direkter Crowd Work unterschieden werden: Während bei indirekter Crowd Work die Tätigkeit ausschließlich im Rechtsverhältnis Plattform – Crowd Worker erfolgt, bestehen bei direkter Crowd Work unterschiedliche Rechtsverhältnisse. Zum einen das Nutzungsverhältnis zwischen Plattform und Crowd Worker und zum anderen die einzelnen Aufträge zwischen Crowdsourcern und Crowd Workern. Wechseln in letzterem Fall ständig die Crowdsourcer kann keine Dauerhaftigkeit festgestellt werden.[1138] Diese Konstellation ist für die vorliegende Fallgestaltung jedoch unproblematisch, denn Crowd Work

---

Ergebnis, dass es keinen Unterschied machen kann, ob sich Arbeit in der virtuellen Welt vollzieht, Crowdwork, S. 222.

1135 Sehr lesenswert, sehr vorausschauend, *Kappus*, NJW 1984, S. 2384–2390 (2388), insbes. auch auf die Entscheidung des BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15.

1136 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 45, zitiert nach bag-urteile.com, verweisen auf BAG, Urteil vom 12.07.1988 – 3 AZR 569/86.

1137 So auch *Pacha*, Crowdwork, S. 213.

1138 Diese Unterscheidung erläutert bei *Pacha*, Crowdwork, S. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

findet bei den Plattformen Roamler und clickworker als indirekte Crowd Work statt. Damit genügt für die Annahme der Dauerhaftigkeit, dass Crowd Worker bei Roamler und Clickworker zwischen 6–9 Monaten auf den Plattformen tätig sind.[1139]

Darüber hinaus müsste diese Tätigkeit auch zum Lebensunterhalt beitragen. Erwerbsmäßigkeit erfordert neben der Dauer auch, dass die Arbeit nicht aus Gefälligkeit oder bei Gelegenheit oder in einer nicht ins Gewicht fallenden Weise getätigt wird, sondern ganz oder teilweise dem *Lebensunterhalt dienen* soll.[1140] Es ist nicht erforderlich, dass der Lebensunterhalt hauptsächlich aus dieser Erwerbsquelle erbracht wird, denn auch eine Tätigkeit im *Nebenverdienst* kann Heimarbeit sein.[1141] Wird Crowd Work nur gelegentlich ausgeübt, fällt sie nicht unter die erwerbsmäßige Tätigkeit iSd § 2 Abs. 1 HAG.[1142] Die hier betrachtete Form von Crowd Work auf den Plattformen Roamler und clickworker wird gegen Entgelt erbracht und damit stellt es eine Möglichkeit dar zum Lebensunterhalt beizutragen.

Schließlich ist im Einklang der Rechtsprechung des BAG und des Gesetzeswortlautes, der sich im Gegensatz zu seiner alten Fassung nicht auf die gewerbliche Tätigkeit beschränkt, keine bestimmte Qualität an die Art der Tätigkeit zu stellen.[1143] Einfache Tätigkeiten sind davon ebenso umfasst wie solche, die eine höhere Qualifikation erfordern. Die Tätigkeiten bei Roamler und clickworker umfassen digitale Fertigkeiten, sowie Schreib- und Recherchetätigkeiten. Dies ist vom HAG umfasst. Damit werden Crowd Worker, die für eine Dauer von mindestens 6–9 Monaten einer Erwerbstätigkeit auf den Plattformen Clickworker und Roamler nachgehen, erwerbsmäßig tätig iSd § 2 Abs. 1 HAG.[1144]

1139 So auch *Pacha* für indirekte Crowd Work, S. 213.

1140 KassKomm/*Zieglmeier*, SGB IV § 12 Rn. 16 mwN.

1141 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 49; *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (362); *Pacha*, Crowdwork, S. 214; *Selzer*, Junge Arbeitsrechtler 2016, S. 27-45 (45).

1142 KassKomm/*Zieglmeier,* SGB IV § 12 Rn. 16; *Brose*, NZS 2017, 7 ff.

1143 BAG, Urteil vom 14.06.2016 – 9 AZR 305/15 Rn. 47 zitiert nach bag-urteile.com; HAG aF, BGBl. 1974 I S. 191; Deinert, RdA 2018, S. 358–367 (362).

