



Arbeitswelt 4.0 – Muss der Arbeitnehmerbegriff angepasst werden?

Prof. Dr. Frank Bayreuther

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

ZUKUNFT.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

SACHSEN.
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Inhalt

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | Vorbemerkung..... | 7 |
| 2. | Klassischer Arbeitnehmerbegriff | 8 |
| 2.1. | Einbeziehung von „Beschäftigten 4.0“ in den klassischen Arbeitnehmerbegriff..... | 8 |
| 2.1.1. | Erfolgsbezogenheit der Vergütung..... | 8 |
| 2.1.2. | Punktuelle Austauschbeziehungen | 9 |
| 2.1.3. | (Keine) Verpflichtung zur Übernahme einzelner Aufträge | 10 |
| 2.1.4. | Zeitliche Weisungsgebundenheit | 11 |
| 2.1.5. | Örtliche Weisungsgebundenheit | 13 |
| 2.1.6. | Inhaltliche Weisungsgebundenheit | 13 |
| 2.1.7. | Fremdbestimmung der Tätigkeit, Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation | 14 |
| 2.2. | Zwischenergebnis..... | 16 |
| 3. | Reformoptionen | 16 |
| 3.1. | Regelungsbedarf – Plattformökonomie als Anlass? | 16 |
| 3.2. | Offene Vorfrage: Bestimmung des „richtigen“ Arbeitgebers | 20 |
| 3.3. | Crowdworker als Heimarbeiter?..... | 23 |
| 3.3.1. | Ausgangspunkt..... | 23 |
| 3.3.2. | Grundvoraussetzung: Wirtschaftliche Abhängigkeit | 25 |
| 3.3.3. | Nur partiell „passendes“ Schutzinstrumentarium..... | 26 |
| 3.4. | Reformvorschläge in Zusammenhang mit der Diskussion über die „Arbeit 4.0“ | 28 |
| 3.5. | Anknüpfung an den Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts? | 30 |
| 3.6. | Teleologischer Arbeitnehmerbegriff | 32 |
| 3.7. | Erweiternde Auslegung des § 611a BGB..... | 35 |
| 3.7.1. | Berücksichtigung der Eingliederung in eine fremde Netzwerkorganisation | 35 |
| 3.7.2. | Ausrichtung der Tatbestandsmerkmale des § 611a BGB an den Gegebenheiten der Digitalwirtschaft | 37 |

| | | |
|--------|---|-----------|
| 3.7.3. | Flankierende Änderungen in anderen Rechtsgebieten | 37 |
| 4. | Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung..... | 39 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| aA | andere Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AEntG | Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| Art. | Artikel |
| ArbZG | Arbeitszeitgesetz |
| AÜG | Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung |
| Aufl. | Auflage |
| AuR | Arbeit und Recht |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Sammlung der Entscheidungen des BAG |
| BAnz | Bundesanzeiger |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des BGH in Zivilsachen |
| BMAS | Bundesministerium für Arbeit und Soziales |
| BMJ | Bundesministerium der Justiz |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe |
| ebd. | ebenda |

| | |
|----------|--|
| EFZG | Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall |
| ESC | Europäische Sozialcharta |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| f. | folgend |
| ff. | fortfolgende |
| Fn | Fußnote |
| GewO | Gewerbeordnung |
| ggf. | gegebenenfalls |
| dgl. | dergleichen |
| GrCh | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HAG | Heimarbeitsgesetz |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hs. | Halbsatz |
| ieS | im engeren Sinne |
| insb. | Insbesondere |
| iSd | im Sinne des |
| iVm | in Verbindung mit |
| iwS | im weiteren Sinne |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| MiLoG | Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns |
| MüHdB | Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| Rn. | Randnummer |
| Rom-I-VO | Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht |

| | |
|----------|---|
| s. | siehe |
| S. | Seite |
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| SOKA | Sozialkassen |
| SOKA Bau | Sozialkassen des Baugewerbes |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| u. | und |
| usw. | und so weiter |
| u.U. | unter Umständen |
| v. | vom |
| vgl. | vergleiche |
| ZAS | Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht |
| ZESAR | Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht |
| ZEW | Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

1. Vorbemerkung

Die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt ist eines der zentralen Themen der aktuellen arbeitspolitischen und arbeitsrechtlichen Diskussionen und Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Diskurse. Das deutsche Arbeitsrecht bewegt sich in einem Rahmen, der räumlich, organisatorisch und im Hinblick auf die Beziehungen der Akteure von klaren, statischen und eindeutig identifizierbaren Komponenten wie beispielsweise dem Betriebsbegriff oder bestimmten Arbeitszeiten ausgeht. Das geltende Recht hat bisher durch die neuen Formen digitaler Arbeit keine Änderung erfahren.

Das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit möchte mit vorliegendem Gutachten einen Aspekt der rechtlichen Diskussion aufgreifen, der sich mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers befasst.

Anlass des Gutachtens sind die neuen Tätigkeitsformen, die sich durch moderne Technologien und die Plattformökonomie in der Arbeitswelt entwickelt haben. Es wird erwartet, dass mit der zunehmenden Digitalisierung der Arbeitswelt auch die (Solo-) Selbständigkeit zunehmen wird. Als Beispiel dafür wird in erster Linie das Crowdfunding/Crowdsourcing genannt. Hierbei schreiben Unternehmen einzelne Projekte oder Arbeitsaufgaben über webbasierte Plattformen aus. Registrierte User können ihre Arbeitskraft weltweit anbieten und die ausgeschriebenen Arbeiten ortsunabhängig abarbeiten. Für Unternehmen hat dies den Vorteil, dass sie personelle Engpässe in den eigenen Reihen auffangen und flexibel auf Auftragsspitzen reagieren können.

Das Gutachten analysiert die Möglichkeiten eines verbesserten Schutzes von Crowdworkern und anderen Soloselbständigen im Arbeits- und Sozialrecht. Anknüpfend an den Arbeitnehmerbegriff in § 611 a BGB wird die aktuelle Diskussion um das Crowdfunding aufgearbeitet. Dabei bezieht das Gutachten jenseits der digitalen Arbeitswelt auch Beschäftigungsformen ein, in denen zwar - formale - Selbständigkeit besteht, der Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber strukturell aber erheblich unterlegen ist und ggf. zu prekär erscheinenden Bedingungen tätig wird.

Nachfolgend werden zum Zwecke sprachlicher Vereinfachung Personen in derartigen Beschäftigungsverhältnissen als Crowdworker, zuweilen auch als Plattformbeschäftigte bezeichnet. Diese Begriffe sollen nur zusammenfassend für die sich derzeit herausbildenden alternativen Beschäftigungsformen in der Digitalwirtschaft gebraucht werden; sie beziehen sich aber nicht gezielt auf eine ganz bestimmte Ausprägung der Zusammenarbeit in der Digitalwirtschaft. Dessen ungeachtet bilden Crowdworker aber auch rein tatsächlich die entscheidende Hauptgruppe von Personen in digitalen Wirtschaftsbeziehungen, so dass sich vor allem für sie die Frage nach einem verbesserten Sozialschutz stellt. Schließlich ist vorzuschicken, dass im nachfolgenden Text, soweit es nicht ganz konkret um die Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern geht, für derartige Beschäftigte (bzw. ihre Vertragspartner/Crowdsourcer) auch die Begriffe Auftragnehmer oder Leistungserbringer (bzw. Leistungsabnehmer oder Nachfrager) gebraucht werden, ohne dass damit bereits irgendeine rechtliche Wertung verbunden ist.

2. Klassischer Arbeitnehmerbegriff

2.1. Einbeziehung von „Beschäftigten 4.0“ in den klassischen Arbeitnehmerbegriff

Um abzuklären, ob der Arbeitnehmerbegriff mit Rücksicht auf Plattformbeschäftigte angepasst werden muss, bedarf es zunächst einer Prüfung, inwieweit Crowdworker nicht bereits dem aktuell geltenden Arbeitnehmerbegriff unterfallen, auch um etwaige Defizite und Lücken des § 611a BGB identifizieren zu können.

Gemäß § 611a BGB ist Arbeitnehmer, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist, wobei das Weisungsrecht des Arbeitgebers Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Weisungsgebunden ist, wer seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Maßgeblich ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls.

2.1.1. Erfolgsbezogenheit der Vergütung

Ein grundständiges Hemmnis für die Qualifikation von Crowdworkern als Arbeitnehmer ist zunächst, dass das gegenseitige Vertragsverhältnis erfolgsbezogen ausgestaltet ist. Während der Arbeitnehmer ein Tätigwerden schuldet, ist dem Crowdworker auferlegt, einen bestimmten, im Vorfeld klar definierten Leistungserfolg zu erbringen (etwa: Entwurf eines Computerprogramms, Lösung einer Programmieraufgabe, Übersetzung eines Textes usw.). Die Vergütung wird erst nach Fertigstellung der Leistung, nach ihrer Ablieferung bzw. ihrer Abnahme durch den Nachfrager fällig. Das deutet darauf hin, dass zwischen Crowdworker und –sourcer regelmäßig ein Werkvertrag besteht (s. nur §§ 631 Abs. 1, 633, 635, 644 Abs. 1 BGB).

Umgekehrt würde alleine der Umstand, dass die Vergütung erfolgsbezogen ausgestaltet ist oder dass der Crowdworker punktuell bestimmte Arbeitsergebnisse nachzuweisen hat, noch nicht ausschließen, dass dieser insgesamt dennoch als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Einmal davon abgesehen, dass auch Arbeitsverträge erfolgsbezogene Festlegungen aufweisen können (etwa: Zielvereinbarungen, leistungsabhängige Vergütung), wären derartige Abreden durch den Typenzwang des Arbeitsrechts durchbrochen, wäre die betreffende Person in Wirklichkeit abhängig beschäftigt.¹ Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch umgangen werden, dass Parteien einem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB).² Ebenso wenig kann ein abhängig Beschäftigter auch nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer gemacht werden.³ Andernfalls wäre das Arbeitsrecht verhältnismäßig leicht zu umgehen und dies auch noch mit

¹ Darauf bauen etwa auf: *Pacha*, Crowdwork, 2018, S. 163 ff.; *Warter*, Crowdwork, 2016, S. 159 ff.; *Hötte*, MMR 2014, 795, 797.

² Dagegen stellt prominenter auf den Vertragsschluss ab: *Richardi*, NZA 2017, 36, 37.

³ BAG 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, Rn. 16.

der Konsequenz, dass die vertragliche Risikoverteilung weit zu Lasten des Arbeitnehmers verschoben wäre.

Das gilt aber eben nur, wenn die fragliche Person auch tatsächlich abhängig beschäftigt ist, was im Weiteren noch umfassend zu prüfen ist. Eine zwischen den Parteien vereinbarte Erfolgsgarantie kann nur dann außer Betracht bleiben, wenn sie das fragliche Vertragsverhältnis in Wirklichkeit gar nicht prägt. Was hingegen nicht möglich ist, ist eine tatsächlich bestehende Leistungspflicht einfach zu negieren, um so erst die persönliche Abhängigkeit des Crowdworkers zu begründen.

Mithin spricht für einen Arbeitsvertrag, wenn es von Beginn an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk fehlt, weil der Auftraggeber erst einzelfallbezogen den Gegenstand der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung und damit Arbeit und Einsatz bindend organisiert.⁴ Die Leistungspflicht des Crowdworkers beschränkt sich dagegen häufig auf einen ganz bestimmten, punktuellen und häufig auch kurzfristig erreichbaren Erfolg. Schon das deutet darauf hin, dass sich einschlägige Leistungsbeziehungen in vielen Fällen nicht als Arbeitsverhältnis erweisen.

2.1.2. Punktuelle Austauschbeziehungen

Weiter ist zu beachten, dass die Austauschbeziehungen in der Plattform- und Gig-Ökonomie häufig nur punktuell und sehr kurzzeitig sind. Es werden Aufträge nachgefragt, deren Ausarbeitung ein paar Stunden, Tage oder Wochen dauert. Nach Vorstellung der Beteiligten, zumindest nach der des Auftraggebers, soll die gemeinsame Vertragsbeziehung mit der Auftragsausführung enden. Nachfolgende Aufträge werden neu ausgeschrieben. Dabei kann es sein, dass wiederum der Auftragnehmer den Zuschlag erhält. Das ist indes nicht vorhersehbar und schon gar nicht zwingend.

Der Arbeitsvertrag ist von seinem Grundcharakter her aber ein Dauerschuldverhältnis. Zwar haben insbesondere *Risak*⁵ und *Warter*⁶ herausgearbeitet, dass Arbeitsverhältnisse deshalb keineswegs auf unbestimmte und noch nicht einmal auf längere Zeit abgeschlossen sein müssen. Sie dürfen sich nur nicht, wie etwa im Kaufvertrag, in einem punktuellen Leistungsaustausch erschöpfen. Und nicht zuletzt das Befristungsrecht zeigt, dass Arbeitsverträge natürlich auch von nur begrenzter Andauer sein können.

Hinweis: Gerade ein Blick auf das Befristungsrecht verdeutlicht dann aber auch die Grenzen, die sich gegen eine vorschnelle bzw. unüberlegte Einbeziehung von Crowdworkern in das Arbeitsrecht ergeben, mögen diese auch keinen Einfluss auf die rechtliche Bewertung des Vertragsverhältnisses haben: Würde schon jeder einschlägige Leistungsaustausch in ein Arbeitsverhältnis münden, müsste der Crowdsourcer dieses nach Auftragsbeendigung einigermaßen mühsam kündigen, sollte eine Fortbeschäftigung des Crowdworkers nicht möglich sein. Alternativ müssten die Beteiligten eine Befristungsabrede abschließen, für deren Wirksamkeit es spätestens⁷ ab der 2.

⁴ BAG 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, Rn. 17.

⁵ *Risak*, ZAS 2015, 17.

⁶ *Warter*, Fn. 1, S. 159 ff.

⁷ Möglicherweise ist dies schon bei der ersten Befristung der Fall, weil in aller Regel eine Zweckbefristung oder eine auflösende Bedingung iSd. § 21 TzBfG angestrebt sein wird.

Beauftragung eines Sachgrundes bedarf, vgl. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Selbst wenn ein solcher gegeben wäre (und häufig auch gegeben sein wird), wird es den Akteuren der Digitalwirtschaft jedenfalls bei Aufträgen, deren Abarbeitung nur einige Stunden oder wenige Tage in Anspruch nimmt, nicht immer leicht fallen, die nach § 14 Abs. 4 TzBfG notwendige Schriftform einzuhalten.

Immerhin ist vorstellbar, dass ein Arbeitsverhältnis dann gegeben ist, wenn der Crowdworker immer wieder Aufträge für ein- und denselben Auftraggeber übernimmt und sich diese jeweils unmittelbar aneinander anschließen, so dass sich in der Gesamtschau ein einziges Dauerschuldverhältnis ausmachen lässt. Besonders deutlich wird das an einem durch das LAG Baden-Württemberg⁸ entschiedenen Rechtsstreit, in dem es um die Eingliederung eines Informatikers in den Betrieb eines Automobilherstellers ging, der für diesen gleichsam auf Zuruf tätig war. Wörtlich führt das LAG aus:

„Wenn man, wie die Beklagte, den vorliegenden Dienstleistungsvertrag in so viele Werkverträge segmentiert, müsste man bei lebensnaher Betrachtung davon ausgehen, dass nicht alle Werkverträge ordnungsgemäß erfüllt worden sind und deshalb Gewährleistungsrechte hätten geltend gemacht werden können. Auch dass dies nicht geschehen ist, spricht gegen die Annahme eines Werkvertrages.“

Daraus folgt, dass die Crowdworkbeziehung dann, aber auch nur dann zum Arbeitsverhältnis wird, wenn sie über einen einzelfallbezogenen, punktuellen Leistungsaustausch hinausgeht. Lediglich kurzzeitige Vertragsbeziehungen, die sich in einem einmaligen Austausch von Leistungen erschöpfen, präsentieren sich dagegen eher als Werkverträge. Dabei kommt hinzu, dass, wie im Nachfolgenden noch zu zeigen sein wird, es einem Vertragsverhältnis, das nur kurze Zeit besteht, in aller Regel an der von § 611a BGB vorausgesetzten persönlichen Abhängigkeit des Leistungserbringers fehlen wird.⁹ Reihem sich viele einzelne Aufträge aneinander, kann dies in der Gesamtheit in einen Arbeitsvertrag münden, das jedoch nur dann, wenn der Auftragnehmer nicht für jeden Auftrag neu entscheiden kann, ob er diesen annehmen möchte oder nicht.

2.1.3. (Keine) Verpflichtung zur Übernahme einzelner Aufträge

Eine persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 611a BGB setzt voraus, dass die betreffende Person ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen kann. Folglich spricht es gegen eine persönliche Abhängigkeit, sollte ein Leistungserbringer nicht verpflichtet sein, einzelne Arbeiten zu übernehmen. Genau das ist in der Crowdworkerbeziehung aber häufig der Fall.¹⁰ Dort kommt dem Auftraggeber eben gerade kein Recht zu, dem Auftragnehmer weitere Arbeiten zuzuweisen. Nicht selten ist das vom Auftraggeber auch nicht gewollt, weil dieser Aufgaben wechselnd vergeben möchte.

Insoweit ist nach derzeitiger Rechtslage nicht entscheidend, dass der Leistungserbringer in aller Regel ein elementares wirtschaftliches Interesse daran hat, weitere Aufträge zu übernehmen und das zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auch tun muss (vor allem hieran setzt die

⁸ LAG Baden-Württemberg 1.8.2013, 2 Sa 6/13, NZA 2013, 1017 – allerdings zu § 1 S. 2. AÜG.