1144 *Pacha* sieht das für indirekten Crowdwork im Allgemeinen ebenfalls als erfüllt, Crowdwork, S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Selbstgewählte Arbeitsstätte

Crowd Worker bei Roamler und Clickworker müssten darüber hinaus in selbstgewählter Arbeitsstätte tätig sein iSd. § 2 Abs. 1 HAG. An verschiedenen Stellen wurde angemerkt, dass Crowd Work von jedem Ort aus stattfinden kann. Die Crowd Worker sind nur auf eine stabile digitale Infrastruktur angewiesen. Der physisch-reale Ort ist dabei irrelevant. Fraglich ist, ob dies dann noch von der selbstgewählten Arbeitsstätte iSd. HAG gedeckt ist.

Zunächst muss man sagen, dass der Begriff *Heim*arbeit so verstanden werden kann, dass nur eine Tätigkeit von Zuhause umfasst ist.[1145] Fälle alternierender Telearbeit, die immerhin wegen ihrer fehlenden örtlichen Bindung, mit Crowd Work vergleichbar wären, wurden ebenfalls nicht unter das HAG subsumiert.[1146] Allerdings nennt das Gesetz die *selbstgewählte Arbeitsstätte* und setzt die *eigene Wohnung* oder die *selbstgewählte Betriebsstätte* in Klammern dahinter. Dies zeigt, dass das Gesetz nicht so sehr auf einen bestimmten Ort pocht, sondern vielmehr das Element „selbstgewählt" betonen möchte. Einige sehen darin das Erfordernis über eine Arbeitsstätte verfügen zu können.[1147] Ob dies bei jeder selbstgewählten Arbeitsstätte der Fall ist und in welchem Maß die Verfügbarkeit vorhanden sein muss, ist bisher nicht Gegenstand der Diskussion gewesen.[1148]

Deinert zufolge komme es hier auf den Normzweck an: Die selbstgewählte Arbeitsstätte ist gerade in Abgrenzung zur örtlichen Weisungsbindung und damit zur persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers zu sehen.[1149] Gerade weil der Auftraggeber den Beschäftigten nicht anweisen kann, der Tätigkeit ein einem bestimmten Ort nachzugehen, kann irgendeine selbstgewählte Arbeitsstätte, die dem Einflussbereich des Auftraggebers entzogen ist, als solche des § 2 Abs. 1 HAG verstanden werden. Es ist nicht ersichtlich, dass es dem Gesetzgeber bei der Schaffung des HAG nur um den Schutz jener ging, die eine stabile Arbeitsstätte haben; das „*fliegende Büro*" hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung des HAG wohl nicht vor Augen.[1150] In letzter Konsequenz führt dies dazu, dass jeder

1145 Dies feststellend *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).
1146 So Wank, NZA 1999, S. 225–234 (234).
1147 Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechtshandbuch, § 163 Rn. 4; grundsätzlich auch *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).
1148 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).
1149 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).
1150 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst gewählte Arbeitsort als selbstgewählte Arbeitsstätte anzusehen sein kann, mag er auch unstetig und wechselnd sein.[1151]

Mit diesen Überlegungen können Crowd Worker der Tätigkeit auf Roamler und clickworker als solcher in selbstgewählter Arbeitsstätte nachgehen, weil sie ihre Tätigkeit von überall ausüben können.

Soweit ein Widerspruch zu der Auffassung oben zu sehen wäre, wonach Crowd Worker bei Roamler und clickworker an einem virtuellen Arbeitsort arbeiten, der sie zu Arbeitnehmer/innen macht, so wäre der Widerspruch nur scheinbar.

Dieser Teil der Prüfung zeigt nur auf, wie das HAG anzuwenden wäre, wenn die Crowd Worker auf Roamler oder clickworker nicht als Arbeitnehmer/innen zu sehen sein sollten. Auch müsste man die Bedeutung der Worte „Arbeitsort" und „Arbeitsstätte" voneinander abgrenzen, was an dieser Stelle jedoch nicht entscheidungserheblich ist.

d) Selbst oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden

Heimarbeiter/innen müssen ihrer Tätigkeit selbst oder mit Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern nachgehen, § 2 Abs. 1 HAG. Die Crowd Worker bei Roamler und clickworker sollen ihre Arbeiten höchstpersönlich erbringen. Das ergibt sich v.a. aus der Pflicht einen Benutzeraccount anzulegen und diesen nur allein zu nutzen. Ebenfalls ist dies aus den erforderlichen Schulungen ableitbar, die Crowd Worker auf beiden Plattformen durchlaufen müssen. Die Aufgaben sollen damit nur von jenen, die darin geschult sind, absolviert werden – mithin höchstpersönlich. Auftraggeber ist in diesen Fällen die Plattform selbst, da sowohl Roamler als auch Clickworker das Modell der indirekten Crowd Work praktizieren.

e) Verwertung der Arbeitsergebnisse

Für die Anwendung der HAG müssten die Plattformen clickworker und Roamler als Gewerbetreibende oder Zwischenmeister die Arbeitsergebnisse der Crowd Worker verwerten. Verwertung kann in mehrerer Hinsicht verstanden werden: Zum einen können die Ergebnisse der Arbeit direkt

1151 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf dem Absatzmarkt verwertet werden.[1152] Zum anderen können die Ergebnisse der Arbeit auch intern beim Gewerbetreibenden genutzt und verwertet werden und nicht direkt am Markt abgesetzt werden müssen.[1153] Letzteres soll nach überwiegender Meinung genügen, da dieses Merkmal in Abgrenzung zur Selbstständigkeit geprüft werde.[1154] Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da das HAG nicht ein bestimmtes Stadium der Fertigung schützt, sondern, dass in Heimarbeit Beschäftigte nicht das wirtschaftliche Risiko dieser Letztverwertung tragen. Ob die Plattformen Roamler und clickworker die Arbeitsergebnisse der Crowd Worker direkt am Markt absetzen oder ob sie innerhalb ihres Wertschöpfungsprozesses aufbereitet und dann abgesetzt werden, spielt für die Verwertung iSd. § 2 Abs. 1 HAG keine Rolle. Jedenfalls verwerten die Plattformen Roamler und Clickworker die Arbeitsergebnisse der bei ihnen tätigen Crowd Worker.

f) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Das Erfordernis wirtschaftlicher Abhängigkeit für in Heimarbeit Beschäftigte nach § 2 Abs. 1 HAG in dem Sinne wie sie für die Arbeitnehmerähnlichkeit gefordert wird, ergibt sich m.E. weder aus dem Gesetz noch aus dem aktuellen Urteil des BAG.[1155] Ob Crowd Worker bei Roamler und Clickworker von diesen Plattformen im Sinne einer Arbeitnehmerähnlichkeit wirtschaftlich abhängig sind, ist für die Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses iSd. § 2 Abs. 1 HAG nicht relevant.

Fraglich ist allerdings, ob die Abgrenzung von in Heimarbeit Beschäftigten gegenüber anderen Selbstständigen nicht eine andere Art wirtschaftlicher Abhängigkeit fordern kann. Das Problem der Verwertung des Arbeitsergebnisses entfaltet hier seine eigentliche Wirkung:

Was ist, wenn die Plattform selbst der Absatzmarkt ist?

Wir haben oben gesehen, dass Plattformen für viele Arten von Tätigkeiten erst einen Markt geschaffen haben. Entschließen sich Crowd Worker ab sofort nicht mehr Aufgaben für die Plattformen zu bewältigen, sondern die Crowdsourcer selbst zu beliefern, so wäre dies kaum möglich, denn

---

1152 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363); *Pacha*, Crowdwork, S. 216.
1153 *Kappus*, NJW 1984, S. 2384–2390 (2388); auch *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (364).
1154 *Kappus*, NJW 1984, S. 2384–2390 (2388); auch *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (364).
1155 S.o. § 3 B V. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Markt für diese Tätigkeiten haben erst die Plattformen geschaffen. Das könnte dazu führen, dass Crowd Worker immer selbstständig am Markt auftreten, denn der Markt ist die Plattform.