⁹ Das konstatiert dann auch *Warter*, Fn. 1, S. 159 ff.

¹⁰ Weiter differenzierend: *Pacha*, Fn. 1, S. 164.

Kritik des insbesondere von *Wank* entworfenen so genannten teleologischen Arbeitnehmerbegriffs an, s. unten 3.6.). Maßgeblich ist nur, ob nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien der Auftraggeber die Möglichkeit haben soll, dem Auftragnehmer einseitig einzelne Aufgaben zuzuweisen und dieser einzelne Aufgabenzuweisungen nicht ablehnen kann, ohne das Vertragsverhältnis zu gefährden.

Dies hat das BAG zuletzt in einer Entscheidung zur (Nicht-)Arbeitnehmereigenschaft von Honorarärzten im medizinischen Dienst auch nochmals ausdrücklich klargestellt.¹¹ Wörtlich führt der erkennende Senat aus:

„Der Kläger beruft sich ohne Erfolg darauf, er habe Einsätze nie abgelehnt, da er befürchtet habe, der Beklagte würde mit dem Abbruch der Vertragsbeziehungen reagieren. Das LAG weist zu Recht darauf hin, dass dies nicht Ausdruck einer persönlichen, sondern einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Auftragnehmers ist.“

Mithin spricht es gegen die Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern, wenn der Crowdsourcer sie zwar immer wieder beauftragt, ihnen aber jedes Mal freistellt, ob sie den aktuellen Auftrag übernehmen wollen oder nicht. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Auftragnehmer veranlasst sieht, sämtliche Angebote anzunehmen, weil er befürchtet, andernfalls nicht mehr angefragt zu werden.

2.1.4. Zeitliche Weisungsgebundenheit

Zu einem ganz ähnlichen Befund gelangt man, wenn man die zeitliche Weisungsgebundenheit des Crowdworkers betrachtet. Eine solche ergibt sich nicht bereits deshalb, weil die Ablieferung der zu erbringenden Leistung an bestimmte Abgabetermine geknüpft ist. Das ist vielmehr für die überwiegende Mehrheit von Werkverträgen typisch, man denke nur an die Arbeitsschritte auf einer größeren Baustelle. Einfache zeitliche Vorgaben und die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, sind kein ausreichendes Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Das Versprechen, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen, macht den Leistenden noch nicht im arbeitsrechtlichen Sinne weisungsabhängig.¹² So begründet selbst eine – sich in Grenzen haltende – Rückkoppelung an Arbeitsfrequenzen des Abnehmers noch keine Weisungsgebundenheit.

Das betont auch das BAG in mehreren neueren Entscheidungen, mit denen es „freie“ Lehrkräfte einer Musikschule als Werkvertragsnehmer qualifiziert. Dort heißt es:¹³

„Der Arbeitszeitsouveränität des Klägers steht nicht entgegen, dass die Beklagte dem Kl. lediglich an drei festen Tagen in der Woche einen Unterrichtsraum zur Verfügung stellte. Zwar kann in der Anordnung, eine Tätigkeit nur in bestimmten Räumlichkeiten zu verrichten, und einer nur zeitlich beschränkten Zurverfügungstellung dieser

¹¹ BAG 21.7.2015, 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, 344, Rn. 25.

¹² BAG 22.8.2001, 5 AZR 502/99, NZA 2003, 662, II.2.b.; iE auch: BAG 11.8.2015, 9 AZR 98/14 Rn. 31.

¹³ Die nachfolgende Passage ist entnommen aus: BAG 21.11.2017, 9 AZR 117/17, NZA 2018, 300, dort Rn. 36.

Räumlichkeiten eine zeitliche Weisungsgebundenheit liegen. Das ist aber nicht anzunehmen, wenn die Zeitspanne so bemessen ist, dass dem Mitarbeiter ein erheblicher Spielraum verbleibt.“

Solange es der Zweck eines Leistungstermins bleibt, die Erledigung einer Arbeitsaufgabe sicherzustellen, folgt aus der Vorgabe von Abgabeterminen also noch keine Abhängigkeit im arbeitsrechtlichen Sinn.¹⁴ Gerade in der Crowdworkbeziehung macht der Auftraggeber dem Auftragnehmer aber deshalb zeitliche Zielvorgaben, weil er Leistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt benötigt. Darüber hinaus ist es häufig auch so, dass der Leistungsanbieter, der den Zuschlag erhalten hat, die Vergabe der betreffenden Aufgabe an andere Leistungserbringer blockiert, solange er für den Auftraggeber tätig ist, so dass dieser sicherstellen muss, dass der Auftragnehmer den gewünschten Leistungserfolg auch tatsächlich erbringen wird.¹⁵

Umgekehrt ist zu beachten, dass der zeitlichen Weisungsgebundenheit in der modernen Arbeitswelt immer weniger Bedeutung zukommt (Stichworte etwa: Vertrauensarbeitszeit, Zeitkonten, Gleitzeit, freie Arbeitszeitgestaltung, homeoffice, mobile office usw.). Der fehlende Zugriff des Auftraggebers auf die zeitliche Disposition des Crowdworkers darf also auch nicht überbewertet werden.

Vor allem aber gerät der Crowdworker dann eben doch in eine zeitliche Abhängigkeit, wenn er im Hinblick auf eine Gesamtheit einzelner Nutzungsverträge seine zeitliche Gestaltungsfreiheit einbüßt. Dies ist der Fall, wenn die Taktfrequenzen so eng bemessen sind oder sich Ketten von Abgabeterminen ergeben,¹⁶ so dass ihm faktisch kein Spielraum mehr für eigene zeitliche Dispositionen verbleibt. Denkbar ist auch, dass der Plattformbetreiber in anderer Weise auf die Zeitgestaltung des Auftragnehmers einwirkt, etwa weil Arbeiten nur auf der (bzw. über die) Plattform erledigt werden können und diese nur für einen bestimmten Zeitraum zugänglich ist.¹⁷

Das hat das BAG etwa für eine im Bereich der Denkmalpflege beschäftigte wissenschaftliche Hilfskraft bejaht.¹⁸ Diese war rechtlich zwar nicht zur Anwesenheit in der Anstellungsbehörde verpflichtet und hat auch nicht an deren Zeiterfassungssystem teilgenommen. Dessen ungeachtet konnte sie aus tatsächlichen Gründen ihre Leistungen aber nur während der Bürozeiten der Dienststelle erbringen.

¹⁴ Vgl. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1034; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1030.

¹⁵ *Pacha*, Fn. 1, S. 167.

¹⁶ BAG 22.8.2001, 5 AZR 502/99, NZA 2003, 662, II.2.b.; iE auch: BAG 11.8.2015, 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 31.

¹⁷ Weit in diese Richtung: *Risak*, ZAS 2015, 11, 16. Die Grenzen einer dahingehenden Argumentation zeigt allerdings BAG 11.8.2015, 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 31 auf.

Im Fall ging es um die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds einer Gruppe von Zirkusartisten, die für eine bestimmte Zeit in den Vorstellungen des beklagten Zirkusunternehmens auftraten. Das BAG arbeitete heraus, dass alleine die Bindung der Artisten an den Aufführungsort (Zirkuszelt) und an die Vorstellungszeiten des Unternehmens noch nicht ausreichen, um eine zeitlich-persönliche Abhängigkeit und damit die Arbeitnehmereigenschaft des klagenden Artisten zu begründen. Ähnlich auch BSG 14.3.2018, B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 für eine Aushilfe in einem Opernchor.

¹⁸ BAG 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, Rn. 22 f.

Weiterhin gerät der Crowdworker in eine zeitliche Abhängigkeit, wenn er, ähnlich wie bei einer ständigen Dienstbereitschaft, stets ansprechbar bleiben muss und der Auftraggeber davon ausgeht, mehr oder weniger nach Belieben auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zugreifen zu können.¹⁹

2.1.5. Örtliche Weisungsgebundenheit

Crowdworker sind typischerweise örtlich nicht weisungsgebunden. Indes verliert auch dieses Kriterium in der modernen Arbeitswelt mehr und mehr an Bedeutung (Stichworte etwa: homeoffice, mobile office). So nähert sich auch in vielen klassischen Arbeitsverhältnissen die Arbeitsausgestaltung hinsichtlich des Freiheitsgrades bezüglich Arbeitsort und Arbeitszeit immer mehr der selbstständigen Tätigkeit an.²⁰

2.1.6. Inhaltliche Weisungsgebundenheit

Schließlich ist der Blick auf eine etwaige inhaltliche Weisungsgebundenheit des Crowdworkers zu richten. Allerdings hängt die Bedeutung, die dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von inhaltlichen Weisungen zukommt, stark von der Rechtsnatur und vom Gegenstand der jeweiligen Beschäftigungsbeziehung ab. Insoweit ist auf der einen Seite zu beachten, dass es seit jeher Beschäftigte gibt, denen nahezu keine inhaltlichen Weisungen erteilt werden, deren Arbeitnehmereigenschaft dessen ungeachtet aber außer Frage steht. Das trifft insbesondere auf Tätigkeiten zu, die eine besondere Qualifikation oder Spezialisierung des Arbeitnehmers voraussetzen (Klassiker: Ober- oder Chefärzte eines Krankenhauses) und aktualisiert sich in der sich wandelnden Arbeitswelt in immer mehr Beschäftigungsverhältnissen,²¹ in denen das Kriterium der Weisungsgebundenheit insgesamt sehr an Trennschärfe verloren hat.

Auf der anderen Seite ist es im Werkvertragsrecht alles andere als ausgeschlossen, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer Weisungen erteilt, vgl. nur § 645 Abs. 1 S. 1 BGB (Paradebeispiel: Weisungen des Bauherrn bzw. seines Architekten gegenüber einzelnen Handwerkern, um die verschiedenen Tätigkeiten auf einer Baustelle zu koordinieren). So führt das BAG etwa zu Weisungen aus, die der Betreiber eines Flughafens bzw. die Bundespolizei einem Sicherheitsunternehmen machte, das mit der Fluggastkontrolle betraut war:

„Für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht nicht der Umstand, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer detaillierte Vorgaben bezüglich der Sicherheitskontrollen machte. Im Sicherheitsgewerbe bestimmt der Auftraggeber regelmäßig, wie die Sicherheitskontrollen durchzuführen sind, wobei er seinerseits normative Vorgaben zu

¹⁹ So das BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453, Rn. 24 f. zu einem von zu Hause aus tätigen Programmierer. Im konkreten Fall wurde die Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Person allerdings abgelehnt.

²⁰ S. zu diesem Befund nur: Brose, NZS 2017, 7, 11; Uffmann, NZA-Beil. 2017, 45, 46; Schirmer, NZA-Beil. 2016, 85, 86; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1026; Krause, Gutachten B zum 71. DJT, Digitalisierung der Arbeitswelt, B 20.

²¹ S. nur Deinert, RdA 2017, 65, 67; Däubler, SR Sonderausgabe 2016, 2, 33. So auch insbesondere für das Sozialrecht: BSG 14.3.2018, B 12 KR 12/17 R, BeckRS 2018, 14960 = NZS 2018, 671 (Kurzfassung) Rn. 23; BSG 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R.

*beachten hat. So muss bei der Fluggastkontrolle wegen der überragenden Bedeutung der Sicherheit des Flugverkehrs ein hoher Qualitätsstandard angelegt werden, der durch eine Vielzahl nationaler gesetzlicher Bestimmungen im Luftsicherheitsgesetz und auf europäischer Ebene geregelt ist. Die vom Auftraggeber gemachten projektbezogenen Anweisungen spiegeln nur den von ihm gewünschten, gesetzeskonformen Qualitätsstandard wider. Diese indizieren daher nicht die Arbeitnehmereigenschaft.*²²

Ausschlaggebend ist vielmehr, ob dem Beschäftigten personenbezogene Weisungen erteilt werden, die charakteristisch für eine Einbindung in eine fremde Betriebs- und Arbeitsorganisation sind.²³ Das lässt sich gut am Beispiel der zahlreichen Entscheidungen des BAG zur Arbeitnehmereigenschaft von Lehrkräften in Musikschulen aufzeigen. Insoweit stellt das BAG darauf ab, ob dem Schulträger das Recht zukommt, die zeitliche Lage der Unterrichtsstunden einseitig zu bestimmen, den Unterrichtsgegenstand oder Art und Ausmaß der Nebenarbeiten festzulegen und inwieweit dieser den jeweiligen Leistungsstand der Schülerinnen und Schüler und den Unterricht selbst kontrolliert.²⁴

Tatsächlich sind derartige Weisungen auch in der Crowdworkerbeziehung vorstellbar. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber einzelne Arbeitsschritte vorprogrammiert, Kontrollen über Screenshots vornimmt oder sonstige informationelle Abhängigkeiten bestehen. Weiterhin kann für eine Abhängigkeit des Crowdworkers sprechen, wenn dieser die zur Erreichung des geschuldeten Erfolgs notwendigen Handlungen nicht nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisieren kann, etwa weil ihm nicht gestattet ist, die erforderliche Fachsoftware auf einen eigenen Rechner aufzuspielen und/oder er die fraglichen Tätigkeiten nicht zu jeder beliebigen Zeit und an jedem beliebigen Ort wahrnehmen kann.²⁵ Auch ist eine indirekte Steuerung über „Feedback“, Bewertungs-, Rating- und Reputationssysteme gut vorstellbar.²⁶ Derartige Weisungszugriffe auf die Leistungserbringung dürften in der Crowdworkbeziehung aber eher Ausnahme und nicht der Regelfall sein.

2.1.7. Fremdbestimmung der Tätigkeit, Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation

§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB enthält, neben vielen anderen, das Tatbestandsmerkmal der Verpflichtung zu „*fremdbestimmter Arbeit*.“ Insoweit ist umstritten, ob diesem Passus überhaupt

²² BAG 18.1.2012, 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455, Rn. 33.

Im Fall ging es um die Abgrenzung zwischen einer freien Dienstleistung (Werkvertrag) und Arbeitnehmerüberlassung. Diese Problematik geht indes parallel zu der hier zu diskutierenden Sachfrage, s. § 1 S. 2. AÜG.

²³ S. nur ErfK/Preis, 19. Aufl., 2019, § 611a Rn. 39.

²⁴ BAG 21.11.2017, 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448, Rn. 25. In die gleiche Richtung gehen: BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16, juris, Rn. 27; BAG 27.6.2017, 9 AZR 851 u. 852/16, NZA 2017, 1463 u. juris, dort jeweils Rn. 18.

²⁵ So das BAG (25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348 Rn. 22 f.) im oben (I.1a) schon erwähnten „Denkmalpflegerfall“.

²⁶ Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 987, 988; Lingemann/Otte, NZA 2015, 1042.

eine eigenständige Bedeutung zukommt. Zum Teil wird in ihm eine bloße Tautologie²⁷ gesehen, weil derjenige der nach Weisungen eines anderen arbeitet, fremdbestimmt tätig wird. Zumindest wird aber darauf hingewiesen, dass nicht jeder, der fremdbestimmt arbeitet, auch schon weisungsabhängiger Arbeitnehmer ist.

Dagegen halten *Wank* und *Preis*²⁸ dieses Kriterium nicht nur für eine gewichtige Ergänzung des bisherigen, durch die Rechtsprechung entwickelten Arbeitnehmerbegriffs, sondern erkennen darin auch einen denkbaren Schlüssel zur Erfassung abhängiger Beschäftigung im Graubereich der modernen Arbeitswelt. Fremdbestimmung bedeutet dabei, dass die betreffende Person in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist (vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG), dass sie auf die Arbeitsorganisation eines anderen angewiesen ist oder aber in einem sonstigen Unterordnungsverhältnis tätig wird, auch wenn sie im Einzelnen nicht weisungsgebunden ist. Das ist allerdings auch dem herkömmlichen Arbeitnehmerbegriff nicht völlig fremd, weil sich Fremdbestimmung nicht ohne ein gehöriges Maß an Weisungsgebundenheit einstellen kann.

Dennoch ermöglicht es das Kriterium der Fremdbestimmung, den Blick stärker darauf zu richten, inwieweit der Auftragnehmer jenseits einer persönlichen Abhängigkeit im engeren Sinne in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden ist. Das kann namentlich der Fall sein, wenn er seine Arbeitsplanungen an die Strukturen des Auftraggebers anpassen muss, aber auch, wenn er über keine eigene Betriebsstätte bzw. Arbeitsmittel verfügt und ohne die Mitarbeit von bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern tätig wird. Vor allem aber kann berücksichtigt werden, dass zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ein Unterordnungsverhältnis jenseits der persönlichen Abhängigkeit auszumachen ist.

Indes sind Crowdworker bei der Auftragsabwicklung, wie bereits oben gezeigt, eher nur selten in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden. Es steht ihnen frei, wann und wie sie die versprochene Leistung erstellen wollen. Dazu sind sie nicht auf Ressourcen des Auftraggebers angewiesen und meist ist auch keine Bindung an Taktzeiten des Auftraggebers feststellbar.

Anderes ergibt sich nur, wenn man auf die Gesamtheit einzelner Beauftragungen abstellen würde und der Auftragnehmer seine Planungen insgesamt an Leistungsabfragen seines Auftraggebers ausrichten muss. Auch würde man zu einem anderen Ergebnis gelangen, wenn man hier bereits berücksichtigen würde, dass sich alleine deshalb, weil der Auftraggeber dem Auftragnehmer in Zukunft vielleicht keine weiteren Aufträge mehr zukommen zulassen wird, wenn sich dieser nicht in der von ihm gewünschten Art und Weise verhält, ein Unterordnungsverhältnis ergeben würde.