Dies würde allerdings mit Argumenten einer bestimmten Marktlogik aus Heimarbeiter/innen automatisch Selbstständige werden lassen. Das heißt, die Anwendung eines Gesetzes hinge daran, wie die ökonomische Logik bestimmter Unternehmen funktioniert. Es ginge darum, wie ein Markt organisiert ist, wie dieser sich erschließen lässt, wer die Beteiligten des Marktes sind. Kurzum es wären lauter Erwägungen, die außerhalb der objektiven Vertragsdurchführung lägen, zu berücksichtigen. Darauf kann es bei einem Gesetz wie dem HAG, das den Ausgleich der Übermacht einer Seite bezweckt[1156], nicht ankommen. Die Anwendung eines Gesetzes kann nicht von ökonomischen Zufällen und Organisationslogiken abhängen.

Wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 HAG erfüllt sind, stehen sie mit der Plattform in einem Heimarbeitsverhältnis. Ob darüber hinaus eine Art wirtschaftliche Abhängigkeit gefordert sein muss, lässt sich m.E. nicht klar ausmachen. Gleichwohl kann eine Art wirtschaftlicher Abhängigkeit gegeben sein, wenn sie hauptsächlich auf einer Plattform tätig sind. In der Literatur werden zwar immer wieder die zwischen den Plattformen wechselnden Crowd Worker beschrieben, aber diese Kategorie von Crowd Workern ist in der Realität alles andere als evident.[1157] Die meisten Crowd Worker, die nennenswerte Einnahmen damit generieren, tun dies auf 1–2 Plattformen.[1158] Die Wahrscheinlichkeit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ist damit hoch, unabhängig davon, ob diese eine Voraussetzung des § 2 Abs. 1 HAG ist.

g) Ausgabe der Arbeit

Schließlich stellt sich die Frage, ob die Arbeit bei den Plattformen Roamler und Clickworker iSd. § 11 Abs. 1 HAG ausgegeben werde. In der Literatur werden die Auffassungen vertreten, dass die Arbeitsorganisation

1156 *Kappus*, NJW 1984, S. 2384–2390 (2387).
1157 *Deinert*, RdA 2018, S. 358–367 (363); *Däubler/Klebe,* NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Brose*, NZS 2017, S. 7–13.
1158 *Leimeister* et. al., HBS Study Nr. 323, 2016, S. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf Crowd Work Plattformen gegen eine Ausgabe im Sinne des § 11 Abs. 1 HAG spricht.[1159]

In § 11 Abs. 1 HAG heißt es:

> *„Wer Heimarbeit an mehrere in Heimarbeit Beschäftigte ausgibt, soll die Arbeitsmenge auf die Beschäftigten gleichmäßig unter Berücksichtigung ihrer und ihrer Mitarbeiter Leistungsfähigkeit verteilen."*

Vom Wortlaut der Vorschrift, insbesondere des aktiven Verbs *„ausgeben"*, könnte man meinen, dass die Initiative Aufgaben zu vergeben stets von der Plattform als Auftraggeberin ausgehen müsste; dies passe aber nicht zu Crowd Work, weil Interessierte hier selbst aktiv werden müssten.[1160]

Spannend wird es an dieser Stelle dadurch, dass in § 12 Abs. 3 SGB IV bei der Einbeziehung von Heimarbeiter/innen, Hausgewerbetreibenden und Zwischenmeister/innen, von der *Vergabe* von Tätigkeiten spricht. Es heißt wörtlich:

> *„Als Arbeitgeber der Hausgewerbetreibenden oder Heimarbeiter gilt, wer die Arbeit unmittelbar an sie vergibt, als Auftraggeber der, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung sie arbeiten."*

Ähnlich wie bei § 11 HAG ist *„vergeben"* ebenfalls ein aktives Verb. *Brose* teilt dabei ähnliche Bedenken über die Anwendbarkeit wie *Däubler und Klebe*, wobei sie stärker differenziert: Aus dem Nutzungsverhältnis der Crowd Worker zur Plattform ergebe sich keine Pflicht Aufträge anzunehmen, umgekehrt, verpflichten sich die Plattformen nicht, Aufträge anzubieten. Daraus könne schon keine Vergabe abgeleitet werden.[1161] Gegen eine Vergabe spreche ferner, dass die Aufgaben als *invitatio ad offerendum* ausgestaltet seien, darin sei auch keine aktive Zuweisung zu sehen.[1162] Ob in der Freischaltung der Crowd Worker zu bestimmten Aufgaben und die Möglichkeit einseitiger Beschränkung eine Vergabe zu sehen sei, sei sehr zweifelhaft – obwohl darin durchaus eine Abhängigkeit zu sehen sei. Ähnlich wie *Däubler/Klebe* geht sie bei der Vergabe von einer aktiven Zuweisung aus, die Freischaltung bestimmter Aufträge erfülle dies nicht.[1163]

1159 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036); *Krause*, Gutachten für den 71. DJT, B 105; *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13); *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, S. 318–325 (325).

1160 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, S. 1032–1041 (1036).

1161 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13).

1162 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13).

1163 *Brose*, NZS 2017, S. 7–14 (13).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammengefasst scheitere die Anwendbarkeit des HAG an der Ausgabe der Aufgaben iSd. § 11 Abs. 1 HAG.

Dem schließt sich die Verfasserin nicht an.

Wie *„ausgeben"* iSd. § 11 HAG oder *„vergeben"* iSd. § 12 Abs. 3 SGB IV zu verstehen ist, ist m.E. irrelevant, denn eine Ausgabe bzw. Vergabe findet statt.

Gerade die Ausgestaltung der Aufgaben als *invitatio ad offerendum* spricht nicht gegen eine Ausgabe im Sinne des § 11 Abs. 1 HAG oder eine Vergabe iSd. § 12 Abs. 3 SGB IV.

Im Gegenteil, die *invitatio ad offerendum* ermöglicht in letzter Konsequenz eine konkrete Zuweisung von Aufgaben zu konkreten Crowd Workern. Die Plattformen posten die Aufgaben auf ihrer Webseite/App, sie geben damit noch keine rechtsverbindliche Erklärung ab, dass sie sich binden wollen. Erst die interessierten Crowd Worker, die eine Aufgabe anklicken, geben ein Angebot ab. Bekommen sie weitere Informationen zu der Aufgabe, gilt ihr Angebot als angenommen. Darin kann ohne weiteres eine Ausgabe iSd. § 11 Abs. 1 HAG oder eine Verteilung iSd. § 12 Abs. 3 SGB IV zu sehen sein. In diesem Moment teilt die Software der Plattform eine konkrete Aufgabe einem bestimmten Crowd Worker zu.

§ 11 Abs. 1 HAG und § 12 Abs. 3 SGB IV sagten nichts darüber, in welchem Moment des Vertragsschlusses die Heimarbeit ausgegeben werden muss. In die gleiche Richtung lenkt *Pacha*:

> *„Wenn man wegen des untechnischen Ausdruckes „ausgeben" das gesamte HAG für Fälle von Crowd Work unangewendet ließe, weil eine aktive Zuweisung fehlte, so wäre dies reine Begriffsjurisprudenz.*"[1164]

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Tatsache, dass zwei Gesetze, die den Anwendungsbereich für Heimarbeit abstecken (einmal bzgl. des HAG grundsätzlich, einmal bzgl. der Einbeziehung in die Sozialversicherung) unterschiedliche Verben verwenden, nämlich *„ausgeben"* und *„vergeben"* zeigt, dass darin nicht die *„conditio-sine-qua-non"* für den Anwendungsbereich von Heimarbeit liegen kann. Zu berücksichtigen ist auch, warum dem Vertragsschluss überhaupt eine *invitatio ad offerendum* vorgeschaltet ist. Das liegt allein an der technischen Zwischenschaltung der Aufgaben über eine App oder über die Benutzeroberfläche (s.o. bzgl. dieser Erwägungen).

1164 *Pacha* führt überzeugend aus, warum die Ausgabe von Arbeiten nach dem HAG mit Crowd Work vergleichbar ist, Crowdwork, S. 219–224.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit kann man sagen, dass die Aufgaben, die auf den Plattformen Roamler und Clickworker iSd. § 11 Abs. 1 HAG ausgegeben bzw. iSd. § 12 Abs. 3 vergeben werden.

3. Zusammenfassung, Ausblick und Ergebnis

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

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.

Diese Einschränkung kann jene beruhigen, die denken, dass Schutzgesetze automatisch jede Art von Innovation behindern und dazu führen, dass alle Plattformen aus Deutschland auswandern (was ohnehin unproblematisch gehen dürfte, ihr physischer Ballast ist überschaubar[1165]). Nur jene, die tatsächlich auch erwerbsmäßig tätig sind, sind schutzbedürftig. Das muss man als Crowd Worker erst einmal sein. Herausfallen alle, die der Tätigkeit aus intrinsischen Motiven nachgehen ebenso wie jene, die es ganz gelegentlich ausüben.