²⁷ *Hromadka*, NZA 2018, 1583, 1585; ganz ähnlich auch: *HWK/Thüsing*, 8. Aufl., 2018, § 611a Rn. 8.

²⁸ *ErfK/Preis*, Fn. 23, § 611a Rn. 41; *Preis*, NZA 2018, 817, 824; *Wank*, AuR 2017, 140, 143; in diese Richtung auch *Deinert*, RdA 2017, 65, 67.

2.2. Zwischenergebnis

In der Mehrzahl der Fälle sind Crowdworker nicht Arbeitnehmer iSd § 611a BGB.²⁹ Crowdworker sind in der Regel außerhalb der betrieblichen Organisation des Auftraggebers beschäftigt und können ihre Tätigkeit frei gestalten. Überdies sind sie – was im Weiteren noch große Bedeutung erlangen wird – meist nicht nur für einen Auftraggeber tätig und auch ist die gegenseitige Leistungsbeziehung nur von kurzer Dauer, wenn sie sich nicht sogar in einem eher punktuellen Leistungsaustausch erschöpft.

Indes konnte aber auch gezeigt werden, dass es umgekehrt sehr wohl Fallgestaltungen gibt, in denen die Crowdworkbeziehung als Arbeitsverhältnis einzustufen ist. Dazu kommt es, wenn der Crowdworker zumindest in einer Gesamtschau kontinuierlich für einen Nachfrager tätig ist, dieser ihm einseitig Arbeiten zuweisen kann, der (vermeintliche) Auftraggeber die Modalitäten der Leistungserbringung koordiniert bzw. kontrolliert und/oder der Crowdworker anderweitig in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden ist.³⁰ Das zeigt nicht zuletzt ein Blick in ausländische Rechtsordnungen, in denen sich Judikate zur Arbeitnehmereigenschaft von Personen im Umfeld der Arbeit 4.0 finden.³¹ Danach werden vor allem solche Beschäftigte vom Arbeitsrecht erfasst sein, die eher „körperlich fassbare“ Dienstleistungen erbringen, die ihnen lediglich virtuell über eine Plattform vermittelt werden oder bei denen der Kontakt zu ihrem (vermeintlichen) Vertragspartner über eine Plattform hergestellt wird (etwa: Uber, Kurierdienste im Bereich Lebensmittel bzw. Catering).

3. Reformoptionen

3.1. Regelungsbedarf – Plattformökonomie als Anlass?

Ob sich eine neuerliche Diskussion über den Arbeitnehmerbegriff noch nicht einmal zwei Jahre nach Inkrafttreten des § 611a BGB als zielführend erweisen würde, wird man unterschiedlich beurteilen können. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Bewertung des neuen § 611a BGB in der Literatur insgesamt zwar etwas verhalten ausfällt, umgekehrt aber auch nicht überwiegend negativ.³²

Tatsächlich wird die Regelung teilweise als überflüssig angesehen, weil sie nur dasjenige wiedergebe, was mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BAG ohnehin schon geltende

²⁹ So u.a. auch: *Deinert*, RdA 2017, 65, 68; *ders.*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, 2015, Rn. 17 ff.; *Preis/Brose*, BMAS Forschungsbericht 490, 50 ff.; *Krause*, Fn. 20, B 104; *Wank*, EuZA 2016, 143, 168; *Lingemann/Otte*, NZA 2015, NZA 2015, 1042; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1035; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1031; *Risak*, ZAS 2015, 11 ff.; *ders.*, Fair Working Conditions for Platform Workers, 2017, S. 13; *Böhm*, AiB 11/2014, 39 ff.

³⁰ Zu der hier herausgearbeiteten Differenzierung gelangt auf rechtsvergleichender Basis (USA/Japan/Deutschland), *Waas*, in *Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka*, 2017, Crowdwork in Germany, S. 262.

³¹ Umfassend *Waas*, AuR 2018, 548.

³² Eine sehr aussagekräftige Zusammenfassung der einzelnen Bewertungen in der Literatur findet sich bei *Reinecke*, AuR 2019, 56, 56.

Rechtslage war. Das erweist sich freilich als ein schwacher, man kann auch pointiert sagen: etwas abgehobener, Kritikpunkt. Zum einen spricht der Umstand, dass die nunmehr gesetzlich verankerten Tatbestandsmerkmale über Jahrzehnte in der Rechtsprechung erprobt wurden, nicht gegen, sondern für die Novelle. Dies wäre nur anders, wenn die Gerichte bislang neben der Sache gelegen wären, was aber erkennbar nicht der Fall ist. Entsprechend bestand weder Anlass noch die Möglichkeit dazu, um das Rad neu zu erfinden. Dass der Gesetzgeber einzelne Aspekte, die in der Literatur zur Ergänzung oder Nuancierung des bisherigen Arbeitnehmerbegriffs vorgeschlagen wurden, nicht aufgegriffen hat, mag die Vertreterinnen und Vertreter der jeweiligen Ansichten zwar enttäuschen, ist indes noch kein überzeugender Grund für eine Schelte des Gesetzgebers. Zum anderen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass alleine mit der Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung ein erheblicher Zugewinn an Rechtskultur und ein Beitrag zu mehr Bürgernähe des Gesetzes verbunden ist.³³ Genau das aber ist (auch) die Aufgabe des Gesetzgebers, wohingegen das Argument, dass jedermann (freilich: soweit er fachlich vorgebildet ist), das, was nun im Gesetz steht, ohnehin schon gewusst hatte, verblissen muss.

Jedenfalls aber gilt es kritisch zu hinterfragen, ob es gerade Plattformbeschäftigte und Crowdworker sind, die Anlass zu einer erneuten Reform des Arbeitsvertragsrechts geben sollten.

Derzeit findet sich kein wirklich belastbares Datenmaterial dazu, wie viele Personen tatsächlich als Crowdworker tätig sind. Einschlägige Untersuchungen basieren häufig nur auf Online-Umfragen, die das Bild schon deshalb verzerren, weil sich an ihr naturgemäß vor allem Personen beteiligen, die überdurchschnittlich stark im Netz präsent sind.³⁴ Überwiegend rekurrieren die Darstellungen auf reinen Schätzungen oder Hochrechnungen. Im Weiteren erfolgt zudem eine Aufrundung der ermittelten Beschäftigtenzahlen, die, was zukünftige Entwicklung betrifft, freihändig nochmals hochgerechnet werden und von da aus dann ihren Weg in die Diskussion finden. Fast zwangsläufig gelangen einschlägige Untersuchungen deshalb zu stark variierenden Ergebnissen.

Hinzu kommt, dass viele vermeintliche „Digitalbeschäftigte“ im Grunde ganz „gewöhnliche“ und „körperlich fassbare“ Dienstleistungen erbringen. Ihnen wird lediglich der jeweilige Auftrag virtuell über eine Plattform (App o. dgl.) vermittelt oder diese stellt nur den Kontakt zwischen ihnen und „ihrem“ Kunden her (der in Wirklichkeit häufig der der Plattform ist). Das trifft beispielsweise auf die Fahrdienste von Uber zu und auf die meisten Kurierdienste im Bereich Lebensmittel bzw. Catering usw. Indes wird in den meisten Aufstellungen nicht klar, ob solche Beschäftigte, die nach Ansicht des Verfassers am Ende schlicht Kurierfahrer (o.ä.) sind, miteinbezogen werden.

³³ Reinecke, AuR 2019, 56, 59.

³⁴ Dies räumt namentlich *Serfling* in seiner Untersuchung *Crowdworking Monitor* Nr. 1, 2018, S. 16 ff ein. Die Arbeit ist verfügbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2018/crowdworking-monitor.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

Die aus Sicht des Verfassers verlässlichste Erhebung dürfte die im Auftrag des BMAS erfolgte Untersuchung von *Bonin/Rinne*³⁵ sein. Diese gelangen zu dem Ergebnis, dass 0,27 % der Bevölkerung als Crowdworker tätig sind, 0,61 % Plattformarbeit leisten und 0,85 % über das Internet oder eine App Arbeitsaufträge erledigen. Da nur ein Drittel hiervon mit dieser Beschäftigungsform regelmäßig Geld verdient, kommen die Autoren zu dem Ergebnis, dass sich Crowdworking und Plattformarbeit gerade „noch nahe an der Messbarkeitsschwelle bewegt.“³⁶ Dennoch wären danach in Deutschland immerhin ca. 50.000 bis 150.000 Plattformbeschäftigte vorhanden.³⁷ Zu einer eher noch nüchternen Einschätzung kommt eine Studie im Auftrag des Schweizer Bundesrats.³⁸ Hervorgehoben werden muss aber, dass andere Untersuchungen deutlich höhere Zahlen ermitteln. Insbesondere der EU Flash Eurobarometer 438³⁹, aber auch *Mrass/Peters*,⁴⁰ *Serfling*,⁴¹ und *de Groen*⁴² veranschlagen die Beschäftigtenzahlen in der kollaborativen Wirtschaft auf in etwa 5 % der erwerbstätigen Bevölkerung. Das ZEW gelangt in einer im Auftrag des BMAS erstellten Unternehmensbefragung zu dem Ergebnis, dass bereits zahlreiche Produktionsbranchen Online-Leistungen freier Mitarbeiter abfragen, ohne allerdings absolute Zahlen hierfür nennen zu können.⁴³ Insgesamt basieren diese Untersuchungen durchweg auf (Online-)Befragungen einschlägiger Personenkreise, auf Schätzungen der Plattformen selbst oder solchen, die sich an deren Umsätzen ausrichten und die maßgebenden Kennziffern daher nur hochrechnen. Das belastet die Validität der ermittelten Ergebnisse stark.

Insgesamt wird die Digitalisierung der Arbeitswelt das Arbeitsrecht noch vor erhebliche Herausforderungen stellen, weshalb die Diskussion über deren rechtliche Bewältigung mit gutem Grund im Trend liegt. Umgekehrt scheint es aber auch so, dass die damit verbundenen Fragestellungen derzeit überproportional in den Vordergrund gedrängt werden.⁴⁴ So darf schlicht nicht übersehen werden, dass das Phänomen prekärer Selbständigkeit weder ein neues noch ein solches der Plattformökonomie ist. Vielmehr finden sich seit jeher Tätigkeiten

³⁵ *Bonin/Rinne*, IZA Report No. 80, 2017. Verfügbar unter: http://ftp.iza.org/report_pdfs/iza_report_80.pdf, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

³⁶ *Bonin/Rinne*, Fn. 35, S. 17.

³⁷ Ganz anders die Pressemitteilung des BMAS vom 10.10.2018: Ausmaß der Plattformarbeit in Deutschland höher als erwartet. Verfügbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2018/ausmass-von-plattformarbeit-in-deutschland-hoehere-als-erwartet.html>, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

³⁸ Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, November 2017.

³⁹ Europäische Kommission, The use of collaborative platforms, Flash Eurobarometer 438, 2016. Verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/2112>, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

⁴⁰ *Mrass/Peters*, Crowdworking-Plattformen in Deutschland, in Leimeister Working Paper Series Nr. 16, Kassel 2017. Verfügbar unter: https://www.alexandria.unisg.ch/250739/1/JML_615.pdf, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

⁴¹ *Serfling* Fn. 34.

⁴² *De Groen/Kilhoffer/Lenaerts/Salez*, The Impact of the Platform Economy on Job Creation, *Intereconomics* Bd. 52 Nr. 6, S. 345-351, 2017. Verfügbar unter: https://www.ceps.eu/system/files/IEForum62017_4.pdf, zuletzt abgerufen am 31.1.19.

⁴³ ZEW – Crowdworking in Deutschland, November 2018.

⁴⁴ Sehr deutlich zeigt das für das Zivilrecht auf: *Grigoleit*, AcP 218 (2018), 601, 601 ff.

und Beschäftigungsformen, bei denen der Auftragnehmer zwar als Selbständiger tätig wird, seinem Auftraggeber gegenüber aber nichtsdestotrotz strukturell erheblich unterlegen ist, er von diesem wirtschaftlich-existenziell abhängig ist und/oder zu prekär erscheinenden Bedingungen tätig wird. Viele der damit einhergehenden Problemlagen sind bis heute ungelöst und die Zahl dieser Personen übersteigt die der Crowdworker um ein Vielfaches. Nun sind diese Tätigkeitsformen zwar nicht Gegenstand des Gutachtens. Dennoch sei am Rande auf drei besonders gewichtige Problemfelder hingewiesen:

(1) Der gesamte Bereich der Pflege, insbesondere der der häuslichen Pflege: Für diese ermittelten zuletzt *Brors, Böning* und *Steffen* einen „grauen“ Arbeitsmarkt von zwischen 150.000 und 300.000 Personen und zwar alleine in der 24-Stunden-Pflege.⁴⁵ Ob derartige Pflegekräfte Arbeitnehmer sind, ist bislang nur wenig diskutiert worden. Wahrscheinlich sind sie aber schon nach dem „klassischen“ Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB als Arbeitnehmer zu qualifizieren und unterliegen damit auch dem deutschen Arbeitsrecht (vgl. Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO)⁴⁶ – ohne allerdings in das Arbeitszeitrecht einbezogen zu sein (§ 18 Nr. 3 ArbZG). Soweit sie durch Agenturen so vermittelt werden, dass die Agentur der Vertragsarbeitgeber der Pflegekraft bleibt, liegt (genehmigungs- und offenlegungspflichtige!) Arbeitnehmerüberlassung iSd AÜG vor. Gegenstand der Diskussion wäre in diesem Feld also weniger, ob die betreffenden Personen in das Arbeitsrecht einbezogen werden können, sondern ob bzw. wie die Einhaltung elementarer Verpflichtungen des Arbeitgebers (etwa: Mindestlohn, AÜG, Sozialversicherung) durchgesetzt werden sollen⁴⁷ bzw. können. Vor allem wäre auf der Ebene der Union zu klären, wie für diese Beschäftigten sozialversicherungsrechtlich verfahren werden soll. Diese erhalten seitens einschlägiger Entsendestaaten nämlich verhältnismäßig rasch erteilte A-1-Entsendebescheinigungen⁴⁸, die von den Sozialversicherungsträgern des Ziellands zwingend zu beachten sind, dem so die Hände gebunden sind.⁴⁹

(2) Wachsende Sorge bereitet Arbeitgebern und Gewerkschaften der Bauwirtschaft das zunehmende Auftreten (ggf.: vermeintlich) selbständiger Ein-Mann-Unternehmen auf inländischen Baustellen.⁵⁰ Diese hat allerdings vielfältige Ursachen und Auswirkungen, die sich nicht alleine durch das Individualarbeitsrecht erfassen bzw. dort abbilden lassen. Eine zentrale politische Herausforderung bildet vielmehr die Frage nach einer Wiedereinführung der Meisterpflicht, wie sie derzeit für einige Bauberufe vom Zentralverband des Deutschen

⁴⁵ *Brors/Böning*, NZA 2015, 846 ff.; *Böning*, WSI-Mitteilungen 2015, 309 ff.; *Böning/Steffen*, Migratinnen aus Osteuropa in Privathaushalten, 2015; *Knopp*, NZA 2015, 851.

⁴⁶ *Brors/Böning*, NZA 2015, 846, 846.

⁴⁷ Bei alledem wird sich am Ende dann aber vielleicht auch die Frage stellen, ob und inwieweit potentielle Arbeitgeber überhaupt in der Lage sind Sozialversicherungspflichten nachzukommen oder den Mindestlohn des MiLoG zu bezahlen und wer Pflege leisten wird, sollten einschlägige Beschäftigte aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten der Union vom Markt gedrängt werden.

⁴⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004, Art. 19 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009.

⁴⁹ EuGH 26.1.2006, C-2/05, *Herbosch Kiere*; marginale Ausnahmen in signifikanten Missbrauchsfällen eröffnet: EuGH 6.2.2018, C-359/16, *Altun*.

⁵⁰ *Bundesvereinigung Bauwirtschaft*, Politische Forderungen der Deutschen Bauwirtschaft zur Bundestagswahl 2017, S. 20f. Verfügbar unter: [https://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/res/Forderungen_BT-Wahl%202017.pdf/\\$file/Forderungen_BT-Wahl%202017.pdf](https://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/res/Forderungen_BT-Wahl%202017.pdf/$file/Forderungen_BT-Wahl%202017.pdf), zuletzt abgerufen am 31.1.2019.

Baugewerbes und der IG Bau-Agrar-Umwelt gefordert wird.⁵¹ Weiter wird sich die Arbeitsmarktpolitik damit befassen müssen, ob Ein-Mann-Betriebe auf gesetzlicher Grundlage zu den solidarischen Umlageverfahren der Bauwirtschaft herangezogen werden sollen, gerade was die Ausbildungskostenumlage betrifft, nachdem das einschlägige Einzugsverfahren der SOKA Bau jüngst vor dem BAG gescheitert ist.⁵²

(3) Eine dritte Gruppe bilden jene freien Mitarbeiter, die sich typischerweise an der Grenze zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung bewegen. Das sind namentlich: Beschäftigte im Bereich des Speditions- und Logistikgewerbes („Kurierfahrer“), Schlachter und Fleischerleger, sowie freie Mitarbeiter in den Bereichen Medien, Kultur, Rundfunk und Bildung. Diese Beschäftigungsformen geben seit jeher Anlass zur Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff, haben aber – vor allem im Bereich der Logistik – in den letzten beiden Jahrzehnten massiv an Bedeutung gewonnen. Allerdings zeigt sich bei genauerer Betrachtung häufig, dass einschlägige Beschäftigte nur formal selbständig, in Wirklichkeit aber persönlich abhängig tätig sind und daher schon unter den aktuell geltenden Arbeitnehmerbegriff subsumiert werden können. Doch ist es in der Tat so, dass der so genannte teleologische Arbeitnehmerbegriff die Einbeziehung dieser Personen in das Arbeits- und Sozialrecht erleichtern würde, vor allem in den sich in diesen Branchen häufig einstellenden und nur schwer aufzulösenden Grenz- und Graubereichen. Mithin scheint eine Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff eher für diese Personen lohnend. Die Diskussion wäre insoweit freilich alles anderes als neu.

3.2. Offene Vorfrage: Bestimmung des „richtigen“ Arbeitgebers

Wie nachstehend noch näher beleuchtet werden wird, werden zwar immer wieder Vorschläge für eine „Digitalisierung“ des Arbeitnehmerbegriffs in die Diskussion eingebracht. Doch bleiben diese meist recht unverbindlich. Vor allem aber wird die aus Sicht des Verfassers entscheidende Vorfrage kaum angegangen, nach welchen Regelungen zu bestimmen ist, wer zum Vertragspartner des Crowdworkers wird, sollte der Crowdsourcer – wie so häufig – seine Leistungen über eine Plattform nachfragen bzw. der Crowdworker sie durch Vermittlung einer Plattform erbringen.

Tatsächlich lassen sich die Beziehungen zwischen Crowdworker, Plattform und einem etwa dahinterstehenden Crowdsourcer aber nur sehr schwer kategorisieren. Das liegt zum einen daran, dass die Gestaltungsformen in der Digitalwirtschaft außerordentlich vielgestaltig sind, fließend ineinander übergehen und selbst in einem einzelnen Vertragsverhältnis immer wieder wechseln können. Zum anderen ist das Zivil- und so auch das Arbeitsrecht auf bipolare Rechtsverhältnisse ausgerichtet.⁵³ Es tut sich traditionell mit Mehrpersonenverhältnissen schwer und das umso mehr, wenn die Verhältnisse unklar sind oder die Beteiligungsgrenzen zwischen den Vertragspartnern gar verschwimmen. Schließlich wirkt sich auch an dieser Stelle

⁵¹ S. https://www.igbau.de/Binaries/Binary38684/170324_wiedereinfuehrung-meisterpflicht-24.03.2017-ig_bau-deutsches_baugewerbe.pdf.

⁵² BAG 31.1.2018, 10 AZR 279/16, NZA 2018, 867.

⁵³ Zu diesem Befund gelangt auch für das Sozialversicherungsrecht: *Preis/Brose*, Fn. 29, 64.

aus, dass die Reformdiskussion sich bislang noch im Bereich des Unverbindlichen bewegt und sie konkreten Fragestellungen tendenziell ausweicht.

Das verdeutlichen die Probleme, die „einfache“ Alltagsplattformen dem Zivilrecht bereiten. So ist bis dato unklar, inwieweit Marktplätze wie ebay, Amazon, Airbnb, HRS, UBER (ggf. auch) zum Vertragspartner des Verbrauchers (Käufers, Reisenden usw.) werden⁵⁴ oder (ausschließlich) der hinter ihr stehende Anbieter (Verkäufer, Reiseveranstalter, Hotelier, Fahrzeuginhaber usw.).⁵⁵

Im vorliegenden Kontext gestalten sich die Dinge eher noch komplexer. Dabei ist sehr gut denkbar, dass die Plattform von vornherein zum Vertragspartner des Crowdworkers wird. Unzweifelhaft ist das dann der Fall, wenn die Plattform selbst ein Vertragsangebot abgibt und mithin zum Arbeitgeber werden will. Im Schrifttum ist angeregt worden, darüber hinaus aber auch dann die Arbeitgeberstellung der Plattform anzunehmen, wenn sich die Rechtsbeziehung zwischen ihr und dem Crowdworker faktisch zu einem Arbeitsverhältnis verdichtet hat.⁵⁶ Das ließe sich auch zivilrechtsdogmatisch durchaus gut untermauern. In solchen Fallgestaltungen wird ein verständiger Erklärungsempfänger anhand objektiver Kriterien den Eindruck gewinnen, dass die Plattform den Willen hat, eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen. Darauf können von der Plattform abgegebene Erklärungen und ihr sonstiges Verhalten hindeuten, das Geschäftsmodell des Betreibers, Verlautbarungen auf seiner Homepage, seine Präsentation in der Öffentlichkeit, ein einheitliches markenbezogenes Auftreten der Plattform am Markt, deren Geschäftsbedingungen oder die Nichtoffenlegung des Unternehmens, dem die Leistung am Ende zu Gute kommen soll (vgl. § 164 Abs. 1 und 2 BGB). Für deren Vertragspartnerstellung spricht auch, wenn diese eine Vorauswahl unter den Anbietern trifft, Mindest- und/oder Höchstpreise für Aufträge festlegt, Zahlungen zwischen den Beteiligten abwickelt, ausschließlich oder überwiegend die Kommunikation zwischen den Beteiligten besorgt, Qualitätskontrollen vornimmt, Ratings erstellt und diese kommuniziert, sowie wenn sie berechtigt ist, einzelne Leistungserbringer auszuschließen, wenn sie den Vertragsrahmen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgibt und die Zahlungen abwickelt.⁵⁷ Dann wäre es unschädlich, wenn die Plattform aus ihrer subjektiven Sicht eigentlich nicht zum Arbeitgeber des Crowdworkers werden will (Problematik des so genannten fehlenden Erklärungsbewusstseins⁵⁸). Entgegenstehende Verlautbarungen oder Abreden der Plattform oder auch anderweitige Abreden im gemeinsamen Vertrag bleiben insoweit unbeachtlich, arg. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB.

⁵⁴ BGH 13.12.2018, I ZR 3/16, Pressemitteilung; EuGH 20.12.2017 – C-434/15 [Elite Taxi], ECLI:EU:C:2017:981, EuZW 2018, 131 – beide zu Uber, dies allerdings nur zur Frage, ob UBER Verkehrsdienstleister ist; BGH 3.11.2004 – VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53; BGH 8.6.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 – beide für ebay; LG Amberg 9.8.2017 – 24 S 299/17, NJW-RR 2018, 19; LG Berlin 3.2.2015 – 67 T 29/15, MDR 2015, 203 – beide für airbnb; OGH Wien 23.4.14 – 5 Ob 59/14h; OGH 8.11.2011 – 3 Ob 158/11y – beide für airbnb; OGH 16.4.2009 – 2 Ob 137/08y, JBI 2009, 638.

⁵⁵ Engert, AcP 218 (2018), 304, 312 ff.; Mak, EuCML 2016, 19, 20 f.; Wendehorst, EuCML 2016, 30, 31 f.

⁵⁶ Risak, ZAS 2015, 11, 16; ders., Fn. 29, S. 13 Prassl/Risak, 37 Comp. Lab. L. & Pol'y J 2016, 619, 641 ff.; Warter, Fn. 1, S. 107 ff., insb. 115 ff.; Däubler, in Benner, Crowdwork, 2014, S. 246 f.; Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 985 f.; Waas, Fn. 30, S. 170 f. unter Verweis auf § 2 Abs. 3 HAG.

⁵⁷ Risak, Fn. 29, S. 13.

⁵⁸ S. nur BGH 7.6.1984 – IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279.

Umgekehrt kann die Plattform aber auch nur als ein „schwarzes Brett“ zum gegenseitigen Kommunikationsaustausch fungieren. Sie stellt dann nicht mehr als ein Kommunikationsmittel des Crowdsourcers dar, der alleiniger Vertragspartner des Auftragnehmers ist. Darüber hinaus gehend ist denkbar, dass sie als Makler (§ 652 BGB)⁵⁹ oder Geschäftsbesorger (§§ 675, 662 BGB)⁶⁰ oder Handelsvertreter (§ 84 Abs. 1 HGB)⁶¹ des Crowdsourcers auftritt. Dem Crowdworker tritt sie dann nur als dessen Stellvertreter (§ 164 BGB) oder Bote gegenüber. Arbeitgeber ist indes alleine der Crowdsourcer.

In beiden im vorigen Abschnitt geschilderten Konstellationen stellt sich jeweils die Frage, ob und wie der jeweils andere Beteiligte auf Auftraggeberseite mit in die Verantwortung genommen werden kann. Hierfür besteht schon deshalb ein signifikantes Bedürfnis, weil der Crowdworker vor allem das hinter der Plattform stehende Unternehmen nicht immer eindeutig identifizieren kann, aber auch, weil sich eben nicht immer sicher sagen lässt, welche der beiden Beteiligten auf Abnehmerseite schwerpunktartig das Direktionsrecht ausgeübt hat. Es kommt hinzu, dass der Zugriff auf die Plattform eine Anknüpfung an das deutsche Recht oder zumindest an ein Recht eines Mitgliedsstaats der europäischen Union möglicherweise deutlich erleichtern könnte.

Sollte der Crowdsourcer Vertragspartner sein, ließe sich eine (partielle) Mitverantwortlichkeit der Plattform über §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 [so genannte Sachwalterhaftung]⁶² bzw. 651b Abs. 1 S. 2 BGB analog⁶³) begründen, da die Plattformen häufig ein ganz besonderes Maß an Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und ein besonderes Eigeninteresse am Vertragsschluss zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber haben.

Darüber hinaus könnte die Plattform als Zwischenmeister im heimarbeitsrechtlichen Sinn angesehen werden.⁶⁴ Das erschiene freilich wenig ergiebig. Einmal davon abgesehen, dass Zwischenmeister natürliche und vor allem ihrerseits schutzbedürftige Personen sind (vgl. §§ 1 Abs. 2 S. 1 lit. d u. S. 2, 21 Abs. 1 HAG), was auf die Plattform nicht zutrifft, schließt das HAG eine vertragsrechtliche Verantwortlichkeit des Zwischenmeisters weitgehend aus.

In umgekehrter Richtung, also dann, wenn die Plattform primärer Vertragspartner ist, könnte eine Mithaftung des Crowdsourcers am Vorbild der §§ 13 MiLoG, 14 AEntG bzw. des § 21 Abs. 2 Hs. 2 HAG ausgerichtet werden.

Diese Konstruktionen erweisen sich aber allesamt als brüchig. So lässt sich über § 311 BGB keine Arbeitgeberstellung der Plattform begründen, vielmehr ist die Reichweite der Sachwalterhaftung äußerst begrenzt.⁶⁵ Über sie lässt sich jedenfalls nicht die Stellung der Plattform als Vertragspartner, respektive als Arbeitgeber des Crowdworkers begründen.

⁵⁹ Hoeren/Sieber/Holzengel/Redeker, Handbuch Multimedia-Recht, 47. Aufl. 2019, Rn. 469.

⁶⁰ Hötte, MMR 2014, 795, 796 f.

⁶¹ Engert, AcP 218 (2018), 304, 321; Emde/Valdini, BB 2016, 899.

⁶² Zur (quasi-) vertraglichen Haftung von Plattformen insb. Hauck/Blaut, NZW 2018, 1425; Henke/Singbarti/ Zintl, NZM 2018, 1, 4.

⁶³ Auf diese Regelung weist Engert, AcP 218 (2018), 304, 314 f. hin.

⁶⁴ Waas, Fn. 30, S. 170 f.

⁶⁵ Vgl. im konkreten Kontext des Verbraucherschutzes: Hauck/Blaut, NJW 2018, 1425, 1427 ff.

Umgekehrt erweist sich auch der Umfang der Inhaftungnahme des Crowdsourcers über den Weg der §§ 13 MiLoG, 14 AEntG als bescheiden, zumal die Regelungen erst einmal ergänzt werden müssten, damit sie den Hintermann der Plattform überhaupt erfassen.

Am weitesten gehen *Risak*⁶⁶ und an ihn anknüpfend die Agenda des europäischen Parlaments⁶⁷, die in den Raum stellen, dass die Dreiecksbeziehung zwischen Crowdworker, Plattform und Nachfrager als Leiharbeitsverhältnis zu qualifizieren sein könnte. Nun ist es sicherlich nicht ausgeschlossen, dass in bestimmten Crowdworkverhältnissen tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung auszumachen ist. Indes bietet dieser Ansatz keine Lösung für den Regelfall. Jedenfalls darf es nicht dazu kommen, dass, nur weil man (noch) nicht in der Lage ist, festzustellen, wer der Vertragspartner des Crowdsourcers ist, man sich in die Annahme von Leiharbeit flüchtet, um so pauschal beide Beteiligte auf Abnehmerseite in die Pflicht zu nehmen, dies umso weniger, als ja noch nicht einmal ausgemacht ist, dass zwischen dem Crowdsourcer und seinem Gegenüber überhaupt ein Arbeitsverhältnis besteht.

Insgesamt greifen all diejenigen Vorschläge, die alleine für einen Einbezug des Crowdworkers in das Arbeitsrecht eintreten, zu kurz, weil sie offen lassen, wer am Ende eigentlich der Adressat der einschlägigen Arbeitgeberpflichten sein soll: die Plattform oder der hinter ihr stehende Crowdsourcer. Entsprechend sollte abgewartet werden, bis sich das Zivilrecht Klarheit über die Zuordnung der einzelnen Vertragsbeziehungen in der Digitalwirtschaft verschafft hat. Eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs würde wenig Sinn machen, soweit der Crowdworker nur einfach zum Arbeitnehmer deklariert würde, ohne dass man sicher bestimmen könnte, wer eigentlich Adressat der arbeitgeberseitigen Pflichten ist.

3.3. Crowdworker als Heimarbeiter?

3.3.1. Ausgangspunkt

Die Regelungen des Heimarbeitsgesetzes (HAG) sind in Zusammenhang mit der Digitalisierung der Arbeitswelt immer wieder als Vorbild für den Entwurf eines Regelungskomplexes zur Erfassung von Plattformbeschäftigten und Crowdworkern genannt worden.⁶⁸ Das ist übrigens gar nicht so neu, da in der Arbeitsrechtswissenschaft Ende der 1980er / Anfang der 1990er Jahre anlässlich der ersten großen Digitalisierungswelle und der sich dabei vorsichtig etablierenden Telearbeit ganz Ähnliches diskutiert wurde.⁶⁹

⁶⁶ *Risak*, Fn. 29, 14; ders., ZAS 2015, 11, 15.

⁶⁷ Europäisches Parlament: Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2017/2003(INI), Brüssel 2017, Ziff. 46.

⁶⁸ *Krause*, Fn. 20, B 105; *Preis*, SR 2017, 173, 175 f.; *Waas*, Fn. 30, S. 163 ff.; *Kocher*, NZA 2016, 984, 989; *Klebe*, NZA Beilage 2017, 77, 83; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Heuschmid/Klebe*, FS Kohte 2016, S. 73, 78; *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 110 ff.; *Risak*, ZAS 2015, 11 ff.; BMAS Weißbuch, 2016, S. 175.

⁶⁹ *Otten*, HAG, 1996, C Rn. 10; *Schmidt/Koberski*, HAG, 4. Aufl., 1998, § 2 Rn. 68 ff.; *Wedde*, Telearbeit, 3. Aufl., 2002, Rn. 193 ff.; *Wank*, NZA 1999, 225, 233; *Kappus*, NZA 1987, 408, 411; *Kilian/Borsum/Hoffmeister*, NZA 1987, 401, 403.

Hierfür spricht auf den ersten Blick auch einiges. Heimarbeiter sind keine Arbeitnehmer, sondern vielmehr Selbständige. Sie arbeiten nicht in persönlicher Abhängigkeit und sind auch nicht in die Betriebsorganisation ihres Auftraggebers eingegliedert.⁷⁰ Sie unterliegen nicht dem Direktionsrecht des Auftraggebers (vgl. §§ 611a Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB, 106 GewO) und können Dauer und Lage der Arbeitszeit und die Modalitäten der Leistungserbringung selbst bestimmen. Die Rechtsbeziehung zu ihrem Auftraggeber ist in aller Regel ein Dienst-, Werk- oder Werklieferungsvertrag.

Da scheint es nahezuliegen, das HAG auf Plattformbeschäftigte zu erstrecken, zumindest soweit diese von zu Hause aus oder in einer sonstigen selbstgewählten Betriebsstätte (§ 2 HAG) tätig sind (ob darunter allerdings das mobile office fällt, erscheint schon wieder fraglich). Begünstigt wird dies dadurch, dass die früher überwiegend vertretene Ansicht überholt ist, wonach nur solche Personen in das HAG einbezogen werden können, die lediglich einfache, wenig qualifizierte Arbeiten erbringen und, dass Heimarbeit alleine in der Herstellung, Bearbeitung oder Verpackung von Waren bestehen könnte. Das BAG⁷¹ hat 2016 ausdrücklich entschieden, dass auch „qualifizierte Angestelltentätigkeiten“ Heimarbeit im Sinne des HAG sein können, soweit diese unter den Bedingungen der Heimarbeit ausgeführt werden.⁷² Zudem weist es darauf hin, dass Heimarbeit nicht auf gewerbliche oder vergleichbare Tätigkeiten und noch weniger auf das Herstellen von Waren beschränkt ist. Entsprechend hat das BAG einen Bauingenieur/Programmierer, der von zu Hause aus die von seinem Auftraggeber vertriebene Statik-Software pflegte und weiterentwickelte, als Heimarbeiter angesehen, was im vorliegenden Kontext natürlich besondere Aufmerksamkeit auf sich zieht.

Indes ist die Euphorie über eine Dienstbarmachung des HAG für die Digitalwirtschaft mittlerweile eher verflogen und einer gewissen Ernüchterung gewichen.⁷³ Methodisch liegt das – ganz ähnlich, wie es schon beim Arbeitnehmerbegriff der Fall war – auch daran, dass in die Digitalisierungsdebatte immer wieder Ideen und Denkanstöße eingeworfen werden, die zunächst eher im Bereich des Ungefähren bleiben. Werden diese dann eingehender weiterverfolgt, zeigt sich rasch, dass die jeweilige Rechtsproblematik nicht nur nicht wirklich neu ist, sondern auch, dass sich die in den Raum geworfenen Ansätze am Ende doch nur bedingt zur Lösung des jeweils aufgeworfenen Problems eignen. Das gilt auch für die Erstreckung des HAG auf Beschäftigte 4.0. und zwar aus folgenden Gründen:

⁷⁰ BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 = NZA 2016, 1453; BAG 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, BAGE 70, 104 = NZA 1992, 899; BAG 10.7.1963 – 4 AZR 273/62, BAGE 14, 245 = DB 1963, 1611; Schaub/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 163 Rn. 9.

⁷¹ BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 = NZA 2016, 1453; In diese Richtung bereits: BAG 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, BAGE 70, 104 = NZA 1992, 899.

⁷² In diese Richtung auch bereits: BSG 22.10.1971 – 7 AZR 61/69, AP Nr. 7 zu § 2 HAG.

⁷³ Das zeigt aus meiner Sicht vor allem die nüchtern gehaltene jüngste Stellungnahme von *Deinert*, RdA 2018, 359.

3.3.2. Grundvoraussetzung: Wirtschaftliche Abhängigkeit

In das HAG können nur Personen einbezogen werden, die von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind (arg. § 1 Abs 2 S. 2 HAG).⁷⁴ Sie müssen also überwiegend für einen bestimmten Nachfrager tätig sein.

Zwar befindet sich die Diskussion an dieser Stelle momentan im Fluss. Zumindest das letzte Urteil des BAG zum HAG, nämlich das bereits erwähnte aus dem Jahr 2016, zeigt sich insoweit offen.⁷⁵ Dafür, dass wenigstens eine grundständige wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegen muss, spricht aber, dass das HAG seine Rechtfertigung ja gerade darin findet, dass der Heimarbeiter wegen seiner Abhängigkeit von einem Auftraggeber eines besonderen Schutzes bedarf⁷⁶ und umgekehrt sich dadurch eine gewisse Verantwortungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Heimarbeiter herausgebildet hat.⁷⁷ Nur auf dieser Basis lassen sich wesentliche Schutznormen des HAG erklären.⁷⁸ Heimarbeiter haben daher nicht nur starke Ähnlichkeiten mit der arbeitnehmerähnlichen Person, vielmehr sind sie das in aller Regel auch. Für die „klassischen“ Heimarbeitsverhältnisse wurde das seinerzeit übrigens auch deshalb mehr oder weniger stillschweigend vorausgesetzt, weil die betreffenden Personen kaum Auswahl unter verschiedenen Abnehmern hatten, sondern „ihrem“ Unternehmer mehr oder weniger auf Gedeih und Verderb ausgeliefert waren. Selbst aber, wenn man von der Bindung an die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber abgehen würde und den personellen Geltungsbereich des HAG – sei es durch eine großzügigere Auslegung des Begriffs „Heimarbeiter“, sei es durch eine Novelle des Gesetzes – sehr viel weiter fassen würde, wird dessen ungeachtet doch stets erforderlich bleiben, dass die gegenseitige Austauschbeziehung zumindest eine bestimmte Dauer, Dichte und Beständigkeit erreicht hat, die die Annahme

⁷⁴ BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, BAGE 65, 80 = NZA 1991, 267; LAG Düsseldorf 23.8.1989 – 4 Sa 615/87, BB 1989, 2400; Otten, Fn. 69, § 2 Rn. 27 ff.; Schmidt/Koberski, Fn. 69, § 2 Rn. 56 ff., insb. 60. u. 93 f.; Deinert, RdA 2018, 359; Preis, SR 2017, 173, 178; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1036; Klebe, AuR 2016, 277, 280; Preis/Brose, Fn. 29, 54; Henssler/Preis, 2. Fassung des Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG) – Stand 11/2007, § 3 Abs. 3.

⁷⁵ BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, BAGE 155, 264 = NZA 2016, 1453; in dieser Hinsicht großzügiger auch bereits BAG 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1989, 141, sub I.2.a. Im Urteil vom 14.6.2016 heißt es in Rn. 48, dass „weder der gesetzlichen Regelung noch den Gesetzesmaterialien (...) die Feststellung einer nach der Verkehrsanschauung bestehenden Schutzbedürftigkeit zu entnehmen (ist). (Gegen eine solche) spricht (auch), dass der Gesetzgeber die Prüfung einer besonderen Schutzbedürftigkeit dort, wo er es für erforderlich gehalten hat, ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal normiert hat.“

⁷⁶ Das stellt sehr deutlich heraus: BVerfG 27.02.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320, B.II.4.b. (Verfassungskonformität von Mindestlohnfestsetzungen nach § 17 HAG), wonach das Heimarbeitsverhältnis „unbeschadet (aller) rechtlichen Unterschiede gegenüber einem Arbeitsvertragsverhältnis, in einer wirtschaftlich und sozial wertenden Betrachtung dem normalen Arbeitsvertrag gleichsetzt (wird).“

⁷⁷ Hromadka, NZA 2007, 838, 841; Willemsen/Müntefering, NZA 2008, 193, 195 f. – alle mit Bezug zur arbeitnehmerähnlichen Person.

⁷⁸ S. nur § 1 Abs. 2 HAG, aber auch die Mitteilungspflichten der §§ 6 ff. HAG, die in § 11 HAG angeordnete Pflicht des Gewerbetreibenden, Arbeiten unter mehreren Heimarbeitern gleichmäßig zu verteilen, die Urlaubsvorschriften des § 12 BUrlG, das Entgeltfortzahlungsrecht (dort insb. § 11 EFZG) oder das Sozialversicherungsrecht (§ 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV). Alle diese Regelungen eignen sich schlechterdings nicht zur Anwendung auf punktuelle Austauschbeziehungen. Alleine § 12 Nr. 7 BUrlG scheint gegen diesen Rückschluss zu sprechen, s. dazu aber Deinert, RdA 2018, 359, 363.

rechtfertigt, dass die betroffene Person einem Arbeitnehmer vergleichbar abhängig ist. Keinesfalls aber kann das Gesetz nur punktuelle Austauschbeziehungen erreichen, und damit nicht solche Crowdworker, die wechselnd für mehrere Auftraggeber tätig sind.

Crowdworking als solches lässt sich mithin nicht unter das HAG subsumieren.⁷⁹ Nun kann man natürlich vorschlagen, das Gesetz so weitreichend zu reformieren, dass es im digitalen Bereich auch punktuelle Austauschbeziehungen erfasst. Damit würde aber ein ganz neues Selbständigenrecht geschaffen, das keine Ähnlichkeit mit dem HAG mehr hätte und dann möglicherweise sogar Heimarbeiter im klassischen Sinn aus dem Blick verlieren würde.

3.3.3. Nur partiell „passendes“ Schutzinstrumentarium

Der Schutz, der mit einem Einbezug bestimmter Selbständiger in das HAG erreicht würde, erweist sich letztlich nur als marginal. Das HAG bewirkt eben gerade nicht die Anwendung des Arbeitsrechts auf Heimarbeiter.

- Heimarbeiter sind nach § 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV als Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinn anzusehen.⁸⁰ Soweit sich Crowdworker also als Heimarbeiter qualifizieren lassen, wäre so immerhin deren sozialrechtlicher Schutz erreicht. Indes muss man auch hier die Frage stellen, ob sich der Aufwand, der mit dem Umweg über das HAG verbunden ist, überhaupt lohnt und ob es insoweit nicht sinnvoller wäre, über die Einfügung entsprechender Regelungen in das SGB IV einen grundständigen und vor allem breiteren Schutz für Selbständige zu etablieren.⁸¹ Dies gilt umso mehr, als das HAG eben nur einen verhältnismäßig engen Kreis potentieller Crowdworker ansprechen würde.
- Der Heimarbeiter erfährt nur einen arbeitsrechtlichen Minimalschutz und auch diesen nur in Randbereichen: Heimarbeiter können vor den Arbeitsgerichten klagen: § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG. Gemäß § 12 BUrlG gelten die Bestimmungen des BUrlG mit Ausnahme der §§ 4 bis 6, 7 Abs. 3 und 4 und § 11 auch für Heimarbeiter.⁸² Über § 10 EFZG erlangen Heimarbeiter einen Anspruch auf eine – in Anspruchsvoraussetzung und -höhe allerdings zurückgeführte – Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen.
- Dagegen genießen Heimarbeiter keinen sozialen Kündigungsschutz und sind auch nicht in das Betriebsübergangsrecht des § 613a BGB einbezogen. § 29a HAG gewährt ihnen lediglich (sehr kurze) Kündigungsfristen; für außerordentliche Kündigungen gilt gem. § 29 Abs. 6 HAG § 626 BGB, was freilich nichts Besonderes ist, soweit das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nicht ohnehin als Dienstvertrag zu qualifizieren ist (anderes gilt, würde ein Werkvertrag zu

⁷⁹ *Deinert*, RdA 2018, 359, 363; *Preis*, SR 2017, 173, 181; *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318, 325; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036; *Heuschmid/Klebe*, Fn. 68, S. 73, 79; *Krause*, Fn. 20, B 105 (großzügiger aber *ders.*, NZA Beilage 2017, 53, 59); *Klebe*, AuR 2016, 277, 280; *Risak*, ZAS 2015, 11, 13 f.; anderer Ansicht hingegen: *Waas*, Fn. 30, S. 165 f.; *Giesen/Kersten*, Fn. 68, S. 110.

⁸⁰ Darauf weisen hin: *Deinert*, RdA 2018, 359, 364; *Mecke*, SGB 2016, 481, 488.

⁸¹ *Deinert*, RdA 2018, 359, 364.

⁸² Allerdings modifiziert das BUrlG die Länge und Gewährung des Urlaubs, sowie die Berechnung des Urlaubsentgelts entscheidend.

Gründe liegen: s. § 648 BGB). Immerhin ist der Betriebsrat anzuhören (§§ 102, 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG).

- Für Heimarbeiter können Tarifverträge abgeschlossen werden: §§ 17 ff. HAG. Dass es tatsächlich zum Abschluss von Tarifverträgen kommt, würde freilich bedingen, dass sich die Beschäftigten auch tatsächlich organisieren und vor allem, dass sich auf Abnehmerseite Verbände etablieren, die zum Abschluss entsprechender Kollektivabreden bereit sind – wofür derzeit nichts ersichtlich ist. Eine weitere Frage wäre, ob sich diese am Markt durchsetzen würden. Eine Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) käme, wenn überhaupt, nämlich nur dann in Betracht, wenn sie zugleich unter § 12a TVG fallen würde⁸³. Dann ließe sich aber gleich „direkt“ über § 12a TVG vorgehen.

Für klassische Heimarbeitsverhältnisse hat das keine große Bedeutung erlangt. Hier könnten die Dinge aber insoweit anders liegen, als § 17 HAG es ermöglichen würde, entsprechende Kollektivverträge gegen das Kartellverbot des § 1 GWB zu immunisieren, was einem denkbaren (und auf Ebene des Unionsrecht derzeit auch tatsächlich diskutierten) Konflikt mit dem Kartellrecht vorbeugt (bei den betreffenden Personen handelt es sich ja um Selbständige!). Allerdings ist derzeit mehr als unklar, ob einschlägige Abreden nicht gegen das europäische Kartellverbot des Art. 101 AEUV⁸⁴ bzw. AV-Erklärungen gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV verstoßen. Daraus folgt dann aber auch: Da sich im Kontext der Digitalwirtschaft ein unionsweiter Bezug geradezu aufdrängt, ist nicht gesichert, dass § 17 HAG noch unionsrechtskonform wäre, würde man den personellen Geltungsbereich des HAG weit über wirtschaftlich abhängig Beschäftigte hinaus ausweiten.

- Immerhin einige Aufmerksamkeit verdient § 19 HAG. Danach gilt: Sind für einen bestimmten Wirtschaftsbereich keine Gewerkschaften oder Vereinigungen von Auftraggebern vorhanden, können Heimarbeitsausschüsse Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen mit bindender Wirkung für alle Auftraggeber und Beschäftigten ihres Zuständigkeitsbereichs festsetzen. Dies ist dann möglich, wenn ansonsten zu befürchten ist, dass für die fragliche Tätigkeit unzulängliche Entgelte gezahlt werden oder Vertragsbedingungen unzulänglich sind.

Aber auch hiervon darf man sich nicht zu viel versprechen. So dürfte es kaum möglich sein, Heimarbeitsausschüsse (§ 4 HAG) zu errichten, die moderne Beschäftigungsformen flächendeckend erreichen. Hinzu kommt, dass flankierende bzw. weitere Entgeltsicherungsregelungen des HAG – wie etwa die §§ 20, 23 ff., 28 HAG – überwiegend nicht auf die von Crowdworkern erbrachten Arbeiten passen. Vor allem aber zeigen die wenigen Entgeltfestsetzungen, die es für die Heimarbeit aktuell gibt, wie schwierig es ist, Lohnsätze für

⁸³ Rein theoretisch können Tarifverträge, die sich an arbeitnehmerähnliche Personen richten, nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. § 12a TVG bestimmt nämlich, dass „... die Vorschriften dieses Gesetzes ... entsprechend“ gelten. S. auch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl., 2018, § 12a Rn. 15. Insoweit würde sich die mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz vollzogene Abkehr von der früheren Quorenregelung in § 5 Abs. 1 TVG als hilfreich erweisen.

⁸⁴ Als außerordentlich problematisch, ja unglücklich, erweist sich insoweit das *Kunsten-Urteil* des EuGH: 4.12.2014 – C-413/13 [FNV *Kunsten*], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55. Zu einem möglichen Verstoß staatlicher Entgeltfestsetzungen gegen die Dienstleistungsfreiheit des Vertrags, s. das derzeit seitens der Kommission gegen Deutschland wegen öffentlicher Gebührenordnungen (Architektenhonorare nach der HOAI) beim EuGH geführte Vertragsverletzungsverfahren, Az., C-377/17.

Selbständige vorzugeben. Bezugspunkt der Entgeltgestaltung sind jeweils klare, eindeutige und bis ins kleinste Detail beschriebene Arbeitsergebnisse, denen bestimmte Akkordlohnsätze zugeordnet werden.⁸⁵ Das erweist sich im vorliegenden Kontext als umso beachtlicher, als die einschlägigen Produktionsbereiche weitaus weniger diversifiziert ausgeprägt und ganz erheblich leichter zu beschreiben sind, als das im Bereich der modernen Digitalarbeit der Fall ist.

3.4. Reformvorschläge in Zusammenhang mit der Diskussion über die „Arbeit 4.0“

Mit Rücksicht auf die bisher getroffenen Überlegungen erscheint es zwar eher fraglich, ob es alleine im Hinblick auf Crowdworker und Plattformbeschäftigte einer Novelle des Arbeitnehmerbegriffs bedarf. Dennoch sollen im Nachfolgenden die wesentlichen Reformvorschläge für eine arbeitsrechtliche Crowdworkeragenda näher beleuchtet werden. Dies wird allerdings dadurch erschwert, dass die meisten Diskussionsbeiträge zwar denkbare Entwicklungen im Bereich der Digitalwirtschaft skizzieren und dann in den Raum stellen, dass sich dadurch im Individualarbeitsrecht – möglicherweise – ein gewisser Reformbedarf ergeben könnte. Indes bleiben die Darstellungen, was konkrete Anpassungen betrifft, derzeit noch recht unverbindlich und belassen es häufig bei eher allgemeinen Formeln bzw. abstrakt gehaltenen Umschreibungen. Soweit konkrete Forderungen erhoben werden, gehen diese in der Regel nicht sehr weit, sondern betreffen nur Randfragen der gemeinsamen Rechtsbeziehung.

So wird etwa der Vorschlag *„einer umfassenden Modernisierung des HAG“* (Krause⁸⁶) unterbreitet, der zwar auf den ersten Blick einigen Reiz für sich beanspruchen kann, der dann aber nicht weiter konkretisiert wird. Noch eher abstrakt bleiben auch die Überlegungen, *„das Arbeitsrecht unter Wahrung der spezifischen Kommunikationsstruktur und Zugänge des Internets sowie der Funktionsweise des auch wettbewerblichen Modells des Crowdworkings [neu zu denken]“* (Kocher/Hensele⁸⁷) oder diejenige, wonach sich *„mehr denn je die Frage nach der Rekonfiguration des Arbeitsrechts hin zu einem Beschäftigtenrecht (stellt), das funktional, und damit gebietsübergreifend das Arbeitsrecht, das Bürgerliche Recht und das Wirtschaftsrecht umfasst und als flexibles System mit abgestuften, den verschiedenen Schutzbedürfnissen jeweils entsprechenden Schutzbausteinen ausgeformt ist“* (Uffmann).⁸⁸ De Stefano⁸⁹ ruft dazu auf: *„efforts should be made to adapt protection to the modern reality, of labor market.“*

⁸⁵ Pars pro toto: Bekanntmachung des BMAS von bindenden Festsetzungen von Entgelten für in Heimarbeit hergestellte Pinsel und Bürsten und für das Zurichten von Haaren und Borsten v. 4.7.2017, BAnz. 19.10.2017, B 1.

⁸⁶ Krause, Fn. 20, B 106. Ähnlich: Däubler /Heuschmid, TVG, 4. Aufl., 2016, § 1 TVG Rn. 832.

⁸⁷ Kocher/Hensele, NZA 2016, 984, 990.

⁸⁸ Uffmann, NZA 2016, 977, 980.

⁸⁹ De Stefano, ILO, Conditions of Work and Employment Series No. 71, S. 79.

Wenig konkret nehmen sich die Handreichungen auf der Ebene der Union aus. So schlägt die europäische Kommission vor⁹⁰:

„Um Menschen dabei zu helfen, ihr Potenzial voll auszuschöpfen, um die Beteiligung am Arbeitsmarkt zu erhöhen und die Wettbewerbsfähigkeit zu fördern, gleichzeitig aber faire Arbeitsbedingungen und einen angemessenen, langfristig tragfähigen Sozialschutz zu wahren, sollten die Mitgliedstaaten Folgendes vornehmen:

- *eine Prüfung der Angemessenheit ihrer nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedürfnisse von Arbeitnehmern und Selbständigen in der digitalen Welt sowie des innovativen Charakters von Geschäftsmodellen der kollaborativen Wirtschaft*
- *Bereitstellung von Orientierungshilfen zur Anwendbarkeit der nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften auf die Arbeitsstrukturen in der kollaborativen Wirtschaft.“*

und das europäische Parlament⁹¹

„betont die große Bedeutung des Schutzes der Arbeitnehmerrechte im Bereich der kollaborativen Dienstleistungen gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten (... und) weist daraufhin, dass alle in der kollaborativen Wirtschaft tätigen Personen je nach Faktenlage entweder als Angestellte oder als Selbständige einzustufen sind.“

Bücker⁹² zieht in Erwägung, den Begriff des Arbeitnehmers nicht allein an die Voraussetzung der hierarchischen Steuerung durch Weisung und den der arbeitnehmerähnlichen Person nicht an die rein marktförmige Kooperation anzuknüpfen. Vielmehr sollten beide Begriffe so gestaltet werden, dass sie die Kombination marktförmiger und hierarchischer Formen der Steuerung verarbeiten können. Das soll ergänzt werden um eine Erweiterung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person. Danach soll eine wirtschaftliche Abhängigkeit (vgl. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG) nicht nur dann angenommen werden, wenn eine Person ganz oder überwiegend für nur einen Auftraggeber arbeitet, sondern auch dann, wenn ein Selbständiger im Rahmen einer Netzwerkorganisation in Geschäftsprozesse eingebunden ist, auf deren Gestaltung er keinerlei oder nur untergeordneten Einfluss nehmen kann. Was indes auch hier nicht dargelegt wird, ist, welche Rechtsfolgen daran anknüpfen könnten. Die wenigen Gesetze, die derzeit arbeitnehmerähnliche Personen überhaupt in ihren Anwendungsbereich einbeziehen, bieten diesen nämlich keinen nennenswerten Schutz. Handreichungen zur Umsetzung werden aber auch hier nicht gegeben.

⁹⁰ Mitteilung der Kommission, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, COM(2016)356 final, Brüssel 2016, S. 15.

⁹¹ Europäisches Parlament: Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2017/2003(INI), Brüssel 2017, Ziff. 39 u. 40, gekürzt.

⁹² Bücker, FS Kohte 2016, S. 41 ff. Ohnehin spricht viel für den umgekehrten Weg, nämlich, es bei der herkömmlichen Definition der arbeitnehmerähnlichen Person zu belassen, im Gegenzug aber die Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Person zu überarbeiten, s. Schubert, RdA 2018, 200, 204

Einen ähnlichen Weg beschreitet *Risak*.⁹³ Er schlägt vor, auf europäischer Ebene eine Richtlinie zu erlassen, die die Rechtsbeziehung zwischen Plattform und Crowdworker als Arbeitsverhältnis qualifiziert. Die entscheidende Stellungnahme lässt dann aber offen, ob das nur gelten soll, wenn festgestellt wurde, dass zwischen den Beteiligten ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, so dass die Regelung nur die Zuordnung der häufig tripolaren Rechtsverhältnisse zur Plattform bewirken würde⁹⁴ (wofür viel spricht).

Insgesamt finden sich in den Darstellungen – neben reinen Programmsätzen – zwar immer wieder Denkanstöße, die die Diskussion voran bringen können. Indes ist diese bei weitem nicht so weit vorangeschritten, dass sich aus dieser eine auch nur einigermaßen umsetzbare Handreichung für den Gesetzgeber herleiten ließe.

3.5. Anknüpfung an den Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts?

Der EuGH⁹⁵ hat sich in den vergangenen Jahren immer wieder zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff geäußert. Nach eigenem Bekunden legt er diesen weit aus, dies mit dem Argument, dass nur so die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet werden könne.⁹⁶ Das gibt zu der Frage Anlass, ob eine Angleichung des nationalen Rechts an das Unionsrecht eine Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs und damit eine großzügigere Öffnung zu Gunsten von modernen Digitalbeschäftigten bewirken könnte.

Sieht man aber näher hin, zeigt sich, dass der Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts bei weitem nicht so offen gehalten ist, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Dass der EuGH auch das öffentliche Dienstrecht (also namentlich Beamte) in den Anwendungsbereich des europäischen Arbeitsrechts mit einbezieht, ist für die hiesige Fragestellung ohne Bedeutung. Richtig ist zwar, dass der Gerichtshof das Arbeitsrecht der Union darüber hinaus auf ausgewählte Organträger bestimmter Gesellschaften erstreckt sehen möchte.⁹⁷ Dabei schließen Teile der Literatur aus der Begründung, die der EuGH hierfür gibt, auf eine generelle Erweiterung des Anwendungsbereichs des europäischen Arbeitsrechts.⁹⁸ Danach ist ein Organträger nämlich dann als Arbeitnehmer zu qualifizieren, wenn die betreffende Person gegenüber der Gesellschaft Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, weil sie ihre Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält.

Tatsächlich bilden diese Voraussetzungen aber über weite Strecken nichts anderes ab als den Abhängigkeitsbegriff des § 611a Abs. 1 BGB. Die Rechtsprechung des EuGH bringt nur

⁹³ *Risak*, Fn. 29, S. 13.

⁹⁴ S. 3.2.

⁹⁵ Eine umfassende Übersicht der gesamten – auch älteren bzw. primärrechtsbezogenen - Rechtsprechung des EuGH bietet insb. *Junker*, EuZA 2016, 184.

⁹⁶ *Junker*, EuZA 2016, 184; *Wank*, EuZW 2018, 21; *Temming*, SR 2016, 158.

⁹⁷ EuGH 11.11.2010 – C-232/09 (*Danosa*), NZA 2011, 143, Rn. 56; 9.7.2015 – C-229/14 (*Balkaya*), NZA 2015, 861, Rn. 39; 10.9.2015 – C-47/14 (*Holterman*), NZG 2015, 1199.

⁹⁸ *Oberthür*, RdA 2018, 286, 293. *MHbArbR/Schneider*, 4. Aufl., 2018, Individualarbeitsrecht I, § 18 Rn. 53.

insoweit Neues in das nationale Recht als die im Inland bislang überwiegende Ansicht Organe ohne nähere Sachprüfung pauschal vom Arbeitsrecht ausgeschlossen hatte, ihnen also auch dann den arbeitsrechtlichen Schutz verweigerte, wenn diese rein tatsächlich abhängig beschäftigt wurden. Was die vorliegende Fragestellung betrifft, könnte allenfalls Bedeutung erlangen, dass der EuGH zur Feststellung der Weisungsgebundenheit alle Bedingungen prüfen möchte, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde und dabei auch die Umstände mit in den Blick nehmen will, unter denen es abberufen werden kann.⁹⁹ Daraus könnte hergeleitet werden, dass ein Leistungserbringer, der latent um den Fortbestand seines Vertragsverhältnisses fürchten muss, Arbeitnehmer ist.¹⁰⁰

So formuliert würde man die Judikatur des EuGH aber bei weitem überspannen. Insoweit darf nicht übersehen werden, dass der fragliche Halbsatz in einem Atemzug mit zahlreichen anderen Aspekten genannt wird, die alles in allem nur wiedergeben, dass jemand Arbeit in persönlicher Abhängigkeit erbringt. Vor allem aber setzt auch und gerade der EuGH voraus, dass sich die Leistungsbeziehung zwischen den Parteien zu einem Dauerschuldverhältnis verdichtet hat und der Beschäftigte seine ganze Arbeitskraft in die Dienste eines einzigen Dienstherrn gestellt hat.

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH in Sachen Albron Catering.¹⁰¹ Dort hat der EuGH angedacht, dass bei einem Betriebsübergang auch Entleihbeschäftigungsverhältnisse auf den Erwerber übergehen können. Davon abgesehen, dass dies den Besonderheiten des Betriebsübergangsrechts geschuldet ist, lässt sich daraus nichts zur Lösung der vorliegenden Problematik herleiten. Im Fall Ruhmland-Klinik¹⁰² hat der EuGH schließlich entschieden, dass ein Arbeitnehmer im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie jede Person ist, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält, und die aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedsstaat geschützt ist, wobei die Art der Rechtsbeziehung wie auch die Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses unerheblich ist. Trotz des letzten, sehr offen gehaltenen Halbsatzes, setzt aber auch das voraus, dass der Leiharbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert ist.

Zeigen schon diese (vermeintlich) offenen Judikate des EuGH, dass sich der jüngeren Rechtsprechung des EuGH kaum etwas für einen generellen Einbezug von Crowdworkern in das Arbeitsrecht entnehmen lässt, wird dies vollends klar, lenkt man den Blick noch auf das Kunsten-Urteil¹⁰³ des Gerichtshofs. Dieses wird in vielen Darstellungen, die den Nachweis einer Öffnung des Arbeitnehmerbegriffs auf europäischer Ebene zu erbringen versuchen, eher außen vor gelassen, wohl weil es primär im Bereich des Kartellrechts angesiedelt ist.

⁹⁹ S. EuGH 11.11.2010 – C-232/09 (Danosa), NZA 2011, 143, Rn. Rn. 47.

¹⁰⁰ So in der Tat *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 451.

¹⁰¹ EuGH 21.10.2010 – C-242/09 (Albron Catering), NZA 2010, 1225.

¹⁰² EuGH 17.11.2016, C-216/15, NZA 2016, 1432.

¹⁰³ EuGH 4.12.2014 – C-413/13 [FNV Kunsten], ECLI:EU:C:2014:2411 = NZA 2015, 55; in diese Richtung u.a. auch: EuGH 12.9.2000, C-180/98 [Pavlov], AuR 2001, 77. Vgl. dazu auch: EuGH 14.12.2016 – C-217/05 [Petróleos SA], ECLI:EU:C:2006:784, ABI EU 2006, Nr C 331, 9 = EuZW 2007, 150.

Im Fall ging es darum, ob eine Vereinigung selbständiger Musiker einen Kollektivvertrag über ihre Beschäftigungsbedingungen abschließen durfte oder ob sie derart gegen das Kartellverbot des Vertrags (Art. 101 AEUV) verstößt. In seinem Urteil weist der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach Tarifverträge aus dem Kartellverbot ausgenommen sind. Indes stellt er auch klar, dass eine generelle Privilegierung von Kollektivabreden selbständiger Dienstleistungserbringer nicht in Betracht kommt. Vielmehr greift die kartellrechtliche Bereichsausnahme ausschließlich für Tarifverträge, die sich an Arbeitnehmer wenden. Und insoweit führt der EuGH aus, dass ein Arbeitnehmer eine Person ist, die für einen anderen Leistungen nach dessen Weisung erbringt, in dessen Betrieb eingegliedert ist und als Gegenleistung für ihre Arbeit eine Vergütung erhält. Ist das nicht der Fall, handelt es sich bei der fraglichen Person um einen Selbständigen. Eine Ausnahme erkennt der EuGH nur für Personen an, die „in Wirklichkeit Scheinselbständige sind.“ Welche Personen der EuGH damit genau im Auge gehabt hat, lässt sich nicht absolut sicher einschätzen und ist in der Literatur erheblich umstritten. Gemeint sind wohl arbeitnehmerähnliche Personen iSd § 12a TVG.¹⁰⁴ Sind aber Leistungserbringer, die ihren Auftraggebern gegenüber als selbständige Wirtschaftsteilnehmer auftreten, noch nicht einmal in das tarifrechtliche Kartellprivileg einbezogen, können sie erst recht keine Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn sein.

Möglicherweise liegt diese betont strenge Sichtweise darin begründet, dass der EuGH in Sachen *Kunsten* den Ausgangspunkt im Wirtschaftsrecht setzt, während er in den zunächst referierten Rechtsstreitigkeiten *Danosa*, *Balkaya* und *Holtermann* vom notwendigen Schutz abhängig Beschäftigter her denkt. Nun ist hier nicht der Ort für eine kritische Besprechung der *Kunsten*-Doktrin, mag es auch noch so überraschen, dass sich der EuGH am oberen Ende der Skala des Arbeitnehmerbegriffs eher offen, am unteren dagegen eher restriktiv zeigt. Hier genügt die Feststellung, dass sich der Rechtsprechung des EuGH kaum etwas für eine betont großzügige Öffnung des Arbeitnehmerbegriffs hin zu einer reinen wirtschaftlichen Abhängigkeit entnehmen lässt und noch weniger etwas zur Qualifikation von Beschäftigten in der modernen Digitalwirtschaft.

3.6. Teleologischer Arbeitnehmerbegriff

Würde man sich trotz aller dargestellten Vorbehalte für eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs aussprechen wollen, wäre es daher mit Sicherheit zielführender, wenn primär auf „herkömmliche“ Alternativen zum gesetzlichen Arbeitnehmerbegriff zurückgegriffen würde als auf die eher unverbindlichen Darlegungen zum Beschäftigten in der digitalen Wirtschaft.

Das klassische Alternativmodell zur traditionellen Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft bildet der sogenannte teleologische Arbeitnehmerbegriff.¹⁰⁵ Die Bezeichnung rührt daher, dass

¹⁰⁴ EUArbR/*Steinmeyer*, 2. Aufl., 2018, Art. 45 AEUV Rn. 11; ähnlich auch, wenngleich insgesamt zurückhaltender: *Löwisch/Rieble*, Fn. 33, § 12a Rn. 25; Deutlich strenger dagegen (es sind nur Scheinselbständige angesprochen): *Thomas*, S. 47, 55 ff.; *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410; *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 517 f.; Kölner Kommentar Kartellrecht/*Füller*, 2017, Art. 101 AEUV Rn. 58; *Fuchs*, ZESAR 2016, 297 – letzterer mit deutlicher Kritik am EuGH.

¹⁰⁵ Grundlegend erarbeitet und vehement vertreten von: *Wank*, Arbeitnehmersähnliche und Selbständige, 1988; *ders.* DB 1992, 90, 91; aus neuerer Zeit: *ders.*, AuR 2017, 140, 145; *ders.*, EuZA 2016, 143, 150 ff. Dieser weist in AuR 2017, 140, 152 Fn. 156 bis 160 weitere Autorinnen und Autoren nach, die sich ebenfalls für den teleologischen

dieser für sich in Anspruch nimmt, weniger an einen von der Rechtsordnung definierten Status anzuknüpfen, sondern auf die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts abzustellen und darauf, wer tatsächlich schutzbedürftig erscheint und daher in den Schutz des Arbeitsrechts einbezogen sein soll und wer nicht.

Danach ist Arbeitnehmer, wer auf ein unternehmerisches Auftreten am Markt verzichtet und seine Arbeitskraft in den Dienst eines anderen stellt. Für die Abgrenzung zum Selbständigen ist entscheidend, ob die betreffende Person ihr Existenzrisiko selbst steuern und wirtschaftlichen Risiken mit unternehmerischen Chancen begegnen kann. Selbständig ist mithin (nur), wer auf Grund eigener Organisation mit eigenem Kapital und eigenen Mitarbeitern am Markt auftritt. Folglich müssen dem Selbständigen größere Gestaltungsfreiheit und überproportionale Verdienstmöglichkeiten zukommen. Zudem muss der Selbständige typischerweise in der Lage sein, ausreichend Vorsorge für die Wechselfälle des Lebens tragen zu können. Ist dies alles nicht der Fall, obliegt die Verantwortung hierfür demjenigen, in dessen Wirtschaftsorganismus der Beschäftigte eingegliedert ist. Das gilt natürlich umso mehr, wenn die Vertragsgestaltung im Grunde nur dazu führt, dass dem vermeintlich Selbständigen zusätzlich zu seiner Abhängigkeit und seinem Arbeitsplatzrisiko auch noch unternehmerische Risiken auferlegt werden. Typische Merkmale für die Arbeitnehmereigenschaft sind daher eine auf Dauer angelegte Beschäftigung, Arbeit nur für einen Auftraggeber, ein Tätigwerden in eigener Person ohne Beschäftigung von Mitarbeitern, fehlender Kapitaleinsatz und das Nichtvorhandensein einer eigenen Organisation.

Eine gesetzliche Widerspiegelung erfuhr dieser Begriff von 1998 bis 2002 im Sozialrecht. Nach dem in diesen Jahren geltenden § 7 Abs. 4 S. 1 SGB IV¹⁰⁶ wurde das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im sozialrechtlichen Sinn angenommen, wenn eine Person (1.) im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer (beschäftigt), dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis im Monat einen bestimmten Betrag¹⁰⁷ übersteigt; (2.) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig (ist); (3.) ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber (...) entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten (lässt); (4.) ihre Tätigkeit (...) typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen (lässt); und [oder] (5.) ihre Tätigkeit (...) dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit entspricht, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte. Lagen drei dieser Kriterien vor, wurde die Beschäftigteneigenschaft vermutet.

Diese Regelung sah sich heftiger Kritik im Schrifttum ausgesetzt,¹⁰⁸ fand dort aber durchaus auch Befürworter. Eines ihrer Kernprobleme war, dass sie nach § 84 Abs. 1 S. 2 HGB

Arbeitnehmerbegriff aussprechen oder anderweitig für einen (teilweisen) Einbezug nur wirtschaftlich abhängiger Personen in das Arbeitsrecht eintreten.

¹⁰⁶ Hier in der Fassung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl I 1998, 3833, 3846.

¹⁰⁷ Seinerzeit: 630 DM.

¹⁰⁸ Aus der Diskussion der späten 1990er Jahre s. etwa: *Hromadka*, DB 1998, 195; *Buchner*, DB 1999, 148; *Rieble*, ZfA 1998, 328; *Bauer/Diller/Schuster*, NZA 1999, 1297; *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, 169; *Boemke*, ZfA 1998, 285.

unzweifelhaft selbständige Handelsvertreter pauschal zu Beschäftigten im sozialversicherungsrechtlichen Sinn hätte werden lassen, was mühsam durch einen Nachsatz korrigiert wurde. Danach galt die Bestimmung nicht für Handelsvertreter, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können. Dies führte zu dem etwas merkwürdig anmutenden Ergebnis, dass für eine ausgewählte Berufsgruppe über zwei Zwischenschritte dann doch wieder der allgemeine arbeitsrechtliche Beschäftigungsbegriff zur Anwendung kam.

§ 7 Abs. 4 SGB IV wurde Ende 2002 im Rahmen der Hartz-II Reform aufgehoben.¹⁰⁹ Nachdem die Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff jüngst wieder entflammt ist, wäre es natürlich von einigem Interesse, die Auswirkungen des seinerzeitigen § 7 Abs. 4 SGB IV nachzuverfolgen und zu analysieren. Hierzu findet sich indes nur wenig greifbares Material.¹¹⁰ Dies liegt auch daran, dass die Aufhebung der Regelung seinerzeit etwas hektisch erst im Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit beschlossen wurde.¹¹¹ In der Begründung hierzu liest sich nur, dass die Vermutungsregelung zu einer Überbetonung einzelner Abgrenzungsmerkmale zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit und insgesamt zu einer unzumutbaren Beweislastumkehr geführt habe. Inwieweit dies wirklich belastbar ist, lässt sich im Nachhinein nicht mehr ohne weiteres nachvollziehen.

Ganz vorsichtige Anknüpfungen an den teleologischen Arbeitnehmerbegriff hatte dann der im November 2015 durch das BMAS vorgelegte Referentenentwurf (RefE) zur Novelle des AÜG¹¹² genommen. Nach § 611a BGB RefE sollte zur Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt, eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. Diese Gesamtbetrachtung sollte aber durch acht ausformulierte Prüfungsmerkmale konkretisiert werden. Insoweit rekurrierte der Entwurf dann zwar ganz überwiegend¹¹³ auf Aspekte des klassischen Arbeitnehmerbegriffs.¹¹⁴ Indes waren

¹⁰⁹Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl I 2002, S. 4621.

¹¹⁰ In einem Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 16.3.2015 (Bezugspunkt: Antrag zu einer Novelle des AÜG durch die SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/12378 – dazu, s. sogleich) heißt es (S. 10), dass die Vermutungsregelung in der Praxis keine Bedeutung erlangt habe. Aber auch das Gutachten schränkt diese Aussage dahingehend ein, dass auf Grund des kurzen Geltungszeitraums der Regelungen keine verlässlichen Aussagen über ihre Wirkungen möglich sind.

¹¹¹ Vgl. BT-Drs. 15/26.

¹¹² Noch abrufbar unter: http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2015/2015-11-16_Referententwurf_AUEG_Werkvertraege.pdf.

¹¹³ Kritische Stimmen im Schrifttum sahen dies anders, gingen mit dem Entwurf allerdings auch betont streng zu Gericht und konnten sich vor allem schon prinzipiell nicht wirklich mit der Idee anfreunden, den Arbeitnehmerbegriff zu kodifizieren (etwa. *Thüsing/Schmidt*, ZIP 2016, 54, 58; *Schiefer/Köster*, DB 2016, 169, 174; *Uffmann*, NZA Beil. 2016, 5, 10). Die insoweit vorgebrachte Kritik, dass der Entwurf die bisherige Rechtsprechung „falsch“ wiedergegeben habe, ist für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung. Entscheidend ist hier nur, dass diese jedenfalls nicht dem teleologischen Arbeitnehmerbegriff entlehnt waren.

¹¹⁴ Neben den im Text genannten Merkmalen wäre es darauf angekommen, ob jemand (1.) nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen, (2.) die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt, (3.) zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt und (4.) die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind und er (7.) Leistungen erbringt, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind, sowie (8.) für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet.

die Kriterien Nummern fünf bis sieben an den teleologischen Arbeitnehmerbegriff angelehnt. Denn danach wäre unter anderem maßgeblich gewesen, ob die betreffende Person ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist und keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen. Weiter geht der Vorschlag der SPD-Fraktion im deutschen Bundestag aus dem Jahr 2015 für eine erneute Modifikation des § 7 Abs. 4 SGB IV. Dieser sollte weitgehend wieder an die Fassung des Jahres 1998 angepasst werden.¹¹⁵

Tatsächlich spricht viel dafür, am bisherigen Kernelement der persönlichen Abhängigkeit festzuhalten, so wie dies in § 611a BGB angeordnet ist. Das teleologische Modell führt zu einer eher ausufernden Bestimmung des Arbeitnehmers und ist zu wenig präjudizierbar. Dass das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit jedenfalls de lege lata der arbeitnehmerähnlichen Person zugewiesen ist, käme noch hinzu. Denkbar ist hingegen, einzelne Aspekte, die dieses Begriffsmodell herausgearbeitet hat, in die Subsumtion des „klassischen“ Arbeitnehmerbegriffs einzubringen.

3.7. Erweiternde Auslegung des § 611a BGB

3.7.1. Berücksichtigung der Eingliederung in eine fremde Netzwerkorganisation

Was der teleologische Arbeitnehmerbegriff für sich verbuchen kann, ist, dass er vor allem in schwierig zu lösenden Grenzbereichen eine wertende Gesamtbetrachtung eröffnet. Eine solche wäre indes schon im Rahmen des geltenden Arbeitnehmerbegriffs möglich, da die in § 611a BGB genannten Kriterien nicht abschließend sind („*fremdbestimmte Arbeit, im Wesentlichen, ... kann betreffen...*, *Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, Gesamtbetrachtung aller Umstände*“). § 611a BGB lässt es durchaus zu, ergänzend zu den in Abschnitt I.1. aufgezeigten Tatbestandsmerkmalen zu fragen, ob die betreffende Person tatsächlich auf eigene Rechnung tätig wird und unternehmerisch entscheiden kann.¹¹⁶ Keineswegs ausgeschlossen ist es auch, zu berücksichtigen, ob der betreffenden Person ein Honorar gewährt wird, das ihr ermöglicht, für eine angemessene Eigenvorsorge zu sorgen,¹¹⁷ was faktisch ein Ausschlusskriterium darstellt. Dass danach bislang nicht gefragt wird, ist der Tradition der Lehre und höchstrichterlichen Rechtsprechung geschuldet, nicht aber dem Gesetzeswortlaut.

Das unterstreicht nicht zuletzt die Rechtsprechung des BSG zum „*Beschäftigtenbegriff*“ des § 7 SGB IV,¹¹⁸ der letztlich trotz gradueller Unterschiede doch Hand in Hand mit dem Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB geht. So weist das Gericht in einer jüngeren Entscheidung zur Arbeitnehmereigenschaft eines Datenbankadministrators darauf hin, dass eine

¹¹⁵ BT-Drs.17/12378.

¹¹⁶ Wank, AuR 2017, 140, 152.

¹¹⁷ Weit in diese Richtung: Uffmann, NZA 2018, 265, 268 ff.

¹¹⁸ Aktuelle Fassung des Abs. 1: Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

selbstständige Tätigkeit nicht nur durch die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet ist, sondern auch „*vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko (und) das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte.*“¹¹⁹ Weiter stellt das BSG fest, dass ein Honorar, das deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten liegt und das dem Selbständigen eine angemessene Eigenvorsorge ermöglicht, ein gewichtiges Indiz für selbstständige Tätigkeit sein kann.¹²⁰

Selbst aber wenn man sich in diese Richtung öffnen würde, bleibe es stets Voraussetzung, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht alleine in der Person des Beschäftigten begründet ist oder nur aus den äußeren Umständen resultiert, unter denen dieser seine Leistungen erbringt. Vielmehr muss sie sich gerade aus dem fraglichen Vertragsverhältnis und dessen Durchführung ergeben.¹²¹ Das Arbeitsrecht ist kein Sozialschutz, der wirtschaftlich schwachen Personen unter die Arme greifen kann. Vielmehr bedarf es einer Begründung, warum jemand in die Pflicht genommen und ihm eine besondere Verantwortung für die Erwerbssicherung eines anderen auferlegt werden soll.¹²² Deshalb muss nachgewiesen werden, dass das Schutzbedürfnis eines seiner Auftragnehmer so schwer wiegt, dass die Interessen des Auftraggebers dahinter zurücktreten müssen.¹²³ Ansonsten würde man selbständiges Wirtschaften weitgehend erodieren lassen.

Daher kann eine Reform des Arbeitnehmerbegriffs, und zwar ganz unabhängig davon, wie sie am Ende auch immer ausgestaltet sein sollte, nicht von der Voraussetzung abgehen, dass die gegenseitige Vertragsbeziehung eine hinreichende Beständigkeit erreicht haben muss. Der Auftragnehmer muss seine verfügbare Arbeitszeit ganz überwiegend für einen Auftraggeber aufwenden, so dass seine Möglichkeiten für eine freie Marktteilnahme deutlich reduziert sind. Und zudem muss er sein Einkommen überwiegend aus der in Frage stehenden Tätigkeit erzielen, weshalb er zu seiner Existenzsicherung auf eben diese angewiesen ist.

Folglich ließen sich mit einer Öffnung des Arbeitnehmerbegriffs am ehesten Korrekturen in solchen Beschäftigungsbereichen erreichen, in denen Personen tätig sind, die zwar nach herkömmlicher Auffassung formal selbstständig sind, für die es bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aber durchaus gerechtfertigt erscheint, sie in das Arbeitsrecht hinein zu nehmen. Dies ist dann der Fall, wenn diese über keine wirkliche unternehmerische Organisation

¹¹⁹ BSG 14.3.2018, B 12 KR 12/17 R, NZS 2018, 671. Anders aber: BSG 14.3.2018, B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 für „reine“ Dienstleistungen (im Fall: Operngesang), zu deren Erbringung es keinerlei materieller oder immaterieller Hilfsmittel bedarf.

¹²⁰ BSG 31.3.2017, B 12 R 7/15 R, DStR 2017, 2500. Dafür, dass ein Ansetzen an der Vergütungshöhe im Arbeitsrecht nicht völlig ausgeschlossen ist, spricht nicht zuletzt die Überstundenrechtsprechung des BAG, s. etwa BAG 22. 2. 2012, 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, Rn. 21. Dazu, dass das BAG „gutverdienende“ Arbeitnehmerähnliche aus dem Anwendungsbereich des § 12a TVG ausnehmen will, s. BAG 21.6.2011, 9 AZR 820/09, AP TVG § 12a Nr. 12, BAG 2.10.1990, 4 AZR 106/90, NZA 1991, 139; kritisch dazu: *Löwisch/Rieble*, Fn. 33, § 12a Rn. 39.

¹²¹ *Wank*, AuR 2017, 140, 148.

¹²² *Hromadka*, NZA 2007, 838, 841 – mit Bezug zur arbeitnehmerähnlichen Person.

¹²³ *Hromadka*, NZA 2007, 838, 841; *Willemsen/Müntefering*, NZA 2008, 193, 195 f.; – alle mit Bezug zur arbeitnehmerähnlichen Person.

verfügen, (weil) sie in eine fremde Netzwerkorganisation eingebunden sind oder (und) ihnen lediglich ein fremdes Unternehmerrisiko aufgebürdet wird. Das aber trifft am ehesten auf die Branchen zu, in denen sich traditionell prekäre Beschäftigungsverhältnisse finden (s. dazu oben, 3.1.). Dagegen würde selbst die Einführung des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs in der Plattformökonomie nur sehr begrenzte Auswirkungen haben, eben weil die modernen „Digitalworker“ in aller Regel für eine Vielzahl wechselnder Auftraggeber tätig sind. Das stellt übrigens auch *Wank* und mithin der wohl wichtigste Vertreter des teleologischen Arbeitnehmerbegriffs so fest.¹²⁴

3.7.2. Ausrichtung der Tatbestandsmerkmale des § 611a BGB an den Gegebenheiten der Digitalwirtschaft

Darüber hinaus könnte sich empfehlen, einzelne Tatbestandsmerkmale des § 611a Abs. 1 BGB an die digitale Welt anzupassen. Auch das kann die Rechtsprechung leisten und auch dazu bedarf es keiner Gesetzesänderung. *Risak* hat etwa einige Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet, an Hand derer sich der klassische Arbeitnehmerbegriff zur Anwendung auf die Digitalwirtschaft schärfen lässt.¹²⁵ Danach ist maßgeblich, ob die Plattform eine Vorauswahl unter Anbietern trifft, ob und in welcher Dichte Plattformen die Leistungserbringung kontrollieren, ob, wie und nach welchen Maßstäben sie Anbieter bewerten, ob sie in ihren „manuals“ generalisierende Durchführungsanweisungen geben oder Arbeitsaufgaben in einzelne Einheiten zerlegen. Einiges Interesse auf sich ziehen dürfte auch die US-amerikanische Rechtsprechung.¹²⁶ So fragt beispielsweise der kalifornische Supreme Court in den *Uber-Fällen*,¹²⁷ ob (1.) die Leistung durch die Plattform kontrolliert wird und/oder der Leistende direkt, mittelbar oder faktisch deren Weisungen unterworfen ist, (2.) die Leistung im normalen, durchgängig ausgeübten Geschäftsfeld der Plattform liegt und (3.) der Leistende nicht gewöhnlich bzw. typischerweise selbständig ist.

3.7.3. Flankierende Änderungen in anderen Rechtsgebieten

Danach lässt sich festhalten, dass es schon auf Basis des § 611a BGB möglich ist, Beschäftigten, die von ihrem Auftraggeber persönlich abhängig geworden sind, den Schutz des Arbeits- und Sozialrechts zukommen zulassen. Mithin reicht bereits das geltende Recht aus, um zumindest besonders verdichtete digitale Beschäftigungsbeziehungen in das Arbeitsrecht einzugliedern.

Was allerdings selbständige Leistungserbringer betrifft, bleibt die Sorge, dass immer wieder berichtet wird, dass diese Leistungen teils zu unangemessenen Bedingungen erbringen müssen. Kritisiert werden neben unzureichenden Entgelten, dass es im Belieben des *Crowdsourcers* steht, ob er eine Vertragsbeziehung fortführen will oder nicht. Vor allem aber

¹²⁴ *Wank*, EuZA 2016, 143, 168.

¹²⁵ U.a. *Risak*, Fn. 29, S. 13. Allerdings vermengt sich die Darstellung mit Überlegungen zur Begründung der Vertragspartnerstellung der Plattform, s. II.2. Ähnlich, *ders./Lutz*, Arbeit in der Gig-Economy, 2017, 1, 49 ff.

¹²⁶ Eine zusammenfassende Darstellung findet sich bei *Waas*, AuR 2018, 548, 553 ff.

¹²⁷ Nachw. bei *Waas*, AuR 2018, 548, 552 Fn. 46.

scheint es Auftraggeber zu geben, die sich mit Aufträgen an eine breite Öffentlichkeit wenden und sich offenhalten, ob und ggf. welche Leistung sie abnehmen und vergüten wollen (*Däubler/Klebe*: „Bezahlung nach Art eines Preisausschreibens“¹²⁸).

Derartige Missstände lassen sich aber eben nicht über einen pauschalen und systemfremden Einbezug aller Crowdworker in das Arbeitsrecht lösen. Vielmehr wäre insoweit im Bereich des Werk- und Dienstvertragsrechts zu diskutieren, wie diejenigen Selbständigen, die zwar nicht von ihrem Auftraggeber abhängig sind, sich aber dessen ungeachtet genötigt sehen, Arbeiten zu inakzeptablen Leistungsbedingungen zu erbringen, durch elementare gesetzliche Vorgaben einen adäquaten Sozialschutz erfahren können. Hierzu wurden in der Literatur vielfältige Vorschläge herausgearbeitet, die aber nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung sind.¹²⁹ Beachtung verdient auch, dass das wirtschaftliche Gebaren und die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Plattformen wohl ganz generell reguliert werden müssen,¹³⁰ also etwa auch mit Wirkung gegenüber Kunden und Verbrauchern, was sich aber nur auf der Ebene des Unionsrechts erreichen lässt. So würde es durchaus Sinn machen, Plattformen Mindestinformationspflichten aufzuerlegen und ihre Geschäftsbedingungen einer spezifizierten AGB-Kontrolle zu unterwerfen. Schließlich kann über ein Mindestentgelt auch für Selbständige und einen Schutz vor einer überraschenden Vertragsbeendigung nachgedacht werden, was sich aber nur für arbeitnehmerähnliche Person erreichen lässt. Ein weiterer, außerordentlich wichtiger Baustein ist es, Selbständigen zu ermöglichen, sich kollektiv zu organisieren und Kollektivabreden zu schließen, die am Markt zumindest Leitfunktion haben. Das wird auf europäischer Ebene aktuell durch die überbordende Kartellrechtsprechung des EuGH erschwert und das sollte auf der Ebene des Unionsrechts korrigiert werden.

Vor allem aber wäre es am Sozialrecht, zu klären, wie Selbständige in der modernen Digitalwirtschaft auf lange Sicht eine hinreichende soziale Absicherung erfahren können. Insoweit liegt natürlich auf der Hand, dass dies ohne weiteres dann möglich wäre, wenn diese als abhängige Beschäftigte (§ 7 Abs. 1 SGB IV) bzw. Heimarbeiter (§ 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV) qualifiziert werden könnten, so dass sich die Probleme, die hier diskutiert wurden, letztlich im Sozialrecht wiederholen.¹³¹ Dennoch bedarf es der politischen Diskussion, über sozialrechtliche Lösungen nachzudenken, die über das Junktum zur abhängigen Beschäftigung hinausgehen.

¹²⁸ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1038 f.

¹²⁹ Etwa *Deinert*, Fn 29; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, insb. 1037 ff.; sowie die Ausarbeitung d. Verf., Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-) Selbständigen, BMAS Forschungsbericht 508.

¹³⁰ *Risak*, Fn. 29, S. 14 ff.; *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787.

¹³¹ Umfassend dazu *Preis/Brose*, Fn. 29. Vgl. hierzu auch die ersten gesetzgeberischen Initiativen: Empfehlung des europäischen Rates v. 10.12.2018, 15394/18, Erw. 12, Empfehlungen 11 ff.; Vorbereitung der Zustimmung hierzu: BR-Drs. 80/89 v. 14.12.2019.

4. Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung

1. Es erscheint eher fraglich, ob es alleine im Hinblick auf die sich derzeit etablierende Plattformökonomie einer Novellierung des Arbeitnehmerbegriffs bedarf.
2. Zwar sind nach § 611a BGB Crowdworker in der Mehrzahl denkbarer Fallgestaltungen keine Arbeitnehmer. Das liegt daran, dass diese ihre Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können und sie nicht in die betriebliche Organisation ihres Auftraggebers eingebunden sind, so dass es ihnen an der von § 611a BGB vorausgesetzten persönlichen Abhängigkeit fehlt. Dafür, dass Crowdworker nicht generell in das Arbeitsrecht einbezogen sind, sprechen aber gute Gründe. Das gilt in jedem Fall dann, wenn diese – wie regelmäßig – abwechselnd für mehrere Auftraggeber tätig sind, die jeweiligen Leistungsbeziehungen nur kurz andauern oder sich gar in einem nur punktuellen Leistungsaustausch erschöpfen.
3. Hat sich die Crowdworkbeziehung dagegen verdichtet, ist es schon auf Basis des aktuellen § 611a BGB möglich, Plattformbeschäftigten den Schutz des Arbeits- und Sozialrechts zukommen zu lassen. Das ist dann denkbar, wenn der Crowdworker zumindest in der Gesamtschau kontinuierlich für einen Nachfrager tätig ist, dieser ihm einseitig Arbeiten zuweisen kann, der (vermeintliche) Auftraggeber die Modalitäten der Leistungserbringung koordiniert bzw. kontrolliert und/oder der Crowdworker anderweitig in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden ist. Soweit danach Digitalbeschäftigte Arbeitnehmer sind, ergeben sich vor allem Durchsetzungsprobleme, weil Beschäftigte nur selten die ihnen als Arbeitnehmer zustehenden Rechte wahrnehmen und sich häufig noch nicht einmal zu reklamieren trauen, dass sie Arbeitnehmer sind. Daran würde aber auch eine Neufassung des § 611a BGB nichts ändern. Vielmehr würde der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts künstlich ausgedehnt, ohne dass damit ein Zugewinn an Schutz für die Betroffenen verbunden wäre.
4. Die (weiter) voranschreitende Digitalisierung wird das Arbeitsrecht unzweifelhaft noch vor erhebliche Herausforderungen stellen. Dennoch werden die mit der Digitalisierung verbundenen Probleme im Moment überbetont und die Zahl der Beschäftigten in der Plattformökonomie überschätzt. Das gilt umso mehr, als viele vermeintliche Digitalbeschäftigte im Grenzbereich zwischen Abhängigkeit und Selbständigkeit letztlich ganz „konventionelle“ Leistungen erbringen, die lediglich virtuell über eine Plattform oder eine App gesteuert werden.
5. Das Phänomen prekärer Selbständigkeit ist weder ein neues noch ein solches der Plattformökonomie. Vielmehr finden sich seit jeher Beschäftigungsformen, bei denen Auftragnehmer vermehrt zwar als Selbständige tätig werden, ihrem Auftraggeber gegenüber aber nichtsdestotrotz strukturell erheblich unterlegen sind und daher zu prekären Leistungsbedingungen tätig werden müssen. Das ist derzeit insbesondere im Bereich der (häuslichen) Pflege, in der Bauwirtschaft, im Logistik- und Speditionsgewerbe, sowie im Bereich

der Fleischwirtschaft festzustellen. Angesichts der hohen Beschäftigtenzahlen in diesen Branchen erstaunt, dass diesen in der wissenschaftlichen Diskussion im Moment im Vergleich zur Digitalwirtschaft nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Das gilt umso mehr, als sich die Problematik der Scheinselbständigkeit gerade in diesen Bereichen aktuell mit besonderer Vehemenz zu stellen scheint. Wenn eine Novellierung des Arbeitnehmerbegriffs also in Erwägung gezogen wird, dann vor allem im Hinblick auf diese Branchen. Indes bedarf es dort möglicherweise (auch) Korrekturen in ganz anderer Richtung, so vor allem im Bereich des Sozialversicherungs-, aber auch des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Vor allem stellt sich auch hier ein Durchsetzungsproblem, weil Betroffene viel zu selten ihre Rechte wahrnehmen. Entsprechend würde auch an dieser Stelle eine Modifikation des gesetzlichen Arbeitnehmerbegriffs kaum weiterhelfen.

6. In der Literatur sind zuletzt immer wieder Vorschläge für einen arbeits- bzw. heimarbeitsrechtlichen Schutz insbesondere von Crowdworkern unterbreitet worden. Einschlägige Überlegungen bleiben aber meist recht unverbindlich und lassen es häufig mit allgemeinen Formeln bzw. abstrakt gehaltenen Umschreibungen bewenden. Konkrete und in Gesetzesform überführbare Maßnahmen finden sich nicht. Daher ist festzustellen, dass die Diskussion derzeit bei weitem nicht so fortgeschritten ist, dass sich aus dieser eine auch nur einigermaßen umsetzungsfähige Handreichung für den Gesetzgeber herauskristallisieren ließe. Auch das scheint gegen eine zeitnahe Novelle des § 611a BGB zu sprechen. Das gilt umso mehr, als sich auch die technischen und ökonomischen Entwicklungen derzeit noch stark im Fluss befinden und es daher auch in rechtstatsächlicher Hinsicht Sinn machen könnte, die weitere Entwicklung erst einmal abzuwarten.

Was Vorschläge betrifft, die sich alleine an die Plattformökonomie richten, kommt noch hinzu, dass es bislang nicht gelungen ist, abstrakte Regeln herauszuarbeiten, mit denen sich bestimmen lässt, wer zum Vertragspartner des Crowdworkers wird, sollte der Crowdsourcer – wie so häufig – seine Leistungen über eine Plattform nachfragen bzw. der Crowdworker sie über eine Plattform erbringen. Deshalb greifen all diejenigen Vorschläge, die nur für einen Einbezug des Crowdworkers in das Arbeitsrecht eintreten, zu kurz, weil sie offen lassen, wer am Ende eigentlich der Adressat der einschlägigen Arbeitgeberpflichten sein soll: die Plattform oder der hinter ihr stehende Crowdsourcer. Entsprechend sollte abgewartet werden, bis sich das Zivilrecht Klarheit über die Zuordnung der einzelnen Vertragsbeziehungen in der Digitalwirtschaft verschafft hat. Jedenfalls ist es aber alleine mit einer Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs nicht getan, weil es dem Digitalbeschäftigten nichts nützt, wenn er nur weiß, dass er Arbeitnehmer ist, aber nicht, wem gegenüber er seine Rechte geltend machen soll.

7. Auch der Arbeitnehmerbegriff, der sich gegenwärtig im Unionsrecht etabliert, hilft nicht weiter. Er erscheint nur auf den ersten Blick weiter als der des nationalen Rechts. Jedenfalls lässt sich mit seiner Hilfe nicht gegen prekäre Beschäftigungsverhältnisse im Grenzbereich von Abhängigkeit und Selbständigkeit einschreiten.

8. Das Heimarbeitsgesetz ist weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgendeite geeignet, um Ungleichgewichtslagen im Bereich der Plattformwirtschaft adäquat zu begegnen. Dazu würde auch eine umfassende Modernisierung des Gesetzes nicht ausreichen. Vielmehr würde so ein ganz neues Selbständigenrecht geschaffen, das keine Ähnlichkeit mit dem HAG mehr hätte und Heimarbeiter im klassischen Sinn aus dem Blick verlieren würde. Anderes gilt nur – aber immerhin – in sozialrechtlicher Hinsicht, da Heimarbeiter in die sozialen Sicherungssysteme einbezogen sind.

9. Würde man sich dennoch für eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs aussprechen, wäre es daher mit Sicherheit zielführender, wenn man sich noch einmal mit „herkömmlichen“ Alternativen zum gesetzlichen Arbeitnehmerbegriff auseinandersetzen würde. Augenmerk verdient insbesondere der sogenannte teleologische Arbeitnehmerbegriff, wie er die Diskussion vor allem in den 1990er Jahren beherrscht hat. Dies hätte den Vorteil, dass auf Überlegungen zurückgegriffen würde, die auch in Gestalt handfester und damit unmittelbar in Gesetzesform überführbarer Ausformulierungen vorhanden sind, vor allem aber, dass diese Rechtsfigur seit zwei Jahrzehnten Gegenstand der arbeitsrechtlichen Diskussion und daher einigermaßen erprobt ist, mag sie in inhaltlicher Hinsicht auch noch so umstritten sein. Hinzukommt, dass sich in der jüngeren Rechtsprechung des BSG immer wieder Elemente dieses Arbeitnehmerbegriffs widerspiegeln.

10. Es konnte gezeigt werden, dass sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 611a BGB durchaus zur Anwendung auf die computergestützte Arbeitswelt eignen und sich um „digitale“ Aspekte ergänzen lassen. Folglich ist es ohne weiteres möglich, durch eine erweiterte Subsumtion des § 611a BGB (bzw. des § 7 Abs. 1 SGB IV) diejenigen Crowdworker in den Genuss des Arbeits- und Sozialrechts zu bringen, die tatsächlich abhängig beschäftigt sind. Es ist primär die Aufgabe von Rechtsprechung bzw. Wissenschaft, (weitere) einschlägige Kriterien und Prüfmerkmale herauszubilden, die in besonderer Weise auf digitale Arbeitsleistungen zugeschnitten sind.

11. Weiter ist zu überlegen, ob bei der Auslegung des aktuell geltenden § 611a BGB nicht in die Gesamtbetrachtung mit eingebracht werden kann und sollte, ob die betreffende Person tatsächlich auf eigene Rechnung tätig wird und unternehmerisch entscheiden kann. Das könnte indes die Rechtsprechung bereits auf Basis des geltenden Rechts leisten. Eine Novelle des Gesetzes braucht es hierzu nicht. Eine dahingehende (partielle) Berücksichtigung auch der wirtschaftlichen Abhängigkeit als ein Baustein des „klassischen Arbeitnehmerbegriffs“ könnte es vor allem in den ansonsten nur schwer oder gar nicht zu lösenden Grenzbereichen ermöglichen, Personen in das Arbeitsrecht einzubeziehen, die zwar formal betrachtet vielleicht gerade noch selbständig sind, für die bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aber alles gegen ihre Erfassung als Selbständige spricht. Danach ist bei der Abgrenzung zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern auch zu beachten, ob die betreffende Person überwiegend für mehrere Auftraggeber, auf Grund eigener Organisation, mit eigenem Kapital und eigenen Mitarbeitern am Markt auftritt oder ob sie nur in die Netzwerkbeziehung eines anderen eingebunden ist. Weiter wäre zu fragen, ob ihr hinreichende unternehmerische Gestaltungsfreiheit zukommt oder ob ihr lediglich unternehmerische Risiken zugewiesen werden. Typische Merkmale für die

Arbeitnehmereigenschaft wären danach eine auf Dauer angelegte Beschäftigung, Arbeit nur für einen Auftraggeber, ein Tätigwerden in eigener Person ohne Beschäftigung von Mitarbeitern, fehlender Kapitaleinsatz und das Nichtvorhandensein einer eigenen Organisation. Das alles wird aber nur sehr begrenzte Auswirkungen auf die Plattformökonomie haben und würde sich am ehesten in den Branchen auswirken, in denen sich traditionell prekäre Beschäftigungsverhältnisse finden (s. dazu oben 5).

Aber auch dabei kann nicht von der Voraussetzung abgewichen werden, dass eine Vertragspartei ihre verfügbare Arbeitszeit ganz überwiegend für einen Auftraggeber aufwenden muss, so dass ihre Möglichkeiten für eine freie Marktteilnahme deutlich reduziert sind und sie zu ihrer Existenzsicherung genau deshalb auf die zur Diskussion stehende Tätigkeit angewiesen ist. Dagegen reicht es nicht, dass es um den Leistungserbringer nur wirtschaftlich schlecht bestellt ist. Maßgeblich ist nicht, ob jemand Leistungen zu ungünstigen Bedingungen erbringt, sondern ob er sich so sehr an einen Auftraggeber gebunden hat, dass diesem eine besondere Verantwortung für die Erwerbssicherung seines Vertragspartners auferlegt werden kann. Die Abhängigkeit muss sich gerade aus dem fraglichen Vertragsverhältnis und dessen Durchführung ergeben.

12. Im Ergebnis wird empfohlen, den vorhandenen Rechtsbestand adäquat und konsequent zu nutzen. Damit wäre aller Wahrscheinlichkeit nach mehr gewonnen, als wenn wenig belastbare Neuregelungen zu schaffen, die in der Praxis kaum Wirkung zeigen. Darüber hinaus wäre im Bereich des Zivil-, Werk- und Dienstvertragsrechts zu diskutieren, wie diejenigen Selbständigen, die keine Arbeitnehmer sind, die aber wirtschaftlich existenziell von ihren Auftraggebern abhängig sind oder Arbeiten zu inakzeptablen Leistungsbedingungen erbringen müssen, durch elementare gesetzliche Vorgaben einen adäquaten Sozialschutz erfahren können (etwa: zwingender Vergütungsanspruch, AGB-Kontrolle, Grundkündigungsfristen bzw. sonstiger Schutz vor überraschender Vertragsbeendigung). Dies könnte Anlass zu einer Erweiterung des Rechts der arbeitnehmerähnlichen Personen geben, die etwa in den Schutz des Mindestlohnregimes einbezogen werden könnten oder für die (in Anlehnung an §§ 19 HAG bzw. 11 AEntG) dann branchenbezogene Mindestvergütungsregelungen erlassen werden könnten, wenn sie Arbeitnehmern auch deshalb weitgehend vergleichbar sind, weil sie überwiegend zeitgebundene Arbeit erbringen (Beispiel: „selbständige“ Pflegekräfte) oder aber dieselben Tätigkeiten ausführen, die ansonsten von festangestellten Mitarbeitern übernommen werden (Beispiel: Lehrkräfte in Musikschulen). Ein weiterer, außerordentlich wichtiger Baustein wäre es, Selbständigen zu ermöglichen, sich kollektiv zu organisieren und Kollektivabreden zu schließen, die am Markt zumindest Leitfunktion haben. Das wird auf europäischer Ebene aktuell durch die überbordende Kartellrechtsrechtsprechung des EuGH erschwert und das sollte im Unionsrecht korrigiert werden. Vor allem aber wäre es am Sozialrecht, zu klären, wie Selbständige in der modernen Digitalwirtschaft auf lange Sicht eine hinreichende soziale Absicherung erfahren können. Insoweit liegt natürlich auf der Hand, dass dies ohne weiteres dann möglich wäre, wenn diese als abhängige Beschäftigte (§ 7 Abs. 1 SGB IV) bzw. Heimarbeiter (§ 12 Abs. 2 Hs. 2 SGB IV) qualifiziert werden könnten, so dass sich die Probleme, die hier diskutiert wurden, letztlich im Sozialrecht wiederholen. Dennoch muss die politische Diskussion über sozialrechtliche Lösungen nachdenken, die über das Junktim zur abhängigen Beschäftigung hinausgehen.

Herausgeber

Sächsisches Staatsministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
Referat 21 Arbeits- und Tarifrecht
Wilhelm- Buck- Str.2
01097 Dresden
www.smwa.sachsen.de

Verfasser des Gutachtens

Professor Dr. Frank Bayreuther
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht der Universität Passau

Redaktionsschluss: Mai 2019

Verteilerhinweis

Diese Informationsschrift wird von der Sächsischen Staatsregierung im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von deren Kandidaten oder Helfern im Zeitraum von sechs Monaten vor einer Wahl zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für alle Wahlen.

Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist auch die Weitergabe an Dritte zur Verwendung bei der Wahlwerbung.

Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die vorliegende Druckschrift nicht so verwendet werden, dass dies als Parteinahme des Herausgebers zu Gunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte.

Diese Beschränkungen gelten unabhängig vom Vertriebsweg, also unabhängig davon, auf welchem Wege und in welcher Anzahl diese Informationsschrift dem Empfänger zugegangen ist. Erlaubt ist jedoch den Parteien, diese Informationsschrift zur Unterrichtung ihrer Mitglieder zu verwenden.

Copyright

Diese Veröffentlichung ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, auch die des Nachdruckes von Auszügen und der fotomechanischen Wiedergabe, sind dem Herausgeber vorbehalten.