Ungeachtet der Crowd Worker stellt sich die Frage nach dem *Revival* des HAG. In dieser Fallkonstellation kam die Verfasserin zu einer Anwendung des HAG, ob das HAG für alle Fälle des Home-Office außerhalb des Arbeitsverhältnisses eine Lösung bietet, ist fraglich.

Eine rechtspolitische Brisanz sei aber aufzugreifen. Sollte das Heimarbeitsgesetz tatsächlich nun in die *alltägliche Prüfungspraxis* des BAG eingehen, so wie es mit der Entscheidung 2016 die reale Möglichkeit bietet, stellt sich die Frage, wie es zu rechtfertigen ist, dass in Heimarbeit Beschäftigte den *„gesetzgeberischen Luxus"* eines Gesetzes genießen, während arbeitnehmerähnliche Personen darauf nicht zugreifen können.[1166] Wenn ein Beschäftigter, der von mehreren Auftraggebern abhängig sein kann, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des HAG dort einbezogen werden kann und ihm so wenigstens ein „Sozialschutz light" zuteil wird, wieso sollte dann ein Arbeitnehmerähnlicher, der nur von einem Auftraggeber existenzsichernde Einnahmen bezieht und sonst ebenfalls die Vor-

1165 *Schneider-Dörr*, SPW 2017, S. 58–61.
1166 *Preis*, SR 2017, S. 173–182 (178 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aussetzungen des HAG erfüllt, nicht darunter fallen? Dafür gibt es keinen vernünftigen Grund.

Wenn das nun dazu führt, dass infolge der Zunahme von digitalen Tätigkeiten, die von überall erbracht werden können, viele arbeitnehmerähnliche Personen als in Heimarbeit Beschäftigte iSd. HAG anzusehen sein sollten, so zeigt sich darin umso mehr, dass es keine Anhaltspunkte für eine derartige Ungleichbehandlung zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und in Heimarbeit Beschäftigten gibt. Künftige Entscheidungen werden zeigen, wie es um die digitale Affinität des HAG bestellt ist.

C. Ergebnis für den 2. Teil

Diese Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass Crowd Worker, die auf den Plattformen Roamler und clickworker tätig sind, Arbeitnehmer/innen sein können.

Da dies immer eine Betrachtung des Einzelfalles erfordert, könnte eine Tätigkeit auf den Plattformen Roamler und clickworker dazu führen, dass die Crowd Worker arbeitnehmerähnliche Personen sind.

Es ist darüber hinaus zu prüfen gewesen, ob Crowd Worker auf den Plattformen Roamler und clickworker als in Heimarbeit tätige Personen im Sinne des HAG zu sehen sind. Das ist ebenfalls denkbar.

Die Vielfalt mittels Crowd Work seinen Lebensunterhalt zu verdienen ist immens. Nachgefragte Fähigkeiten von Spezialisten, die ihre Preise selbst bestimmen können und wo Plattformen tatsächlich nur einen Marktplatz für Angebot und Nachfrage stellen, finden sich neben Allzweckmärkten für Arbeitskraft, wo einzelnen Crowd Workern nur die Frage, ob sie überhaupt arbeiten wollen, als einzige (relative) Entscheidung bleibt. Diese Vielfalt wirkt sich arbeitsrechtlich aus.

Auf eine vertiefte Auseinandersetzung von Schutzmöglichkeiten echter selbstständiger Crowd Worker, die einer beherrschenden Marktmacht von Plattformen begegnen, kann an dieser Stelle nur verwiesen werden.[1167]

1167 Aus der Sicht des Kartellrechts: *Bouarezi*, NZA 2019, S. 741–746; *Hensel* in: Hensel et. al., Selbstständige Unselbstständigkeit, Nomos 2019, S. 215–246; zur AGB-Kontrolle und Generalklauseln des BGB: *Däubler* in: Benner (Hrsg.), Crowd Work, S. 243–274; *Deinert*, Soloselbstständige S. 10 f.; *Walzer*, Crowdwork, Nomos 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748924548-140 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY