

**Arbeitsrechtsfragen bei Crowdfunding
und Plattformarbeit**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 50

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

**Arbeitsrechtsfragen bei Crowdfunding
und Plattformarbeit**

12. ZAAR-Tagung
Hamburg, 21. Oktober 2022



ZAAR Verlag München 2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-45-9

Vorwort

Der digitale Wandel, der durch die Covid 19-Pandemie beschleunigt wird, begünstigt Veränderungen, die sich auf den Arbeitsmarkt und die Systeme der sozialen Sicherung auswirken. Digitale Arbeitsplattformen – nach EU-Definition Unternehmen, die Dienstleistungen zumindest teilweise auf elektronischem Wege bereitstellen – sind integraler Bestandteil dieses Wandels. In der EU arbeiten für sie nach offizieller Schätzung rund 30 bis 40 Millionen Menschen, zum Teil in der interaktiven, wettbewerbsorientierten Form des Crowdfunding (Crowdsourcing).

In der Plattformökonomie besteht die Gefahr, dass der Unternehmer andere – zum Teil in Erfüllung einfacher Tätigkeiten und/oder in prekärer Lage – für sich arbeiten lässt, ohne Arbeitgeberverantwortung übernehmen zu wollen, und die Gewinne der Tätigkeit abschöpft, aber für die Daseinsvorsorge bei Krankheit und im Alter die Allgemeinheit in Gestalt der Beitragszahler oder des Staates aufkommen lässt. Daher beschäftigt die Plattformarbeit in vielen Staaten der Welt die Gerichte.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich die 12. ZAAR-Tagung im ersten Teil mit dem geltenden deutschen Recht, geprägt unter anderem von den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers und zur Bereitstellung von Arbeitsmitteln. Im zweiten Teil geht es um den Vorschlag für eine EU-Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit. Auch hier wird zunächst der Beschäftigungsstatus erörtert und anschließend ein Ausschnitt aus den Rechten und Pflichten der Beteiligten, wie sie sich die Europäische Kommission vorstellt.

Hamburg, im Oktober 2022

Professor Dr. Richard Giesen (ZAAR)

Professor Dr. Matthias Jacobs (BLS)

Professor Dr. Abbo Junker (ZAAR)

Professor Dr. Volker Rieble (ZAAR)

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Raimund Waltermann</i>	
Arbeitnehmerstatus bei Plattformarbeit und seine Folgen	15
Diskussion	38
 <i>Steffen Klumpp</i>	
Arbeitgeber- und Arbeitnehmerpflichten bei neuen Arbeitsformen	41
Diskussion	68
 <i>Claudia Schubert</i>	
Richtlinienvorschlag Plattformarbeit: Anwendungsbereich und Beschäftigungsstatus	69
Diskussion	90
 <i>Jan Alexander Daum</i>	
Richtlinienvorschlag Plattformarbeit: Algorithmisches Management und Überwachung durch automatisierte Systeme	91
Diskussion	127

Autoren

Jan Alexander Daum, Dr. iur., Akademischer Rat a.Z. an der Universität zu Köln

Steffen Klumpp, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Erlangen-Nürnberg

Claudia Schubert, Dr. iur., M.jur (Oxon), ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Hamburg

Raimund Waltermann, Dr. iur., Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der Universität Bonn

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort	BGH.....	Bundesgerichtshof
Abl. EU.....	Amtsblatt der Europäischen Union	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Abs.	Absatz, Absätze	BKartA.....	Bundeskartellamt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BLS	Bucerius Law School
a.F.	alte Fassung	BT-Drs.....	Bundestags-Drucksache
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
Anh.	Anhang	BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Anm.	Anmerkung	bzgl.	bezüglich
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	bzw.	beziehungsweise
ArbRAktuell ...	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)	CR.....	Computer und Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel	DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Aufl.....	Auflage	ders.....	derselbe
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	dies.	dieselbe, dieselben
BAG	Bundesarbeitsgericht	DJT.....	Deutscher Juristentag
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	ELLJ	European Labour Law Journal
Bd.	Band, Bände	etc.	et cetera
BeckOGK	beck-online. GROSSKOMMENTAR	EU	Europäische Union
BeckOK.....	Beck'sche Online-Kommentare	EuGH.....	Europäischer Gerichtshof
BeckRS	Beck-Rechtsprechung	EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	f., ff.	folgende
BGBI.	Bundesgesetzblatt	FDP	Freie Demokratische Partei

Fn.....	Fußnote, Fußnoten	NJW-RR.....	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
GewO	Gewerbeordnung	Nr.....	Nummer, Nummern
GG.....	Grundgesetz	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GKV-VEG.....	Versichertenentlastungsgesetz	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
GPR.....	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union	NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
GRC.....	Grundrechtecharta	RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
GS	Großer Senat	RDi.....	Recht Digital (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber	RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
ILJ.....	Industrial Law Journal	RL	Richtlinie
ILLeJ.....	Italien Labour Law e-Journal	Rn.	Randnummer, Randnummern
insb.	insbesondere	S.....	Seite, Seiten
InTeR.....	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht	s.....	siehe
jM.....	Die Monatsschrift	SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
JZ.....	Juristenzeitung	SGB	Sozialgesetzbuch
KG.....	Kammergericht	SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
LAG.....	Landesarbeitsgericht	sog.....	sogenannte, sogenannte, sogenannten
lit.....	littera	SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
LM.....	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung	SR.....	Soziales Recht (Zeitschrift)
LSG	Landessozialgericht	TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
MMR.....	Multimedia und Recht (ZS)		
mwN.....	mit weiteren Nachweisen		
Nachw.	Nachweise		
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)		

u.a.....	und andere	ZEuP.....	Zeitschrift für Eu- ropäisches Privat- recht
VersR.....	Versicherungs- recht (Zeitschrift)	ZfA/ZFA.....	Zeitschrift für Ar- beitsrecht
vgl.....	vergleiche	ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
vs.	versus	ZPO.....	Zivilprozessord- nung
VSSAR.....	Vierteljahres- schrift für Sozial- und Arbeitsrecht	ZTR.....	Zeitschrift für Ta- rifrecht
ZAAR.....	Zentrum für Ar- beitsbeziehungen und Arbeitsrecht	ZZP.....	Zeitschrift für Zi- vilprozess
z.B.	zum Beispiel		
ZD.....	Zeitschrift für Da- tenschutz		
ZESAR.....	Zeitschrift für das europäische Sozi- al- und Arbeits- recht		

Arbeitnehmerstatus bei Plattformarbeit und seine Folgen

Raimund Waltermann

Seite

I. Ausgangspunkt: Ausrichtung des sozialstaatlichen Schutzes in Deutschland.....	17
1. Sozialrecht.....	17
2. Arbeitsrecht.....	18
3. Fazit	19
II. Neue Arbeitsformen durch Digitalisierung.....	19
III. Rückblick: Ein-Personen-Unternehmer.....	20
IV. Koalitionsvertrag: Altersvorsorgepflicht Kleiner Selbständiger	22
V. Rechtsfragen und Gestaltungsfragen im Arbeitsrecht	23
1. Rechtsprechung und Gesetzgebung	23
2. Heimarbeit und Arbeitnehmerähnliche Selbständige: Systematische Erweiterung	23
3. Punktuelle Einbeziehung bei Schutzbedarf	24
VI. BAG 1.12. 2020 – Crowdwork und Arbeitsverhältnis.....	25
1. Der Fall.....	26
2. Bundesarbeitsgericht: Arbeitsverhältnis	26
VII. Der Begriff des Arbeitsvertrags gemäß § 611a Abs. 1 BGB	26
1. Gesetzesbegründung und Auslegung durch die Gerichte	26
2. Typologische Methode	27
3. Die Bedeutung des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB.....	27
a) Auslegung nach allgemeinen Regeln	28
b) Ergänzung der allgemeinen Regeln durch Gesetz	29
c) Folgerungen	29
VIII. Die Bedeutung der Arbeitspflicht	30
1. Die Kritik der Crowdwork-Entscheidung	30
2. Von vornherein vereinbarte generelle Arbeitspflicht erforderlich?.....	31
3. Die Gesamtbetrachtung des BAG.....	32
a) Arbeitspflicht durch Übernahme einzelner Aufträge	33
b) Verklammerung einzelner Aufträge.....	33

c) Vorteile von Crowdwork- und Nullstundenverträgen für Arbeitgeber	34
d) Die Entscheidungsgründe des BAG.....	34
IX. Seitenblick auf andere Rechtsordnungen	35
X. Ausblick: Quellenbeitrag bei Kleiner Selbständigkeit.....	36
Diskussion	38

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit* (München 2023), S. 15-37

I. Ausgangspunkt: Ausrichtung des sozialstaatlichen Schutzes in Deutschland

Mehr als in anderen Rechtsordnungen ist der Schutz des Arbeitsrechts und der Schutz durch die Sozialversicherung in Deutschland auf die unselbständige Arbeit ausgerichtet.

1. Sozialrecht

Ein wenig grob zusammengefasst kann man im Hinblick auf das Sozialrecht sagen: Der Schutz durch die Sozialversicherung hat bis heute trotz aller Veränderungen der Arbeitsbeziehungen die grundsätzliche Ausrichtung der *Bismarckschen* Sozialversicherungsgesetze beibehalten. Die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung ist im sozialversicherungsrechtlichen Grundfall in Entstehung und Fortbestand an die Beschäftigung in abhängiger Arbeit angeknüpft (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 Nr. 1 SGB VI, § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 25 Abs. 1 SGB III). Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV „die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Arbeitsverhältnis und Beschäftigung sind, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt, weitestgehend deckungsgleich.

Der Begriff der Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV), dessen sozialversicherungsrechtliche Voraussetzungen in aller Regel erfüllt sind, wenn ein Arbeitsverhältnis gemäß § 611a Abs. 1 BGB gegeben ist, ist die Eintrittskarte in den Vollschutz des Sozialversicherungsrechts. Selbständige sind im Grundsatz von der sozialrechtlichen Versicherungspflicht nicht erfasst.

Im Einzelnen sind Selbständige

- von Ausnahmen abgesehen nicht automatisch unfallversichert,
- von seltenen Ausnahmen abgesehen nicht gegen Arbeitslosigkeit abgesichert,
- nur zum Teil – historisch zwischen 1922 und 1999 ohne Konzept gewachsen und unsystematisch sowie inhaltlich nicht überzeugend gestaltet – in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert (nach Maßgabe von § 2 S. 1 Nr. 1-9 SGB VI).

Im Hinblick auf das Risiko der Krankheit besteht, 2007 normiert¹, eine flächendeckende Versicherungspflicht,

- entweder gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V für Personen, die keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben und die zuletzt gesetzlich krankenversichert waren oder die bisher

1 BGBI. 2007, I Nr. 11, S. 2673; BGBI. 2007, I Nr. 59, S. 378.

nicht gesetzlich oder privat krankenversichert waren, in der gesetzlichen Krankenversicherung (sog. Auffangversicherung),

- oder, wenn jemand nicht zu dem von § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V erfassten Personenkreis gehört, nach Maßgabe von § 193 Abs. 3 VVG bei einem privaten Versicherer.

In den Schutz der Pflegeversicherung sind gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 SGB XI kraft Gesetzes alle einbezogen,

- die in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert oder freiwillig versichert sind;
- wer in einer privaten Krankenversicherung versichert ist, muss eine private Pflegeversicherung abschließen (§§ 1 Abs. 2 S. 2, 23 Abs. 1 S. 1 SGB XI).

Die Kosten der Absicherung für die Risiken der Krankheit und Pflegebedürftigkeit und die Kosten der Altersvorsorge werden von den Selbständigen getragen. Ein beachtlicher Missstand liegt dabei darin, dass in der gesetzlichen Krankenversicherung der im Wesentlichen auf die Kleine Selbständigkeit zurückgehende² Beitragsrückstand der Selbstzahler im August 2018 bei neun Milliarden Euro³ lag. Die Bundesregierung hat daraufhin die Berechnungsgrundlage für die Beitragsbemessung mehr als halbiert.⁴ Darin liegt eine Subvention.

2. Arbeitsrecht

Auch der Schutz des Arbeitsrechts bleibt im Wesentlichen auf das Arbeitsverhältnis ausgerichtet, wenn auch seit den 1970er Jahren Arbeitnehmerähnliche Selbständige in den arbeitsrechtlichen Schutz in einigen Hinsichten einbezogen sind (vgl. z. B. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 S. 2 BUrlG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 221 Abs. 1, 3 SGB IX, § 12a TVG) und später arbeitsrechtliche Gesetze wie das AGG, (siehe § 6 Abs. 1 AGG, ferner § 7 Abs. 1 PflegeZG, § 2 Abs. 2 ArbSchG, § 26 Abs. 8 BDSG, § 3 Nr. 12 GenDG) den gegenüber dem Arbeitsverhältnis weiteren Begriff der Beschäftigten als allgemeinen Anknüpfungspunkt wählen. Älter ist der Schutz Selbständiger nach dem Heimarbeitsrecht. Heimarbeit war über Jahrhunderte ein Hauptmodell der Arbeit, in vorindustrieller Zeit, aber auch danach. Das Heimarbeitsgesetz enthält jenseits des Arbeitsverhältnisses für diesen Bereich der Kleinen Selbständigkeit eine spezielle und detaillierte Gesetzes-

² Vgl. *Schlegel*, NZS 2022, 681. Eingehend *Schumann*, NZS 2018, 721 ff.

³ Vgl. Bundesversicherungsamt, Beitragsaufkommen und -rückstände, 27.09.2018, abrufbar unter Bundesversicherungsamt.de. Die Beitragsschulden hatten 2011 noch eine Milliarde Euro betragen.

⁴ Siehe GKV-Versichertenentlastungsgesetz – GKV-VEG, BGBl. I, S. 2387 ff.

regelung. Wer heute „Heimarbeit“ googelt, findet mit der Digitalisierung verbundene Angebote: „Schnell Geld verdienen von Zuhause aus“; „Online-Umfragen zu 15 Euro pro Umfrage“; „Gut verdienen von zu Hause aus mit Produkttests, Website Tests und App Tests“ oder: „Datenerfassung (Adressen, Mitgliederdaten etc.) als Heimarbeit“.

3. Fazit

Kurz zusammengefasst: In Deutschland knüpfen der arbeitsrechtliche und der sozialversicherungsrechtliche Vollschutz auch in der digitalisierten Arbeitswelt mit großer Praxisbedeutung an die Beschäftigung auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses an. Historisches Leitbild sind der Fabrikarbeiter und auch bereits die Büroangestellten früherer Zeiten. Im Hintergrund steht die Annahme, dass Selbständige aus eigener Kraft vorsorgen können.⁵ Diese beibehaltene Ausrichtung gilt auch für Plattformarbeit, die Frage, ob das so bleiben kann, hat aber nicht erst durch das Phänomen der Plattformarbeit Bedeutung erlangt. Die Fokussierung des sozialen Schutzes auf Arbeitsverhältnis und Beschäftigung in Deutschland berücksichtigt nicht, dass heute so gut wie jede Arbeitstätigkeit sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch in Selbständigkeit verrichtet werden kann. Die Schutzgründe des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung sind über die abhängige Arbeit längst hinausgewachsen.

In vielen anderen Rechtsordnungen ist das hauptsächliche Modell der sozialrechtlichen Sicherung nicht so weitgehend an das Arbeitsverhältnis angeknüpft. Die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit hat dann in der Praxis weniger Bedeutung, vor allem, weil betriebswirtschaftliche Kostenunterschiede durch die Sozialversicherung eine geringere Rolle spielen. Diese Kostenunterschiede prägen in Deutschland die Vertragsgestaltung mit ihrer Tendenz, dem Arbeitsverhältnis auszuweichen.

II. Neue Arbeitsformen durch Digitalisierung

Die neuen digitalen Arbeitsformen verstärken nochmals die Notwendigkeit und Dringlichkeit, das deutsche System des sozialstaatlichen Schutzes anzupassen.⁶ Als neue Arbeitsformen sollen im Folgenden, der arbeits- und sozialrechtlichen Diskussion entsprechend⁷, zwei mit der Digitalisie-

5 Zu neuer (Kleiner) Selbständigkeit im Sozialrecht *Ruland*, NZS 2019, 681 ff.

6 Siehe zuletzt *Schlegel*, NZS 2022, 681 ff. Auf europäischer Ebene Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, KOM (2021) 762 final, 9.12.2021.

7 Mitteilung der Europäischen Kommission zu einer „Agenda für die kollaborative Wirtschaft“, KOM (2016) 356 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Euro-

zung verbundene Arbeitsweisen im Fokus stehen: Zum einen und vor allem die durch digitale Plattformen angebotenen oder vermittelten analogen Tätigkeiten; einen Fall dieses Typs hat dem BAG in seiner Crowdwork-Entscheidung vom 1. Dezember 2020 vorgelegen. Es geht in der Praxis um über Plattformen angebotene oder vermittelte – analoge – Fahrdienste, Lieferdienste, Reinigungsdienste oder, wie in dem Crowdwork-Fall des BAG, Kontrollarbeiten. Die in diesem Rechtsschritt Beklagte hatte es im Auftrag eines Vertragspartners übernommen, die Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und an Tankstellen zu kontrollieren. Diese Kontrolltätigkeit ließ sie durch Crowdworker ausführen (einer von ihnen war der Kläger), denen sie die „Mikro-Jobs“ über eine Internetplattform anbot. Bei dem gegenwärtig (noch) seltener vorkommenden⁸ zweiten Typus handelt es sich um digital ausgeführte Tätigkeiten. Digital ausgeführte Tätigkeiten können an jedem Platz der Welt vorgenommen werden, natürlich auch von Zuhause aus.

III. Rückblick: Ein-Personen-Unternehmer

Die Ausrichtung des deutschen Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis und die sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung wirft nicht erst durch die Digitalisierung Fragen auf. Schon bevor die Digitalisierung der Arbeitswelt sich abzeichnete, konnte man eine größer werdende Zahl derjenigen Erwerbstätigen beobachten, die als *Own-Account-Worker*,⁹ als Ein-Personen-Unternehmer, keinen offenen Kundenkreis (wie etwa selbständige Taxifahrer) haben, sondern die in ihrer Selbständigkeit primär für einen oder zwei Auftraggeber tätig sind. Diese Kleinen Selbständigen halten sich einem oder zwei Auftraggebern in ähnlicher Weise zur Verfügung wie Arbeitnehmer, sie erfüllen jedoch nicht die Voraussetzungen des § 611a Abs. 1 BGB im Hinblick auf Weisungsbindung und Fremdbestimmung. Dasselbe gilt, nicht unbedingt vollkommen deckungsgleich, für die Voraussetzungen des sozialversicherungsrechtlichen Begriffs der Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV).

Der Schutz der Kleinen Selbständigkeit ist, wie in der Corona-Pandemie auch breiten Kreisen deutlich wurde, in Deutschland, vor allem im Sozialrecht, unterentwickelt. Das gilt insbesondere für die Altersvorsorge. 1999

päischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, KOM (2021) 762 final, 9.12.2021; Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Weißbuch Arbeiten 4.0, 2016. Überblick auch bei Mecke, SGB 2016, 481, 482.

8 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, KOM (2021) 762 final, 9.12.2021, S. 15.

9 Instrukтив *Rebhahn*, RdA 2009, 154, 163 ff.; *ders.*, RdA 2009, 236, 241 f.

hat der Gesetzgeber mit § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI diejenigen Kleinen Selbständigen in die Pflichtversicherung einbezogen, die (kumulativ) (a) im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und (b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber zuständig sind. Das erfasst nur einen Teil der Kleinen Selbständigkeit, nämlich nur die nicht marktorientierten Kleinen Selbständigen, die im Wesentlichen auf einen Auftraggeber ausgerichtet sind. Bei Plattformarbeit ist diese Bestimmung regelmäßig nicht einschlägig.

Aus dem Personenkreis der Kleinen Selbständigen wird mangels ausreichender Vorsorge in Zukunft eine erhebliche Zahl im Alter hilfebedürftig sein und Ansprüche auf die aus dem Steueraufkommen der Jungen aufzubringende Mindestexistenzsicherung haben. Das Problem mangelnder Altersvorsorge Kleiner Selbständiger müsste im Interesse der Gesellschaft, konkret: der wirtschaftlichen Spielräume der zahlenmäßig kleineren nächsten Generation, schon lange gelöst sein.

Durch die Digitalisierung der Arbeitswelt wird die Lösung nochmals dringlicher. In den geringeren betriebswirtschaftlichen Kosten, die bei einer Auslagerung in die freie Mitarbeit durch Kleine Selbständige anfallen, liegt der hauptsächliche Grund für die Vermeidung des Arbeitsverhältnisses, auf die seit Jahren auch Arbeitgeber der öffentlichen Hand stark ausgeprägt zurückgreifen. Beispielhaft dafür ist ein vom BAG 2017 entschiedener Fall. Eine bei einem Land als öffentlichem Arbeitgeber beschäftigte Musikschullehrerin erhielt neben ihrer halben Stelle im Arbeitsverhältnis weitere Aufträge auf der Grundlage einer nach dem Vertragstext auf Selbständigkeit abzielenden Honorarvereinbarung bei derselben Musikschule. Das BAG hat dies als freie Mitarbeit eingestuft.¹⁰ Der Fehlanreiz, welcher in diesem Fall die öffentliche Hand zu der „hybriden“ Vertragsgestaltung animiert hat, liegt in erster Linie im Sozialrecht. Das Land kann bei Honorarkräften Kosten sparen, die dann zum Teil in das Steueraufkommen der nächsten Generation weitergereicht werden. Mit dem Schutz des Arbeitsrechts verbundene Kosten (wie Entgeltfortzahlung, Mindestlohn) kommen bei der Kalkulation hinzu.

Ein Unterschied zu den traditionellen Fällen der Ein-Personen-Unternehmer liegt darin, dass digital vermittelte und digital ausgeführte Tätigkeiten nicht typischerweise auf einen oder zwei Auftraggeber bezogen sind. Hier hat die Digitalisierung Abläufe verändert.

10 BAG 27.06.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 ff.

IV. Koalitionsvertrag: Altersvorsorgepflicht Kleiner Selbständiger

Im Sozialrecht ist vor allem eine Frage seit geraumer Zeit akut:¹¹ Der Koalitionsvertrag auch der neuen Bundesregierung sieht vor, dass die Kleinen Selbständigen in die verpflichtende Rentenversicherung einbezogen werden sollen, aber nicht ohne weiteres: Sie sollten die Wahl haben, ob sie alternative Wege der Vorsorge bei privaten Versicherern einschlagen oder gesetzlich versichert sein möchten („Opt-Out-Gestaltung“)¹².

Ausgerechnet diejenigen, die signifikant geringe Erträge erwirtschaften und deren labile wirtschaftliche Situation die Corona-Pandemie vertieft hat, sollen also eine Wahlmöglichkeit bekommen, die man Angehörigen der verkammerten freien Berufe (Rechtsanwälten, Ärzten, etc.) nicht gewährt.

Die – erneut – angestrebte Zweigleisigkeit macht die Sache kompliziert, weil Übergänge gestaltet werden müssen.¹³ Deshalb ist die Verwirklichung in vergangenen Legislaturperioden mehrfach gescheitert. Man darf gespannt sein, wie erfolgreich die Ampel-Koalition mit diesem Vorhaben umgehen wird. Es ist nicht ausgeschlossen, dass angesichts der mit der „Opt-Out“-Variante verbundenen beträchtlichen Gestaltungsschwierigkeiten das seit langem dringliche Vorhaben erneut scheitern wird. In meiner Bewertung überlagern in dieser Frage interessenpolitische Präferenzen und politische Rücksichtnahmen die nüchterne Orientierung an den Sachfragen. Es ist auch wenig überzeugend, wenn man ohne einen triftigen Grund die im internationalen Vergleich ohnehin zersiedelte Landschaft der deutschen sozialen Vorsorge noch weiter vereinzeln wollte. Die Einbeziehung in die gesetzliche Rentenversicherung würde die Betroffenen in das bestehende Hauptmodell einbinden und einen Flickenteppich vermeiden. Es geht auch nicht darum, wie Selbständige zu einer ihren Präferenzen folgenden Altersvorsorge kommen könnten, sondern wesentlich darum, die Allgemeinheit der Zukunft vor den Folgen mangelnder Risikoversorge der Kleinen Selbständigkeit zu schützen. Es stellt sich im Übrigen die Rechtsfrage, ob nicht die Einräumung einer Opt-Out-Möglichkeit für Selbständige bei der Rentenversicherungspflicht gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen würde. Weshalb sollten Kleine Selbständige eine Wahlfreiheit zwischen gesetzlicher und privater

11 Überblick über die Debatte im Vorfeld des Deutschen Juristentags 2020/2022 bei *Steinmeyer*, NZS 2021, 617, 619 ff.; *Roßbach*, NZS 2021, 624, 625 f.; *von Koppenfels-Spies*, NZS 2021, 632, 634 ff.

12 Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, S. 59.

13 Näher *Waltermann*, SGB 2017, 425 ff.

Altersvorsorge bekommen dürfen, wenn diese Wahlfreiheit den abhängig Beschäftigten nicht gewährt wird?

V. Rechtsfragen und Gestaltungsfragen im Arbeitsrecht

Der skizzierte Befund führt auch im Arbeitsrecht zu Rechtsfragen und zu Gestaltungsfragen.¹⁴

1. Rechtsprechung und Gesetzgebung

Die Rechtsprechung steht vor der Aufgabe, die mit neuen, insbesondere durch die Digitalisierung hervorgebrachten Arbeitsformen verbundenen Gestaltungen in der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit vorhersehbar zu bewältigen. Ein erster Fall in der Arbeitsgerichtsbarkeit war der genannte Crowdwork-Fall des BAG¹⁵, auf den ich zu sprechen komme.

Über diese Abgrenzungsfragen hinaus, die der Rechtsprechung aufgegeben sind, stellen sich Fragen an die Gesamtkonzeption des sozialstaatlichen Schutzes im deutschen Arbeitsrecht und Sozialrecht. Das liegt im Aufgabenbereich des Gesetzgebers. Zunächst kurz zu Letzterem (nicht zu Einzelheiten, sondern zu möglichen Wegen, die man einschlagen könnte).

2. Heimarbeit und Arbeitnehmerähnliche Selbständige: Systematische Erweiterung

Schon nach geltendem Recht kann der arbeits- und sozialrechtliche Schutzbedarf Kleiner Selbständigkeit in bestimmten Fällen durch das Heimarbeitsrecht sozialrechtlich ganz (Heimarbeiter gelten gemäß § 12 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigte im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV) und arbeitsrechtlich in manchen Hinsichten vermittelt werden¹⁶ (auf die Arbeitsform zugeschnittener begrenzter Schutz). Das Sozialrecht löst im Bereich der Heimarbeit die Schutzfrage also systematisch, indem es für diesen Bereich die Selbständigen zu Beschäftigten macht. Dem könnte man auch in anderen Bereichen folgen.

Arbeitsrechtlich kann in meiner Bewertung von zu Hause (oder einem anderen Arbeitsplatz) aus verrichtete digitale oder analoge Plattformarbeit

14 Zum Ganzen *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Verh. d. 71. DJT 2016, Gutachten B.

15 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NJW 2021, 1551 ff.

16 Siehe stellvertretend BAG 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244, 246 ff.; *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2017, S. 107 ff.; *Preis*, SR 2017, 173 ff.

auch nach geltendem Recht Heimarbeit sein.¹⁷ Dass es zweckmäßig sein könnte, das auf althergebrachte Arbeitsformen zugeschnittene Recht der Heimarbeit an die neuen (digitalen) Arbeitsformen anzupassen oder ein systematisch auf digitale Arbeitsformen zugeschnittenes vergleichbares arbeitsrechtliches Gesetzeswerk zu schaffen, nehme ich nicht an. Das wäre in der Gestaltung zum einen komplex und kompliziert und zum anderen in den politischen Abläufen schwer zu bewältigen. Es muss zudem die Kleine Selbständigkeit insgesamt in den Blick genommen werden, nicht nur mit der Digitalisierung verbundene Arbeitsformen.

Man könnte, zweitens, bei der Arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit ansetzen.¹⁸ Arbeitnehmerähnliche Selbständige sind im Arbeitsrecht in einigen Hinsichten geschützt, auch im Tarifrecht (§ 12a TVG). Im Rentenversicherungsrecht ist dieser Personenkreis durch § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI in einigen Hinsichten (unvollständig) erfasst. In der bisherigen gesetzlichen Gestalt passt die Kategorie der Arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit allerdings nicht zu den neuen (digitalen) Arbeitsformen. Wie etwa § 12a TVG zeigt, ist die Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit bisher gerade dann in den Schutz des Arbeitsrechts einbezogen, wenn sie auf einen oder zwei Auftraggeber ausgerichtet ist. Das macht in den traditionellen Fällen die Arbeitnehmerähnlichkeit aus. Bei digitalen Arbeitsformen passt das nicht, weil Plattformarbeit typischerweise nicht auf einen oder zwei Anbieter ausgerichtet ist. Man sollte die Komposition der Arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit auf den Prüfstand stellen. Insbesondere betrifft das auch § 12a TVG¹⁹.

3. Punktuelle Einbeziehung bei Schutzbedarf

Schließlich findet sich im Arbeitsrecht, vor allem in neueren und unionsrechtlich beeinflussten Gesetzen, die Anknüpfung an den Begriff der „Beschäftigten“, z.B. in § 6 Abs. 1 AGG, § 7 Abs. 1 PflegeZG, § 2 Abs. 2 ArbSchG, § 26 Abs. 8 BDSG, zum Teil sind weitere Personenkreise einbezogen z.B. im MuSchG auch Schülerinnen und Studentinnen (§ 1 Abs. 2 Nr. 8 MuSchG). In meiner Bewertung liegt in derartiger punktueller Ausweitung des arbeitsrechtlichen Schutzes da, wo er richtig erscheint, der – auch politisch umsetzbare – Weg, um Schutzlücken im Arbeitsrecht zu schlie-

17 Ebenso *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 218, S. 110 ff.; *Pacha*, Crowdwork – Arbeitsrechtlicher Schutz einer neuen Beschäftigungsform, 2018, S. 206 ff.; *Waltermann*, RdA 2019, 94, 98.

18 *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, 2018, S. 14 f.; *C. Schubert*, RdA 2018, 200 ff.

19 Näher zu dem hier vertretenen Standpunkt zu § 12a TVG *Waltermann*, Festschrift Moll, 2019, S. 727 f.

ßen.²⁰ Eine systematische Lösung, wie sie in der Heimarbeit zu finden ist, ist in den politischen Abläufen sehr viel schwerer zu bewältigen.

VI. BAG 1.12.2020 – Crowdwork und Arbeitsverhältnis

Kommen wir zur Rechtsanwendung. Welche Reichweite das seit 2017 gesetzlich erfasste Arbeitsverhältnis bei neuen digital vermittelten Arbeitsformen *de lege lata* haben kann, zeigt das Urteil des BAG vom 1. Dezember 2020.²¹ Das Urteil ist nicht auf den Einzelfall bezogen, sondern in meiner Bewertung als Grundsatzurteil zu § 611a Abs. 1 BGB einzuordnen.²²

Verständliche Folge der Entscheidung ist die Anpassung der Vertragsgestaltung durch die Crowdsourcer, wie dies in der Beratungspraxis auch empfohlen wird.²³ Es ist möglich, Crowdwork auch anders zu gestalten als in dem entschiedenen Fall, mit dem Ziel, den Bindungen des Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts auszuweichen. Der Blick bleibt deshalb, trotz des Urteils, auch auf den Gesetzgeber gerichtet, der vor allem im Sozialrecht Sicherungslücken, nicht nur im Interesse der Einzelnen, sondern auch zum Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder (Alters-)Vorsorge, insbesondere mangelnder Altersvorsorge Einzelner, schließen sollte. Im Sozialrecht liegt, was die deutsche Rechtssituation angeht, der hauptsächliche Schlüssel. Die Verwirklichung der Absicht des Koalitionsvertrags, alle Kleinen Selbständigen in die Pflichtaltersvorsorge einzubeziehen, wäre dazu ein wesentlicher Schritt. Die Verwirklichung würde in der ökonomischen Auswirkung Kalkulationsunterschiede zwischen dem Arbeitsverhältnis und Kleiner Selbständigkeit mit Rückwirkung auf die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitsverhältnisses ebnen. Ökonomische Anreiz- und Fehlanreizwirkungen sind im Spannungsfeld von Arbeitsrecht und Sozialrecht zahlreich²⁴. Das müsste in Deutschland mehr beachtet werden.

20 Waltermann, RdA 2019, 94, 96 ff.

21 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NJW 2021, 1551. Vorgehend LAG München 4.12.2019 – 8 Sa 146/19, NZA 2020, 316. Zustimmend z.B. Deinert, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; Junker, JZ 2021, 519 ff.; Martina, NZA 2021, 616 ff.; Waltermann, NJW 2022, 1129 ff.; Warter/Gruber-Risak, AuR 2021, 331 ff. Ablehnend bzw. kritisch z.B. Reiserer/Lachmann, Betriebs-Berater (BB) 2021, 1972 ff.; Sittard/Pant, jM 2021, 416 ff.; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 231 ff.; Wisskirchen/Haupt, RdA 2021, 355 ff.

22 Junker, Anm. JZ 2021, 519, 520.

23 Siehe stellvertretend Reiserer/Lachmann, BB 2021, 1972; Sittard/Pant, jM 2021, 416, 421 f.

24 Näher zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, jM 2017, 21 ff.

1. Der Fall

In dem entschiedenen Fall hatte der Kläger in einem Zeitraum von elf Monaten für die Beklagte knapp 3000 Einzelaufträge ausgeführt, bevor die Beklagte ihm „zur Vermeidung künftiger Unstimmigkeiten“ keine weiteren Aufträge mehr anbieten wollte. Wie war das Rechtsverhältnis ausgestaltet: Jeder Nutzer der Plattform konnte über einen persönlich eingerichteten Account auf bestimmte Verkaufsstellen bezogene Kontrollaufträge annehmen, ohne dazu jedoch nach dem geschlossenen Rahmenvertrag verpflichtet zu sein. Wer einen Auftrag übernahm, musste diesen regelmäßig innerhalb von zwei Stunden nach detaillierten Vorgaben erledigen. Für erledigte Aufträge wurden auf einem Nutzerkonto Erfahrungspunkte gutgeschrieben. Das System erhöhte mit der Anzahl erledigter Aufträge das Level und gestattete die gleichzeitige Annahme mehrerer Aufträge.

2. Bundesarbeitsgericht: Arbeitsverhältnis

Das BAG hat die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers bejaht und dies im Wesentlichen damit begründet, dass die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spreche.²⁵

VII. Der Begriff des Arbeitsvertrags gemäß § 611a Abs. 1 BGB²⁶

1. Gesetzesbegründung und Auslegung durch die Gerichte

Der Begriff des Arbeitsvertrags gemäß § 611a Abs. 1 BGB soll ausweislich der Gesetzesbegründung anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzlich niederlegen, wer auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt ist. Der Gesetzgeber spricht in den Materialien im Zusammenhang mit dem Erfüllungsaufwand von einer 1:1-Kodifizierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche die Rechtslage unverändert lasse.²⁷

Dass § 611a Abs. 1 BGB die Auslegungsmaßstäbe der Rechtsprechung abbilden soll, ändert nichts daran, dass das Gesetz den Arbeitsgerichten weiterhin die Möglichkeit eröffnet, Entwicklungen abzubilden.²⁸ Das hat im

25 In der Tendenz ebenso z.B. *Deinert*, Anm. AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132; *Junker*, Anm. JZ 2021, 519, 522; *Martina*, NZA 2021, 616 ff.; *Waltermann*, Festschrift 40 Jahre Landesarbeitsgericht Köln, 2022, S. 4 und NJW 2022, 1129 ff.; *Warter/Gruber-Risak*, AuR 2021, 331 ff. Ablehnend z.B. *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231 ff.

26 Die Ausführungen beruhen auf den Darlegungen bei *Waltermann*, NZA 2021, 297 ff. und *ders.*, NJW 2022, 1129 ff.

27 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 4, 18.

28 *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 8, 13; *Rinck*, RdA 2019, 127 ff., *Roloff*, Festschrift Preis, 2021, S. 1087 ff.;

Hinblick auf die Digitalisierung der Arbeitswelt Bedeutung, weil die traditionellen Bezugspunkte des Weisungsrechts (Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit) an kennzeichnender Kraft weiter verlieren werden. Das wusste man auch 2016 und 2017. Das Urteil des BAG vom 1.12.2020 schreitet in diesem Sinn auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung mit Bezug auf die besonderen Verhältnisse digital vermittelter und gesteuerter Tätigkeiten voran. Die Auslegung kann in der Tat nicht im Zurückliegenden verhaftet bleiben.

2. Typologische Methode

§ 611a Abs. 1 BGB folgt der typologischen Methode.²⁹ Die rechtlichen Maßstäbe sind in § 611a Abs. 1 BGB nur konturiert, sie lassen sich nicht im Weg einer konkretisierenden Definition gewinnen. Aufgegeben ist durch § 611a Abs. 1 BGB eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB). Dabei kommt es, wenn sich Vertragstext und tatsächliche Durchführung widersprechen, nicht auf die Bezeichnung im Vertragstext, sondern darauf an, wie sich das Rechtsverhältnis unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls in seiner Durchführung zeigt. Das ist seit 2017 gesetzlich geregelt (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB), in diesem Sinn ist die Rechtsprechung von jeher verfahren.

3. Die Bedeutung des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB

§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB hat für die Bestimmung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, eine in meiner Sicht noch nicht vollkommen herausgearbeitete wesentliche Bedeutung³⁰. Lässt sich dieser Satz 6 mit den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre des Bürgerlichen Rechts in Einklang bringen? In dem Crowdwork-Fall war die Rahmenvereinbarung in ihrem Text eindeutig auf die Selbständigkeit der Kontrolleure ausgelegt. Darauf war das Geschäftsmodell der beklagten Plattform ausgerichtet.

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird verbreitet das in einem (vorformulierten) Vertragstext (oft ist das die Rahmenvereinbarung) zu Papier Gebrachte mit dem Vereinbarten ohne weiteres gleichgesetzt. Man spricht auf der Grundlage dieses Verständnisses davon, § 611a Abs. 1 S. 6 BGB reagiere auf eine mögliche Abweichung zwischen vertraglicher Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung. Auch wer § 611a Abs. 1 S. 6 BGB mit der

Waltermann, NZA 2021, 297, 298. Anders Henssler, Festschrift Preis, 2021, S. 433.

29 Vgl. BVerfG 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063; Junker, Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2021, S. 52; zum hier zugrunde gelegten Verständnis m. Nachw. Waltermann, Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2021, S. 28.

30 Zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, NZA 2021, 297 ff.; der Vortrag beruht in dieser Hinsicht auf diesem Beitrag.

Rechtsprechung des BAG richtig als Ausprägung des nicht zur Disposition stehenden Geltungsanspruchs des Arbeitsrechts im Sinn eines Rechtsformzwangs ansieht,³¹ erblickt in Satz 6 eine korrigierende Instanz in Gestalt eines Umgehungsverbots.³²

Auf diese Weise gelangt man aber zu einem Verständnis, welches den rechtsgeschäftlichen Gehalt des § 611a Abs. 1 S. 6 BGB außer Acht lässt. Das in § 611a Abs. 1 S. 6 BGB zum Ausdruck kommende Umgehungsverbot, das dem zwingenden Charakter des Arbeitsrechts Rechnung tragen soll³³, wäre dann in der Tat ein Fremdkörper im dogmatischen Gebäude der Rechtsgeschäftslehre des Privatrechts. Das ist jedoch nicht der Fall.³⁴ Das aus dem Arbeitsrecht folgende Umgehungsverbot, welches dem zwingenden Charakter des Arbeitsrechts Rechnung tragen soll, steht mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des Privatrechts in Einklang.

a) Auslegung nach allgemeinen Regeln

Gemäß §§ 133, 157 BGB ist dem Willen, der äußeren Erklärung und den Umständen Bedeutung beizumessen. Auch nach den allgemeinen Regeln der Auslegung des Rechtsgeschäfts³⁵ wird der Inhalt der Gestaltung normativ bestimmt, es kommt darauf an, wie die Manifestation der Regelung zu verstehen ist.³⁶

Auf dieser Grundlage hat das tatsächliche Verständnis der an der Erklärung Beteiligten auch nach allgemeinen Regeln Bedeutung. Dabei spielen auch Momente außerhalb des Verhältnisses der an der rechtsgeschäftlichen Erklärung oder an dem Vertrag Beteiligten eine Rolle. Auch nach allgemeinen Regeln ist die Handhabung eines Vertrags durch die Vertragsparteien ein Indiz dafür, wie sie bei ihrem Vertragsschluss die Gestaltung verstanden haben.³⁷ Tatsächliche und normative Gesichtspunkte können unterschiedliches Gewicht erhalten, wie die Handhabung der *falsa demonstratio* zeigt. Gewissheit besteht darin, dass das im Vertragstext (Vor-)Formulierte nicht ohne weiteres als das „Gewollte“ verstanden werden darf. Es gibt keinen rechtlichen Grund dafür, bei der Auslegung des

31 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 Rn. 39 m. Nachw.

32 Siehe z.B. *Junker*, Anm. JZ 2021, 519, 520 f.; *Schwarze*, RdA 2020, 38, 41 f.; *ders.*, RdA 2020, 231 ff.

33 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 Rn. 39 m. Nachw.

34 Ausführlicher zum Folgenden *Waltermann*, Festschrift Preis, 2021, S. 1449, 1456 ff., zusammenfassend *Waltermann*, NZA 2021, 297, 298 f., jeweils m. Nachw.

35 Näher zum Folgenden *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 291 ff.

36 *Flume*, a.a.O., S. 293.

37 *Flume*, a.a.O., S. 299 f.

Rechtsgeschäfts den Vertragstext mit dem Vereinbarten oder mit dem Parteiwillen gleichzusetzen, was in unserem Zusammenhang im Arbeitsrecht jedoch oft geschieht.

b) Ergänzung der allgemeinen Regeln durch Gesetz

Bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts ist gemäß §§ 133, 157 BGB also dem Willen, der äußeren Erklärung und den Umständen Bedeutung zuzumessen. Hier hat die Bestimmung des § 611a Abs. 1 S. 6 BGB ihren Platz. Durch § 611a Abs. 1 S. 6 BGB wird den tatsächlichen Umständen neben dem Willen und dem Vertragstext, jetzt kraft Gesetzes, eine besondere Bedeutung gegeben. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB ergänzt die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre, nach denen bei der normativen Auslegung Umstände, welche der Erklärung nachfolgen, außer Betracht bleiben. Umstände, die der Erklärung nachfolgen, können nach allgemeinen Regeln nur als Indizien für das Verständnis des Erklärten zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Willenserklärung von Bedeutung sein.³⁸ Das ist gemäß Satz 6 bei der Auslegung, ob es um einen Arbeitsvertrag geht oder nicht, anders.

c) Folgerungen

Daraus folgt: Bei der Gesamtbetrachtung aller Umstände (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB) ist vor dem Hintergrund des nicht zur Disposition stehenden Geltungsanspruchs des Arbeitsrechts gemäß Satz 6 die tatsächliche Durchführung insgesamt gesehen in den Blick zu nehmen. Bei der normativen Bestimmung der objektiven Bedeutung der Erklärung (was als Gewollt zu verstehen ist) folgt aus § 611a Abs. 1 S. 6 BGB, dass die Umstände der Vertragsdurchführung nicht nachfolgende Umstände sind, welche nur Indizwirkung haben können. Die Vertragsdurchführung bildet vielmehr das von den Parteien Gewollte mit ab. Die tatsächlichen Umstände der Durchführung werden auf den Augenblick des Wirksamwerdens der Erklärung bezogen, damit im Dauerschuldverhältnis das wirkliche Gesicht des Vereinbarten erkannt wird und die Auslegung nicht bei eventuellem Design stehen bleibt. Damit können auch zeitlich mehr oder weniger weit vom Vertragsschluss entfernte tatsächliche Entwicklungen bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts berücksichtigt werden, wie sie gerade in den Fällen nicht selten vorkommen, in denen es der Vertragsgestaltung um die Vermeidung der Bindungen des Arbeitsrechts und des Sozialrechts geht. Die Dauerbeziehung ist insgesamt gesehen in den Blick zu nehmen.

38 Vgl. BGH 28.3.1962 – 8 ZR 250/61, LM § 133 (B) NR 7 = BeckRS 1962, 31190142; BGH 22.4.2010 – 1 ZR 197/07, NJW 2011, 775, 777; Flume, a.a.O., S. 310 f.

In der Gesamtbetrachtung aller Umstände (§ 611a Abs. 1 S. 5 BGB) ist auf diesem Weg im Einzelfall zu bewerten, ob Selbständigkeit, ein (seltenes) Scheingeschäft (§ 117 BGB) oder ein in Wirklichkeit (von Anfang an gewolltes) Arbeitsverhältnis oder die (ganz seltene) nachträgliche konkludent vereinbarte Änderung eines zunächst als Selbständigkeit angelegten Rechtsverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Das ist Frage des Einzelfalls.

VIII. Die Bedeutung der Arbeitspflicht

Die im Hinblick auf das Urteil des BAG vom 1. Dezember 2020 umstrittene und in der Rechtsprechung des BAG noch nicht geklärte Frage ist, ob es ein Arbeitsverhältnis ohne eine von vornherein (zumindest konkludent) vereinbarte Arbeitspflicht geben kann.³⁹ Die Frage hat sich erst mit der Digitalisierung gestellt.

1. Die Kritik der Crowdwork-Entscheidung

Diejenigen, die die Entscheidung des BAG vom 1. Dezember 2020 als unrichtig kritisieren, bringen vor allem vor: In dem entschiedenen Fall – und damit in den praktisch vorkommenden Fällen – treffe den Crowdworker ausdrücklich keine Arbeitspflicht. Also könne ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegen, weil das Arbeitsverhältnis die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistungserbringung voraussetze und eben diese Pflicht im Vertragstext der Rahmenvereinbarung klar ausgeschlossen war – so wie diese Pflicht nach dem bei Crowdwork in der Praxis typischerweise vom Auftraggeber verfolgten Geschäftsmodell im Vertragsformular üblicherweise ausgeschlossen wird. Die Kritik meint, die nach der gesetzlichen Definition des Arbeitsvertrags ausdrücklich erforderliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung könne, wenn sie im Vertragstext ausgeschlossen ist, nicht durch ein faktisches Anreizsystem ersetzt werden, wie es der *Neunte Senat* des BAG begründet habe.⁴⁰

Wäre die Kritik berechtigt, würde es stets genügen, in einer (durchweg vorformulierten) Rahmenvereinbarung eine Pflicht zur Erbringung der Leistung textlich auszuschließen. Ein Arbeitsverhältnis könnte von vornherein nicht vorliegen. Mit der Digitalisierung verbundene Arbeitsformen, die anders als die traditionellen Arbeitsformen auf die generelle Verpflichtung Einzelner zur Erbringung der Leistung und einen korrespondieren-

39 Ausführlicher *Waltermann*, Festschrift 40 Jahre Landesarbeitsgericht Köln, 2022, S. 219 ff. Der Vortrag beruht auf diesem Beitrag. Siehe ferner *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130 ff.

40 Vor allem *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231 ff. (passim); ähnlich *Sittard/Pant*, jM 2021, 416, 418 ff.; *Wisskirchen/Haupt*, RdA 2021, 355, 358 f.; zuvor bereits *Riesenhuber*, RdA 2020, 226 ff.

den Anspruch nicht angewiesen sind, würde man ohne gehobene Anforderung an die Qualität des Vertragsdesigns mit leichter Hand am Arbeitsverhältnis vorbei gestalten können. Mit der Digitalisierung verbundene neue Arbeitsformen könnten von vornherein nicht Arbeitsverhältnis sein. Es ist nicht überraschend, dass das BAG diesen Weg nicht gegangen ist. Man hätte das Ergebnis mit dem Ergebnis begründet.

2. Von vornherein vereinbarte generelle Arbeitspflicht erforderlich?

Handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis, bestehen allerdings üblicherweise kraft vertraglicher Vereinbarung von vornherein die in § 611a Abs. 1 und Abs. 2 BGB angesprochenen Hauptleistungspflichten, ebenso wie bei einer Dienstleistung in Selbständigkeit üblicherweise die in § 611 Abs. 1 BGB normierten Pflichten vereinbarungsgemäß von vornherein entstehen, wenn ein Dienstvertrag vorliegt. Die Kritiker des BAG gehen, den Blick auf das traditionelle Geschehen gerichtet, ohne weiteres davon aus, dass es sich bei der – aus dem Arbeitsvertrag resultierenden – Leistungspflicht um eine von vornherein vereinbarte generelle Pflicht handeln müsse, die der Arbeitgeber einfordern und einklagen kann⁴¹, und sie erheben die Pflicht, die Resultat des Vertrags ist, zur Voraussetzung dafür, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegen kann. Das BAG sieht dies zu Recht anders. Es kann sich angesichts neuer Arbeitsformen von der Vorstellung lösen, dass abhängige, nichtselbständige Arbeit – wie es traditionell bis hin zur Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG) in der Tat selbstverständlich schien – mit der Vereinbarung einer irgendwie gearteten generellen Leistungsverpflichtung (Arbeitspflicht) verbunden ist, die dann durch Einzelweisung konkretisiert wird.⁴²

Diese Sicht passt zum Arbeitsverhältnis der industriellen Arbeit, für das die generelle Arbeitspflicht und das Weisungsrecht – praktisch – konstituierend sind. Die Digitalisierung der Arbeitswelt stellt im hier erörterten Zusammenhang an Gerichte und Rechtswissenschaft jedoch Fragen, die über die Herausforderungen durch die Vielfalt der seit den 1960er Jahren entstandenen Dienstleistungstätigkeiten nochmals hinausgehen. Die Digitalisierung der Arbeitswelt führt zu der Frage, ob nicht auch eine Vertragsgestaltung ohne die Begründung einer generellen Arbeitspflicht bzw. eines korrespondierenden (klagbaren, wenn auch nicht vollstreckbaren, § 888 Abs. 3 ZPO) Anspruchs auf die Arbeitsleistung als Arbeitsvertrag gemäß § 611a Abs. 1 BGB anzusehen sein kann. Sollten wirklich durch Di-

41 *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231, 233, 234 f.

42 So *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231, 233 mit Bezug auf die instruktive Untersuchung von *Bitzenhofer*, Grundlagen des Weisungsrechts, 2020, S. 19.

gitalisierung möglich gewordene Formen arbeitsteiligen Zusammenwirkens schon dann von vornherein nicht Arbeitsverhältnis sein können, wenn sie ohne die verstetigte Arbeitspflicht Einzelner auskommen, weil sie an die Crowd gerichtet sind und die Angesprochenen zahlreich genug sind, um den Bedarf der Unternehmen an Arbeitskraft mit Planungssicherheit zu decken? Oder erlaubt die Vertragsfreiheit, Arbeitskraft in eine arbeitsteilige Organisation einzubinden, ohne dass eine generelle Arbeitspflicht vereinbart wird? Erst durch die Digitalisierung wird möglich, einen Pool aus Kräften zur Verfügung zu haben, der ohne rechtlich vermittelte generelle Arbeitspflicht eine verstetigte Beschäftigung sicherstellt, auf die das Unternehmen genauso angewiesen sein kann wie andere Unternehmen, die aus tatsächlichen Gründen auf Arbeitspflicht und Weisungsmöglichkeiten im herkömmlichen Sinn ausgerichtet bleiben. Sollen nur Letztere als Vertreter der analogen Arbeitswelt durch Arbeitsrecht und Sozialrecht verpflichtet bleiben – obwohl die Bestimmungen des Arbeitsrechts und des Sozialrechts und die damit verbundenen Kosten nicht nur dem geschützten Einzelnen dienen sollen, sondern das grundsätzliche Modell der demokratischen Rechtsstaaten für die arbeitsteilige Beschäftigung mit zwingendem Geltungsanspruch⁴³ verkörpern?⁴⁴ Mündet das Fehlen einer Arbeitspflicht, wie die Kritik annimmt⁴⁵, tatsächlich in die lediglich wirtschaftliche Abhängigkeit oder ist auch dann gemäß § 611a Abs. 1 BGB mit dem BAG in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu prüfen, ob die Beschäftigten im Dienst eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit, wenn auch ohne klagbare Verpflichtung, tätig werden oder nicht?

3. Die Gesamtbetrachtung des BAG

Das BAG hat diese Fragen richtig beantwortet. Allerdings ist die Rechtsprechung des BAG dazu, ob der Arbeitsvertrag die Vereinbarung einer Arbeitspflicht voraussetzt oder nicht, bisher nicht einheitlich.⁴⁶ Es ist jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich, ein Arbeitsverhältnis ohne

43 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 557.

44 Richtig *Preis*, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB, § 611a Rn. 8. Danach liefert „die Definition des Arbeitsvertrags die sozialpolitische Grundentscheidung, dem fremdnützig und fremdbestimmt, regelmäßig seine ganze Arbeitskraft ausliefernden Beschäftigten arbeitsrechtlichen Schutz zu gewähren.“

45 Vgl. *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 231, 234, 235 ff.

46 Siehe näher mit Nachw. *Deinert*, Anm. AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit (unter II. 2.); *Hultsch*, Nullstundenverträge, Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit, 2019, S. 72 ff.

die generelle und bereits bei Vertragsschluss festgelegte⁴⁷ Pflicht zur Übernahme von Verrichtungen zu vereinbaren, welche dann durch Weisung konkretisiert wird.

a) Arbeitspflicht durch Übernahme einzelner Aufträge

Es kann also auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung die üblicherweise mehr oder weniger konkretisierte Arbeitspflicht durch die freiwillige Übernahme einzelner Aufträge begründet werden, nachdem der Arbeitgeber diese über eine „Internetplattform“ ausgeschrieben hat. Die Arbeitspflicht ist das Resultat des als Arbeitsvertrag im Sinn von § 611a Abs. 1 BGB erkannten Rechtsgeschäfts. Die Hauptleistungspflichten haben zum einen die Funktion, die betreffende Gestaltung als Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag erkennbar zu machen, und sie bezeichnen zum anderen die vertragstypische Leistungspflicht, wie es seit 2017 auch in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB formuliert ist. Dafür, dass nicht auch in dieser Weise ein Arbeitsverhältnis entstehen kann, gibt es keinen rechtlichen Grund.

b) Verklammerung einzelner Aufträge

Der Annahme, dass in der Gesamtbetrachtung, wie sie das BAG vorgenommen hat, die Verklammerung einzelner Aufträge in die Rechtserkenntnis eines einheitlichen unbefristeten Arbeitsverhältnisses und also Dauerschuldverhältnisses münden kann, steht auch nicht entgegen, wenn der übernommene konkrete Auftrag nach der gewählten Vertragsgestaltung zurückgegeben oder wieder entzogen werden kann. Im Zusammenhang mit sog. Nullstundenverträgen⁴⁸ bei der Arbeit auf Abruf stellen sich ähnliche Fragen, wenn den Beschäftigten das Recht eingeräumt ist, einen angeforderten Arbeitseinsatz abzulehnen. Auch bei Nullstundenverträgen ist die Frage, ob ein Einsatz erfolgt, nach den vorkommenden Vertragsgestaltungen Gegenstand der Absprache.⁴⁹ Der Unterschied zu der Crowdworking-Konstellation liegt dann nur noch darin, dass bei Crowdwork die Initiative für die einzelne Tätigkeit nicht vom Auftraggeber, sondern von den Beschäftigten ausgeht. Die Digitalisierung verändert Abläufe, die in Stein gemeißelt schienen. Die Rechtsanwendung durch die Gerichte kann das abbilden.

47 Ebenso *Vraetz*, ZTR 2021, 500, 501 mit Verweis auf BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 735.

48 Instrukтив *Hultsch*, Nullstundenverträge. Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit, 2019, insb. S. 55 ff.

49 *Hultsch*, Nullstundenverträge. Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit, 2019, S. 26 f., 30 ff.

c) Vorteile von Crowdwork- und Nullstundenverträgen für Arbeitgeber

Auch im Arbeitsverhältnis verbindet sich mit dem Crowdwork-Modell, ähnlich wie bei Nullstundenverträgen⁵⁰, auch dann immer noch ein beachtlicher Vorteil des Arbeitgebers. Das mit dem Arbeitsvertrag üblicherweise gem. § 615 S. 1 BGB verbundene Beschäftigungsrisiko wird durch Vertragsgestaltung eliminiert. Auf der Seite der Arbeitnehmer besteht einerseits wegen der fehlenden Arbeitspflicht größere Freiheit und Flexibilität, andererseits werden Crowdworker, wie Arbeitnehmer mit Nullstundenvertrag, nicht selten auf den Ertrag der Arbeit faktisch angewiesen sein. Bei Nullstundenverträgen fehlt dann das Interesse der Arbeitnehmer, abzulehnen, die Crowdworker drängt es, nach den Möglichkeiten der App zuzugreifen.

d) Die Entscheidungsgründe des BAG

Zu Recht nimmt das BAG in der Entscheidung vom 1. Dezember 2020 also den Vertragstext mit seiner Vereinbarung und sämtliche Umstände in den Blick. Der Kläger hatte, wenn er zugriff, eine Leistungspflicht, und er hatte nach den Umständen⁵¹ die Leistung auf klar strukturiertem Weg persönlich zu erbringen. Die geringe Anforderungen stellende Tätigkeit war in den Arbeitsschritten strikt vorgegeben, die Annahme von Aufträgen auf Vorrat war nicht möglich, und die Gesamtbetrachtung ergab, dass die kontinuierliche Wahrnehmung von Aufträgen für beide Seiten, gerade auch für den Auftraggeber, wesentlich war⁵², sodass es lebensfremd wäre, wenn man die einzelnen Verrichtungen separat rechtlich bewerten wollte. In dieser Weise wurde die auf Kontinuität angelegte Rechtsbeziehung auch gelebt. Unter dem Strich war der Crowdworker in den arbeitsteiligen Prozess eingegliedert. Es bestand aufgrund der Ausgestaltung mit dem vorgesehenen Anreizsystem und angesichts der Struktur der Auftragsvergabe eine Bindung, die dem Arbeitgeber die beabsichtigte dauerhafte Verfügbarkeit eingearbeiteter Crowdworker sicherte. Darin liegt eine Fremdbestimmung der Tätigkeit.⁵³ Es ist inzwischen zu Recht verbreitete Überzeugung, dass abhängige Beschäftigung nicht notwendig von Weisungsbefugnissen abhängt, wie sie für die früher dominierende Industriearbeit selbstverständlich waren, sondern dass in der heutigen Arbeitswelt die

50 Vgl. *Hultsch*, Nullstundenverträge. Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit, 2019, S. 27 ff.

51 *Schwager/A. Zöllner*, SAE 2021, 98, 101 f. stellen allein auf den Vertragstext ab.

52 Zuvor bereits *Schubert*, RdA 2020, 248, 250.

53 Dazu näher *Bayreuther*, RdA 2020, 241, 247 f.; *Waltermann*, Festschrift Preis, 2021, S. 1449, 1459.

Fremdbestimmtheit der Arbeitstätigkeit ein leitender Gesichtspunkt ist.⁵⁴ Ich nehme an, dass das BAG dies, ebenso wie der 12. Senat des BSG, weiter herausarbeiten wird.

IX. Seitenblick auf andere Rechtsordnungen

Das BAG kommt damit zu einem Ergebnis, das auch in anderen Rechtsordnungen⁵⁵, deren Gerichte sich in jüngster Zeit mit „Crowdwork-Fällen“ befasst haben, zu finden ist.⁵⁶

In dem Rechtsstreit eines französischen Fahrers gegen das Unternehmen *Uber* hat die Arbeitsrechtskammer des französischen *Cour de cassation* auf Grund der Umstände und der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis angenommen.⁵⁷ Von entscheidender Bedeutung war in dem Fall, dass die App es dem Crowdsourcer erlaubte, die Route des Fahrradkuriers in Echtzeit zu verfolgen, die zurückgelegten Kilometer festzustellen und ein Fehlverhalten der Fahrradkurier zu ahnden. Der *United Kingdom Supreme Court* hat einen Fahrer des Unternehmens *Uber* als Arbeitnehmer eingestuft, weil die von *Uber* verwendete App die vertraglichen Handlungsmöglichkeiten der Fahrer erheblich einschränkte.⁵⁸ Und auch der EuGH hat sich mit dem Arbeitnehmerbegriff in der Gig-Economy in der Sache *Yodel Delivery* im Zusammenhang mit der Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG befasst.⁵⁹ Ein wesentliches Kriterium der Rechtsprechung des EuGH, der ebenfalls die Durchführung des Vertrags in den Blick nimmt, ist die Unterordnung.

54 Siehe stellvertretend *Bayreuther*, RdA 2020, 241, 247 f.; *Deinert*, Anm. AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit (unter II. 4.); *Junker*, Anm. JZ 2021, 519, 522; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 42 ff.; *Preis*, NZA 2018, 817, 824; *Schubert*, RdA 2020, 248, 241; *Waltermann*, Festschrift Preis, 2021, S. 1449, 1459; *Vraetz*, ZTR 2021, 500, 502 f.; *Wisskirchen/Haupt*, RdA 2021, 355, 357 f.

55 Rechtsvergleichend *Schubert*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 2019, 341 ff.; im Überblick *dies.*, RdA 2020, 248, 253 ff.; *Waas*, AuR 2018, 548 ff.

56 Vgl. *Junker*, Anm. JZ 2021, 519.

57 Cour de cassation, chambre sociale (Cass. soc.) 28.11.2018 – nr° 17-20.079 – D. c/L. ès qual („Take Eat Easy“). Dazu *Engler*, EuZA 2019, 504 ff.

58 Supreme Court of the United Kingdom, *Uber BV vs. Aslam etc.*, 2021 UKSC 5, 94-96. Ähnlich Corte di Cassazione 24.1.2020, sentenza n. 1663/2020, Foodora.

59 EuGH 22.4.2020 – C-692/19, NZA 2021, 1246 ff. Vertiefend *Gallner*, Festschrift Moll, 2019, S. 133 ff. Zur Rolle der Union im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten *Henssler*, Festschrift Preis, 2021, S. 433 ff.

X. Ausblick: Quellenbeitrag bei Kleiner Selbständigkeit

In Deutschland liegt der hauptsächliche Schlüssel zur Entschärfung des Dualismus von Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit im Sozialrecht. Der Gesetzgeber muss vor allem im Sozialrecht Sicherungslücken schließen, nicht nur im Interesse der Einzelnen, sondern auch zum Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Altersvorsorge Einzelner.

Insbesondere die im Koalitionsvertrag – erneut – zu findende Absicht, die Pflichtaltersvorsorge aller Kleinen Selbständigen einzuführen, würde in der ökonomischen Auswirkung Kalkulationsunterschiede zwischen dem Arbeitsverhältnis und Kleiner Selbständigkeit mit Rückwirkung auf die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitsverhältnisses ebnen.

Arbeit (ob analog oder digital) muss sowohl im Arbeitsverhältnis als auch in Selbständigkeit einen dauerhaft existenzsichernden Ertrag unter Einschluss der Altersvorsorge und der sonstigen mit sozialer Absicherung verbundenen Kosten abwerfen. Geschieht das nicht, werden Lasten, die in der Gegenwart entstehen, in die wirtschaftlichen Spielräume der Zukunft weitergeschoben, was in einer alternden Gesellschaft evident problematisch ist.

Es ist in meiner Bewertung im Ausgangspunkt richtig, die überkommene Zweiteilung in die abhängige Arbeit auf Grund eines Arbeitsverhältnisses und die Selbständigkeit auch im Hinblick auf die Beitragsaufbringung mit ihrer Unterschiedlichkeit beizubehalten.⁶⁰ Selbständige tragen danach, von der Künstlersozialversicherung als Ausnahme abgesehen die Kosten ihrer sozialen Sicherheit allein.

Ein ganz wesentlicher Punkt ist dann, dass die Vorsorgebeiträge auch tatsächlich abgeführt werden. Das ist in der Praxis bisher nicht der Fall. Die Digitalisierung ermöglicht es, die Beiträge Selbständiger an der Quelle bei den Auftraggebern abzuschöpfen, wodurch auch Marktverzerrung zu Lasten des Arbeitsverhältnisses verringert würde. Rechtlich wäre durch einen derartigen Quellenbeitrag der Gleichlauf mit dem Arbeitsverhältnis hergestellt. Auch im Arbeitsverhältnis werden ja die Beiträge im Quellenabzugsverfahren beim Arbeitgeber erhoben, und der Arbeitgeber übernimmt die Verwaltungs-, Zahlungs- und Dokumentationsvorgänge.

Was die Durchführung betrifft, müssen praxistaugliche Wege geebnet werden, die auch die Internationalität der digitalen Arbeitswelt berücksichtigen. Durch einen Quellenbeitrag lässt sich erreichen, dass – unabhängig davon, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis oder um Kleine Selbständigkeit handelt – nur Einkünfte jenseits der Vorsorgekosten die Selbst-

60 *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Verh. d. 68. DJT 2010, Gutachten B, S. 101 ff. und RdA 2010, 162 ff.

ständigen mit Auswirkung auf die – dann nicht mehr verzerrte – Marktsituation erreichen.

Diskussion*

Zum Auftakt fasste Professor Dr. *Abbo Junker*, der die Diskussion leitete, drei Schwerpunkte des Vortrags zusammen: die Leistungsfähigkeit des geltenden Arbeitnehmerbegriffs, die Ausweitung dieses Begriffs in Richtung eines Beschäftigtenbegriffs und die Frage nach der Notwendigkeit sozialversicherungsrechtlicher Regelungen für Selbständige. Eine Nachfrage von Rechtsanwalt *Reinhard Gaidies* galt den Folgen der BAG-Entscheidung für die anwaltliche Beratung. Sie betraf einerseits die Bedeutung neuer technischer Möglichkeiten für die Rechtslage und andererseits die Anforderungen an das technische Verständnis von Juristen. In den Verhandlungen hätten die Erklärungen von Sachverständigen zu technischen Möglichkeiten, den Arbeitseinsatz zu steuern, und zur Kontrolltiefe mittels digitaler Technologie die Meinung der Richter in Bezug auf das Erfordernis eines Weisungsrechts zum „Kippen“ gebracht. Nach *Waltermann* waren für die Entscheidung aber nicht technische Gegebenheiten, sondern rechtliche Kriterien ausschlaggebend. Soweit eine sachgerechte Einschätzung der Rechtslage ein besseres technisches Verständnis erfordere, könnten in Zukunft etwa Vermutungsregeln abhelfen.

Professor Dr. *Volker Rieble* stand der Einschätzung kritisch gegenüber, dass ein Anreizsystem für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft ausreiche. Anreizsysteme bestünden etwa auch bei Auslobungen, Preisausschreiben oder Architektenwettbewerben. Nach *Waltermann* ist stets die Auslegung im Einzelfall maßgeblich. Derartige Konstellationen unterschieden sich vom Crowdfunding durch die fehlende Dauerhaftigkeit der Tätigkeit. Bei der Plattformarbeit käme es kontinuierlich zu einer „Aus-schreibung“ bzw. Übernahme von Einzelaufträgen, während Auslobungen, Preisausschreiben oder Wettbewerbe jeweils nur eine einmalige Tätigkeit zum Gegenstand hätten. Aufeinander folgende Auslobungen, Preisausschreiben oder Wettbewerbe hätten unterschiedliche Gegenstände und keine vergleichbare Dauerhaftigkeit, die eine Verklammerung dieser Konstellationen zu einem Dauerschuldverhältnis rechtfertigten. Zudem fehle es an einer Einbindung in eine Arbeitsorganisation. Die Bedeutung dieses Kriteriums betone vor allem das Sozialrecht, beispielsweise in der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 04.06.2019 zur Beschäftigteneigenschaft von Honorarärzten (B 12 R 11/18 R). Demnach sind Weisungsgebundenheit und Eingliederung in eine Arbeitsorganisation voneinander unabhängige Anhaltspunkte für eine persönliche Abhängigkeit und keine abschließenden Kriterien. Auch ohne Weisungsgebundenheit könne eine Tätigkeit fremdbestimmt sein.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Anna Kuhn*.

Eine weitere Frage von *Rieble* galt der Möglichkeit eines „Durchgriffsarbeitsverhältnisses“. Etwa im Softwarebereich gründeten einzelne Programmierer Ein-Mann-GmbHs, um das Arbeitsrecht zu umgehen. Seit der Einführung der Unternehmergesellschaft (§ 5a GmbHG) sei dies mit geringem wirtschaftlichem Aufwand möglich, weil die Gründung einer solchen Gesellschaft ein Mindeststammkapital von nur einem Euro erfordere. *Rieble* gab zu bedenken, dass ein Durchgriff durch die juristische Person hindurch auf die dahinterstehende natürliche Person für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses kaum mit der Unternehmerfreiheit (Art. 14 GG) vereinbar sein dürfte. *Waltermann* verortete dieses Phänomen im Gesellschaftsrecht. Das Arbeits- oder Sozialrecht brauche dieses Problem nicht zu bewältigen.

Professor Dr. *Steffen Klumpp* fragte, wann ein Anreizsystem und die Anzahl der angenommenen Aufträge eine selbständige Tätigkeit in ein Arbeitsverhältnis „umschlagen“ lassen. *Waltermann* verwies auch insoweit auf die einzelfallabhängige Auslegung. § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB ermögliche es, nachträgliche Entwicklungen in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen, wobei längere ebenso wie kürzere Zeitabstände möglich seien. Je nach den Umständen könne eine selbständige Tätigkeit, ein Scheingeschäft oder ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Letzteres könne entweder von Anfang an dem Parteiwillen entsprochen haben oder – ausnahmsweise – erst infolge einer nachträglichen konkludenten Änderung gegeben sein, nachdem zuvor eine selbständige Tätigkeit bestanden habe. Hätten die Parteien keine nachträgliche Änderung vereinbart und sei die Durchführung von Beginn an auf ein Anreizsystem wie im Crowdfunding-Fall des BAG ausgerichtet gewesen, sei die gesamte Tätigkeit als Arbeitsverhältnis von Anfang an als Arbeitsverhältnis einzustufen.

Abschließend erkundigte sich Professor Dr. *Konstantin Bakopoulos* nach der Einschätzung des Referenten, ob die Entscheidung des BAG im Crowdfunding-Fall ebenso ausgefallen wäre ohne § 611a BGB. Dies bejahte *Waltermann* mit der Begründung, dass der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung ohne eine Änderung der Rechtslage habe kodifizieren wollen und keine neuen Kriterien begründet habe. Ein Grenzfall läge vor, wenn es auf die Entwicklung über einen gewissen Zeitraum ankomme. Dem Vertragsschluss nachfolgende Umstände könnten nur über § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB eine Bedeutung erlangen, die sich nicht auf eine bloße Indizwirkung für die Auslegung der Willenserklärung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschränke.

Arbeitgeber- und Arbeitnehmerpflichten bei neuen Arbeitsformen

Steffen Klumpp

	Seite
I. Zunehmende Digitalisierungsmöglichkeiten und ihre Auswirkungen.....	42
II. Crowdfunding als Herausforderung für die Bestimmung der Arbeitnehmerpflicht	44
1. Crowdfunding als Arbeitsverhältnis.....	44
2. Der konkrete Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bei Crowdfunding-Arbeitsverhältnissen	45
a) Umfassende Grundpflicht zur Arbeitsleistung?	46
b) Pflicht nur bei Übernahme eines Auftrages.....	47
3. Zwischenfazit	54
III. Pflicht zur Bereitstellung der Arbeitsmittel.....	55
1. Potenziell wachsende Bedeutung „eigener Arbeitsmittel“ des Arbeitnehmers.....	55
2. Essenzielle Arbeitsmittel: Die Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers	56
a) Grundsätzliche Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers	56
b) Einordnung der Pflicht.....	57
c) Reichweite: Erforderliche („essenzielle“) Arbeitsmittel	59
3. Die AGB-Kontrolle abweichender Vereinbarungen – Besonders: Der Umfang der notwendigen Kompensation	61
a) Einbezug und überraschende Klausel.....	62
b) Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 1 BGB	62
4. Eigene Arbeitsmittel und Haftung.....	65
5. Folgerungen für andere neue Arbeitsformen.....	66
IV. Fazit	67
Diskussion	68

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitsrechtsfragen bei Crowdfunding und Plattformarbeit* (München 2023), S. 41-67

I. Zunehmende Digitalisierungsmöglichkeiten und ihre Auswirkungen

Das Interesse, Beschäftigung flexibel zu gestalten, ist grundlegend. Es betrifft (wenngleich in unterschiedlichem Maße und mit unterschiedlichem Akzent) sowohl diejenigen, die Arbeit anbieten als auch die, die diese nachfragen.¹ Die stetig und weiter zunehmenden Möglichkeiten der Digitalisierung wirken dabei katalytisch auf das Flexibilisierungspotenzial von Gestaltung und Durchführung von Arbeit und ermöglichen so neue Arbeitsformen. Das zeigt sich in mannigfaltiger Weise,² betrifft aber auch konkret das Pflichtenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Exemplarisch lässt sich dies an den in der jüngeren Vergangenheit ergangenen grundlegenden Entscheidungen des BAG zeigen – einmal anhand der „Crowdworker-Entscheidung“ des 9. *Senats* vom 1.12.2020³ und zum anderen der „Rider-Entscheidung“ des 5. *Senats* vom 11.11.2021.⁴ Die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte stehen gleichsam *pars pro toto* für zwei durch die Digitalisierung vorangetriebene Entwicklungen mit Relevanz für die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberpflichten.

Das betrifft zunächst die flexiblere Durchführung der geschuldeten Arbeitsleistung selbst, so etwa örtlich, wie man bei der (gerade infolge der Corona-Pandemie) florierenden Tätigkeit im Homeoffice sieht,⁵ aber auch zeitlich, weil durch digitale Kommunikation die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers schnell, jederzeit und effizient durch Weisung des Arbeitgebers gestaltet werden kann.⁶ Hier stellt sich die nur scheinbar schlichte arbeitsvertragsrechtliche Frage, wer diese digitalen Geräte (also vor allem: Smartphone und Laptop) Arbeits- und Kommunikationsmittel bereitzustellen hat und welche weiteren Folgerungen sich aus der erkannten Bereitstellungspflicht ergeben. Immerhin: Gerade Laptop und Smartphone sind Geräte, die in der heutigen Zeit so gut wie bei jedem Arbeitnehmer privat vorhanden sind.⁷ Was liegt also näher, als auch bei der Arbeitsleis-

-
- 1 Dazu etwa grundlegend *Peter Hanau*, Deregulierung des Arbeitsrechts, 1997.
 - 2 Siehe etwa den Themenbereich „Digitalisierung und Betriebsverfassung“, dazu *Günther/Böglmüller/Mesina*, NZA 2020, 77.
 - 3 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.
 - 4 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.
 - 5 Dazu aus der reichhaltigen Literatur etwa *Barrein*, Das Recht auf Homeoffice, 2022.
 - 6 Dazu etwa *Wollert*, Entgrenzte Tätigkeit und ständige Erreichbarkeit im Mobile Office, 2022.
 - 7 So nutzen Anfang 2021 79 Prozent der Bundesbürger ab 16 Jahren ein internetfähiges Mobiltelefon - das entspricht 56 Millionen Menschen. Dabei haben viele davon mehr als ein Gerät im Einsatz, im Durchschnitt sind es 1,4 Geräte. (<https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/35-Milliarden-Euro->

tung auf diese beim Arbeitnehmer „ohnehin“ vorhandenen Geräte zurückzugreifen? Diese Frage ist zwar keine, die spezifisch an das System neuer Arbeitsformen wie Plattformarbeit gekoppelt wäre – aber hier ist sie aus der Natur der Sache besonders praxisrelevant.

Qualitativ von diesem gleichsam „klassischen“ Problemkomplex zu scheiden ist die Plattformarbeit als neuerdings verstärkt genutzte Möglichkeit, über digitale Formate Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage in kürzester Zeit zusammenzuführen. Dieses so genannte *matching* kann letztlich in Sekunden erfolgen und zwar auch über größte Distanzen hinweg.⁸ Digitale Basis dieser Zusammenführung sind so genannte Plattformsysteme,⁹ zu denen man über die mobilen Endgeräte und entsprechende Programme („Apps“) leicht Zugang finden kann.¹⁰

Während der Einsatz von digitalen Instrumenten im bestehenden Arbeitsverhältnis (lediglich) die Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erleichtert, ist es durch Plattformen der beschriebenen Art möglich, die Nachfrage nach Arbeitsleistung an einen quantitativ sehr großen potenziellen Anbieter- oder besser Interessentenkreis zu richten. Durch sie gelingt es, Aufträge an eine Vielzahl dieser Interessenten „auszuschreiben“ und so (freilich abhängig von der jeweils notwendigen Qualifikation des Crowdworkers) regelmäßig und schnell einen „Auftragnehmer“ zu finden.

Die Plattform kann dabei lediglich eine rechtliche Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vermitteln, oder aber (wie im vom BAG entschiedenen Fall)¹¹ eine solche zwischen dem Plattformbetreiber und dem Crowdworker herstellen.¹² Weiter kann die Plattformarbeit vollständig digital erfolgen (sogenanntes *Crowdworking*) oder auch digital-analog (dann spricht man von plattformbasierter „Economy-on-demand“).¹³ Das

Umsatz-rund-um-Smartphones). In 92 % der Deutschen Haushalte war darüber hinaus 2022 mindestens ein PC vorhanden (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/160925/umfrage/ausstattungsgad-mit-personal-computer-in-deutschen-haushalten/>).

8 Zum Begriff des *Matching* siehe etwa allgemein *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 8. Auflage, 2013, 201 ff.

9 *Schubert*, NZA-RR 2022, 5.

10 Umfassende Darstellung der einzelnen Modelle bei *Pacha*, Crowdwork, 2018, S. 54 ff.

11 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

12 *Pacha*, Crowdwork, 2018, 104 ff.

13 Dazu siehe aus der breiten Palette an Literatur etwa die Dissertationen *Pacha*, Crowdwork, 2018; *Walzer*, Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker, 2019; *Mayr*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbständiger am Beispiel der Plattformarbeit, 2021; *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie, 2021.

Crowdworking hat im negativen die Wühltschmetapher¹⁴ ausgelöst, nachdem ein Arbeitgeber sehr leicht und sehr opportunistisch schlecht bezahlte Arbeit abrufen kann. Hier stellt sich die ebenso grundlegende Frage, ob das Crowdworking als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist – wo doch regelmäßig im geschlossenen Rahmen-Vertrag vereinbart wird, dass eine Pflicht, die ausgeschriebenen Aufträge anzunehmen, nicht besteht.¹⁵

II. Crowdworking als Herausforderung für die Bestimmung der Arbeitnehmerpflicht

1. Crowdworking als Arbeitsverhältnis

So löst das Crowdworking grundsätzliche Überlegungen darüber aus, ab welchem Grad der Koppelung von Arbeitsleistung und Arbeitsabruf ein Arbeitsverhältnis vorliegt, welche Rolle die Pflicht zur Arbeitsleistung in diesem Kontext spielt und wo sie zu finden ist.¹⁶ Immerhin zeichnen sich viele Crowdworking-Systeme gerade dadurch aus, dass die abgeschlossenen Vereinbarungen über die Nutzung einer Plattform-App keine Verpflichtung enthalten, einen auf die Plattform eingestellten Auftrag anzunehmen, sondern im Gegenteil im Vertragstext die Freiwilligkeit der Annahme solcher Aufträge herausheben.¹⁷ Der Nutzer kann, muss aber nicht tätig werden, auch wenn ein wirtschaftliches Interesse an der Annahme des einzelnen Auftrages gegeben ist. Der 9. Senat des BAG hat aber in der bereits genannten Entscheidung¹⁸ jedenfalls für den konkret entschiedenen Fall des Crowdworking wegen gegebener Fremdbestimmung ein Arbeitsverhältnis bejaht und so die Schutzinstinkte judikativ eingelöst, die schon seit langem im Hinblick auf die Crowdworker und Plattformarbeiter bestehen.¹⁹

Es sei dahingestellt, ob der Sachverhalt, der der Entscheidung vom 1.12.2020 zugrunde lag (der Crowdworker hatte 20 Stunden in der Woche für die Plattform gearbeitet) verallgemeinerungsfähig ist, jedenfalls haben die Erfurter Richter dieses konkrete Rechtsverhältnis und damit eine spezielle Art der Plattformarbeit unter den Schutz des Arbeitsrechts gestellt.

14 *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie, 2021, S. 7.

15 So auch im entschiedenen Fall BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

16 *Waltermann*, NJW 2022, 1129.

17 Wobei klargestellt sei, dass es „das“ Plattformsystem nicht gibt und letztlich an jedes einzelne die entsprechenden rechtlichen Fragen zu stellen sind. Siehe zu verschiedenen Formen der Plattformarbeit *Mayer*, Arbeitsrechtlicher Schutz, S. 46 ff.; *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie, S. 28 ff.; *Arnold/Günther*, Arbeitsrecht 4.0., 2. Auflage, 2022, S. 50 ff.

18 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

19 Monographisch *Walzer*, Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker, 2019, S. 224 ff.

Im Kern – und *Raimund Waltermann* hat dies vertieft dargestellt²⁰ – hat Das BAG die Einbindung in die Auftragsstruktur der Plattform und das durch die konkrete Gestaltung begründete wirtschaftliche Anreizsystem im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als ausreichend angesehen, um eine Fremdbestimmung im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB anzunehmen:²¹ Damit aber war die Einordnung als Arbeitsverhältnis zwangsläufig. Diese Einordnung ist weitreichend, weil dadurch nicht nur das Tor zur Anwendung des gesamten Arbeitsrechts aufgestoßen wird, sondern auch über die „Koppelungsnorm“ des § 7 Abs. 1 SGB IV das zum sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis.²²

2. Der konkrete Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bei Crowdfunding-Arbeitsverhältnissen

Die Einordnung des Crowdfunding als Arbeitsverhältnis und damit auch die nicht ganz zu Unrecht als „Meilenstein“²³ oder „Grundsatzurteil“²⁴ bezeichnete Neujustierung des Begriffs der Fremdbestimmung in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB durch die Rechtsprechung ist zum einen kategorial, zum anderen entbindet sie aber nicht von der notwendigen Klärung, ob und wie die Pflicht zur Arbeitsleistung des als Arbeitnehmer erkannten Crowdfunders genau konturiert wird. Immerhin lassen sich hier verschiedene Modelle denken.

Das erste dieser Modelle führt – unbeachtlich der ausdrücklichen Vereinbarung im Rahmenvertrag mit dem Plattformbetreiber – im Rahmen der nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB vorzunehmenden Gesamtbetrachtung zur umfassenden oder generellen²⁵ Pflicht der Arbeitsleistung des Crowdfunders. Dieser müsste dann (wie im „klassischen“ Arbeitsverhältnis auch) im Ergebnis den einzelnen Aufträgen Folge leisten, die dann als schlichte Weisungen zur Tätigkeit zu qualifizieren wären. Oder aber die Fremdbestimmung ergibt sich eben gerade aus der vom 9. Senat hervorgehobenen wirtschaftlichen Anreiz- und Lenkungswirkung,²⁶ dann aber könnte es bei der freien Entscheidung des Crowdfunders bleiben, den einzelnen Auftrag anzunehmen, darin wäre er frei. Eine Arbeitspflicht träfe ihn also nur nach „Auftragsannahme“ – auch wenn diese gleichsam durch wirtschaftliche Überlegungen gesteuert würde. Und nur aufgrund der Annahme des Einzelauftrages entstünde dann eine Pflicht des Arbeitnehmers.

20 Siehe *Waltermann*, in diesem Band, S. 15 ff.

21 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

22 Zu dieser Koppelung BeckOGKSozialrecht/*Zieglmeier* § 7 SGB IV Rn. 27 ff.

23 *Junker*, Anm. zu BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, JZ 2021, 519, 522.

24 *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130.

25 So die Bezeichnung von *Waltermann*, NJW 2022, 1129, 1130

26 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552; sehr kritisch *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA-RR 2021, 132.

a) **Umfassende Grundpflicht zur Arbeitsleistung?**

Auch wenn der 9. Senat die Verpflichtung des Crowdworkers begrifflich in seiner Entscheidung mehrmals benennt, so wird daraus nicht hinreichend deutlich, ob sich das auf eine umfassende Leistungspflicht des Arbeitnehmers bezieht oder eben „lediglich“ auf die Pflicht, freiwillig angenommene Einzelaufträge durchzuführen.

Dafür aber, dass keine umfassende Leistungspflicht gemeint sein kann, sprechen gute Gründe. So ist es nicht belastbar, die wiederholte Annahme von Einzelaufträgen durch den Crowdworker unter Hinweis darauf, dass maßgeblich nicht die bloße Vertragsformulierung, sondern das „gelebte“ Rechtsverhältnis ist, § 611a Abs. 1 S. 6 BGB, als von vornherein gewollte Weisungsabhängigkeit zu begreifen. Immerhin hätte das zur Folge, dass der Crowdworker durch die Ausführung der Einzelaufträge dokumentiert, er wolle eine allgemeine und umfassende Folgepflicht.²⁷ In diesem Fall wären diese Einzelaufträge nichts anderes als Weisungen im Sinne des § 106 GewO. Bei der vorzunehmenden Berücksichtigung der späteren Vertragsdurchführung geht es um die Auslegung des geschlossenen Vertrages. Mit den Worten der Rechtsprechung ist die Vertragsdurchführung maßgeblich, „weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehung am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.“²⁸ Damit handelt es sich um eine Berücksichtigung des Parteiverhaltens nach Vertragsschluss (und damit jenseits des bisweilen geduligten reinen Vertragstextes), die für die Auslegung des Vertragsinhalts maßgeblich sein kann, nichts anderes meint § 611a Abs. 1 S. 6 BGB.²⁹

Bei einer solchen Auslegung spielt es aber letztlich keine entscheidende Rolle, warum der Crowdworker die Einzelaufträge stetig annimmt, sondern nur „dass“ das geschieht – eben weil die maßgeblichen nachträglichen Faktoren für die Auslegung aus der praktischen Durchführung des Vertrages genommen werden.³⁰ Würde man dies aus den Crowdwork-Fällen schließen (was in einzelnen Fallgestaltungen selbstredend nicht ausgeschlossen ist), zeigte die Vertragsdurchführung dann die umfassende Folgepflicht des Crowdworkers. Das stünde methodisch und dogmatisch aber auf bekanntem Grund und wäre gerade keine Neuerung und auch kein „Meilenstein“, sondern schlichter Rückschluss aus dem Verhalten der Beteiligten auf den gewollten Vertragsinhalt.

27 BAG 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244; BAG 14.6.2016 – AZR 305/15, NZA 2016, 1453; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 46.

28 BAG 24.8.2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244.

29 Siehe auch Waltermann, NJW 2022, 1129, 1130.

30 BAG 14.6.2016 – AZR 305/15, NZA 2016, 1453.

Neu sind die Ausführungen der Crowdworker-Entscheidung aber nur dann, wenn durch die Annahme der Einzelaufträge gerade keine umfassende oder generelle Pflicht zur Arbeitsleistung entsteht, sondern lediglich der wirtschaftliche Druck durch das Anreizsystem den Crowdworker anhält, im rechtlichen Sinne freiwillig die Aufträge auszuführen – und gerade dies die Fremdbestimmung ausmacht, weil ansonsten auch kein Unterschied zur umfassenden Weisungsabhängigkeit bestünde.

Eine umfassende Pflicht des Crowdworkers entspricht auch nicht den Interessen der Beteiligten. Das gilt offensichtlich, wenn man den Plattformbetreiber („Crowdsourcer“) betrachtet: Denn dann wäre jede „Ausschreibung“ eines Auftrages eine zu befolgende Weisung. Damit aber wäre der Plattformgedanke nicht mehr zu erreichen, denn diese (folgepflichtige) Weisung richtete sich ja an alle potenziellen Crowdworker und so an alle Abonnenten der App, jedenfalls, wenn sie schon einige Aufträge angenommen hatten. Wirtschaftliche sinnvoll ausführen kann den Auftrag allerdings nur einer, alle anderen letztlich nicht. Wenn diese dann durch spätere „Annahme“ des Einzelauftrages leisten wollten, käme der Plattformbetreiber in Annahmeverzug. Ein *argumentum ad absurdum*. Ebenso entspricht dies nicht den Interessen des Crowdworkers selbst, der aus der Möglichkeit der Ablehnung eines einzelnen Auftrages doch eine potenzielle Flexibilität zieht – und im vom 9. Senat entschiedenen Fall hat der Crowdworker, wenn auch sehr vereinzelt, Aufträge nicht angenommen.³¹

b) Pflicht nur bei Übernahme eines Auftrages

Der 9. Senat nimmt dennoch ein fremdbestimmtes Arbeitsverhältnis an und entkoppelt so eine umfassende Leistungspflicht des Arbeitnehmers vom für die Einordnung als Arbeitsverhältnis maßgeblichen Merkmal der Fremdbestimmung. Das führt dazu, dass eine Verpflichtung des Crowdworkers im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB zur Tätigkeit und damit zur Durchführung des Einzelauftrages von dessen Annahme abhängig ist. Das ist auch von den Überlegungen in der Vorinstanz durch das LAG München zu scheiden,³² das darüber nachdachte, ob abgegrenzte kurzzeitig befristete Arbeitsverhältnisse durch die jeweiligen Einzelaufträge vorliegen könnten. Auf der anderen Seite führt die Trennung von umfassender Leistungspflicht und Fremdbestimmung zunächst dazu, dass dem „klassischen“ Weisungsrecht des Arbeitgebers seine Bedeutung entzogen wird. Das aber folgt durchaus einer gewissen Entwicklung.³³

31 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

32 LAG München 4.12.2019 - 8 Sa 146/19, NZA 2020, 316.

33 Waltermann, NJW 2022, 1129, 1130: „... traditionelle Bezugspunkte des Weisungsrechts ... (verlieren) ... an kennzeichnender Kraft“.

aa) Das konkrete Weisungsrecht als klassisches Gestaltungsinstrument

Nach der Grundkonzeption des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Arbeitsverhältnis vor, wenn der gegen Entgelt zur Dienstleistung Verpflichtete den Weisungen des Dienstberechtigten, insbesondere im Hinblick auf Zeit, Art und Ort der Arbeitsleistung, unterworfen ist. Damit ist die „abstrakte“ Weisungsunterworfenheit nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB ein maßgebliches und das klassische konstitutive Moment des Arbeitsverhältnisses.³⁴ Freilich besagt diese grundsätzliche Weisungsabhängigkeit auch, dass im Arbeitsvertrag (und auch in den gesetzlichen Vorgaben) die konkrete Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Hinblick auf eine spezifische und durchzuführende Tätigkeit, also den konkret geschuldeten Leistungsinhalt, nicht grundgelegt werden muss und auch nicht kann. Im Gegenteil, ist es gerade die flexible Möglichkeit, Weisungsrechte zu gebrauchen und damit Weisungen zu erteilen, die das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis und damit als Rechtsverhältnis in der Zeit lebbar macht.³⁵

Das konkrete Weisungsrecht, das als Gestaltungsrecht in § 106 GewO grundgelegt ist, ist damit das potenziell maßgebliche Flexibilisierungs- und Organisationsinstrument des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis.³⁶ Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass rechtlich das Weisungsrecht einer zweistufigen Kontrolle zuzuführen ist.³⁷ Zunächst geht es um die Frage, ob überhaupt Raum für eine entsprechende Weisung ist – das zeigen die entsprechenden gesetzlichen Regelungen oder auch die vertraglichen Regelungen auf. Zum anderen stellt sich die Frage, wie ein bestehendes Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer ausgeübt wird.³⁸ Hier gibt § 106 GewO die Grenze des sogenannten billigen Ermessens vor. Diese Vorgaben, insbesondere im Rahmen der Ausübungskontrolle nach dem billigen Ermessen, sind notwendige Folge, der einseitigen Gestaltungsmöglichkeit, die dem Arbeitgeber durch das Weisungsrecht in die Hand gegeben ist.³⁹

34 *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 18 Rn. 21: „zentrales Merkmal“

35 Dazu etwa *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (2020) § 611a BGB Rn. 957; *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage, 2023, GewO § 106 Rn. 2.

36 *Maschmann*, in: BeckOGK GewO § 106 Rn.4.

37 *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (2020) § 611a BGB Rn. 964 ff.

38 *Maschmann*, in: BeckOGK GewO § 106 Rn. 78 ff.

39 Etwa BAG 19.4.2007– 2 AZR 78/06, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77.

bb) Abschied vom Weisungsrecht?

(1) Einordnung in eine allgemeine Entwicklung: Bedeutungsverlust des konkreten Weisungsrechts

Die Bedeutung des konkreten Weisungsrechts wird durch die Crowdwork-Entscheidung nun stark relativiert. Das freilich fügt sich in die allgemeine Entwicklung ein, die der konkreten Arbeitgeberweisung ihre Bedeutung als Konkretisierungsinstrument in manchen Bereichen genommen hat.

Das zeigt sich zum einen dort, wo im Rahmen gleichsam „kommunizierender Röhren“ für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses weitgehend auf die Möglichkeit fachlicher Weisung verzichtet wird, dafür aber eine größere Einbindung in die Organisationssysteme des Arbeitgebers als für das Arbeitsverhältnis konstituierend angesehen wird und damit insgesamt eine Abhängigkeit angenommen wird.⁴⁰ Die bekannten Fallgruppen, wie die der Ärzte,⁴¹ die zwar in eine Klinik integriert sind und dort ihre Tätigkeit ausüben, denen aber vom Krankenhaus tragenden Arbeitgeber gerade keine fachlichen Weisungen gegeben werden können, der Medienmitarbeiter⁴² oder der Dozenten⁴³ zeigen dies deutlich.⁴⁴ Stets hat man im Rahmen der Weisungsabhängigkeit und Fremdbestimmung flexibel (und damit letztlich konkret weisungsrechtsreduzierend) reagieren können, was zeigt, dass Weisungsabhängigkeit und Fremdbestimmung alternativ gesetzt werden können.⁴⁵

Das bestätigt sich, wenn man neben dem Crowdworking und der Plattformarbeit auf andere neue Arbeitsformen blickt. So etwa beim Scrum, einer Ideen- und Produktentwicklungsform, bei der Entwicklergruppen gebildet werden, die dann keine genauen Zielvorgaben haben und verfolgen, sondern den Weg zu einem Produkt Schritt für Schritt (in sogenannten Sprints) selbst erschließen, Fragen stellen und Ziele erarbeiten.⁴⁶ Diesen Zielen sollen dann Lösungen zugeordnet werden. Außerhalb dieser Gruppe gibt es keinen Anweiser, sondern lediglich einen Moderator. Nun kön-

40 BAG 15. 3. 1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 18 Rn. 33.

41 BAG 27.7.1961 – 2 AZR 255/60, AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24.

42 BAG 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622.

43 BAG 17.1.2006 – 9 AZR 61/05, NZA-RR 2006, 616.

44 Siehe die Fallgruppen bei *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Auflage, 2022, § 611a Rn. 66 ff.

45 So *Temming*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 18 Rn.19.

46 Darstellend *Lingemann/Chakrabarti*, in: Arnold/Günther, Arbeitsrecht 4.0, 2. Auflage 2022, Rn. 113 ff.

nen innerhalb dieser Gruppe sowohl freie Mitarbeiter⁴⁷ als auch Arbeitnehmer „im klassischen Sinn“ tätig sein. Nicht nur, aber gerade dann zeigt sich aber, dass in diesen freien Entwicklungsprozessen auch den Arbeitnehmern zwar Ziele vorgegeben, konkrete Weisungen aber seltener erteilt werden.

Die Entwicklung zeigt hier ein größeres Entscheidungsrecht der beteiligten Arbeitnehmer; dies betrifft insbesondere komplexe Aufgaben, bei denen eine hohe Qualifikation und ein hohes Verantwortungsbewusstsein der Arbeitnehmer maßgeblich ist. Insgesamt ist auch dies letztlich keine neue Entwicklung, sondern ergibt sich zwangsläufig aus der Möglichkeit des Arbeitgebers, auch „weite“ Weisungen zu erteilen oder auch Phasen ohne konkrete Weisung lediglich mit Zielvorgaben zuzulassen. Das alles führt nicht zur Loslösung vom Arbeitsverhältnis, denn die Arbeitspflicht und das grundsätzliche Weisungsrecht bleibt weiter bestehen: Auch im Arbeitsrecht gibt es – mit einer begrifflichen Anleihe aus dem Sozialversicherungsrecht⁴⁸ – keine „Schönwetter selbstständigkeit“.⁴⁹

Auf der anderen Seite „erstarrt“ das Weisungsrecht in der Regel auch nicht leicht und wird dann durch verfestigte vertragliche Vorgaben eingengt. Davon zeugen insbesondere die Fälle, in denen die Rechtsprechung zurecht nicht annimmt, dass eine auch jahrelang stetig gleich ausgeübte Weisung zum Vertragsinhalt wird.⁵⁰ Vielmehr soll als maßgebliches Flexibilisierungsinstrument das Weisungsrecht weiterhin bestehen bleiben und nur, wenn eine rechtsgeschäftlich basierte beiderseitig gewollte Erstarrung des Arbeitsvertrages vorliegt, sollen die Weisungsrechte hier nicht mehr gegeben sein, weil eben eine vertragliche Vereinbarung nunmehr vorliegt.⁵¹

Eine weitere Relativierung des Weisungsrechts zeigt ein kleiner Seitenblick. Durch die Digitalisierung wird auch die Möglichkeit erleichtert, Arbeitnehmer verschiedener Arbeitgeber in Arbeitsgruppen zusammenzubringen – in sogenannten Matrix-Strukturen. Es kommt hier zu einer Aufweichung des Weisungsrechts durch Aufspaltung, die auch aus der Ar-

47 Siehe zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung LSG Baden-Württemberg vom 17.12.2021 – L 8 BA 1374/20, juris.

48 BSG 29. 8. 2012 – B 12 KR 25/10 R, NZS 2013, 181.

49 Dazu etwa BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452.

50 BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452; BAG vom 30.11.2016 – 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394.

51 BAG 26.9.2012 – 10 AZR 417/11, AP GewO § 106 Nr. 20; Reichold, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 40 Rn. 22; andere arbeiten mit Vertrauensschutzaspekten siehe Maschmann, in: BeckOGK GewO § 106 Rn. 47.

beitnehmerüberlassung bekannt ist. Damit kommt es zur Aufteilung in ein fachliches und disziplinarisches Weisungsrecht.⁵²

Wieder auf einer anderen Ebene der Digitalisierung werden Weisungsrechte nicht mehr unmittelbar durch Menschen ausgesprochen, sondern im Rahmen einer mehr oder weniger verdichteten digitalen Kommunikation bisweilen auch digital „produziert“. Weisungsrechte werden also „menschenfern“ ausgeübt. Das löst Fragen aus, die dem klassischen Weisungsrecht eher fern sind. Im Moment sind solche Weisungen durch künstliche Intelligenz nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO rechtsunverbindlich anzusehen, außer sie seien zur Vertragserfüllung erforderlich.⁵³

(2) Folgen für die Rechtskontrolle?

Es ist also insgesamt nicht systemfremd, wenn auch in den Crowdwork-Fällen dem einzelnen konkreten Weisungsrecht keine prägende Bedeutung mehr zukommt. Lässt man die Arbeitspflicht des Crowdworkers in diesem Sinne erst mit der Annahme des einzelnen Auftrages entstehen – zuvor besteht die Möglichkeit der Ablehnung –, dann führt, wie auch der 9. Senat sagt, die Schlichtheit dieser Einzelaufträge dazu, dass weitere Weisungen letztlich auch nicht mehr notwendig sind und dazukommend keine inhaltlichen Spielräume für den Crowdworker bestehen.⁵⁴ Der einzelne Auftrag ist bei einfachen Tätigkeiten konkret genug.

Dieses Konzept von Einzelaufträgen ändert – jedenfalls nach der Konzeption des BAG – wegen der Anreizwirkung des Plattformsystems nichts an der Fremdbestimmung und damit an der Arbeitnehmereigenschaft. Das maßgebliche Element, wie hier eine Pflicht zum Tätigwerden des Arbeitnehmers zustande kommt, ist nicht das einseitige Gestaltungsrecht, sondern die Vereinbarung durch Annahme des angebotenen Auftrages, den der Arbeitnehmer eben annehmen kann, aber nicht muss. Wenn er ihn annimmt, sind die Weisungsinhalte aber nicht mehr durch den Arbeitgeber änderbar.

Es handelt sich letztlich um Vereinbarungen, die nach § 106 GewO ein weiteres Weisungsrecht grundsätzlich sperren. Dann ist aber nicht mehr ein Gestaltungsrecht, sondern eine vertragliche Vereinbarung die Grundlage der Pflicht des Arbeitnehmers. Das stellt Folgefragen an die Kontrolle des Inhalts des einzelnen Auftrages: Ist eine Billigkeitskontrolle anhand des § 106 GewO angezeigt oder aber eine Kontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB? Letztlich liefe letztere regelmäßig ins Leere, weil es sich um die inhaltliche Festlegung von Hauptleistungspflichten handelte, die nach § 307

52 Dazu *Maschmann*, NZA 2017, 1557, 1558 ff.

53 Dazu ausführlich *Daum*, Richtlinienenvorschlag Plattformarbeit, in diesem Band S. 91 ff.

54 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfrei sind.⁵⁵ Es bliebe dann die Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

cc) Pflicht zur persönlichen Leistung

Auch nach der Crowdworker-Entscheidung hat der Arbeitnehmer den angenommenen Auftrag persönlich auszuführen und damit die geschuldete Leistung persönlich zu erbringen, wie das § 613 BGB als Grundsatz fest schreibt. Der 9. Senat nimmt dies als wichtig für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses überhaupt an.⁵⁶ Dem ist zuzustimmen. Die Digitalisierung führt also nicht dazu, dass an der grundsätzlichen Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gerüttelt wird. Freilich ergeben sich hier „Investigativlasten“: Im Rahmen der verschiedenen, während des Crowdwork-Prozesses geschlossenen Rechtsgeschäfte (Rahmenvertrag, App-AGB, einzelner Auftrag) können die Vorgaben für die persönliche Leistungspflicht auch anderenorts „versteckt“ sein. So etwa, wenn zwar in der Rahmenvereinbarung die Übertragung an andere möglich ist, die Übertragung des App-Accounts an Dritte dagegen untersagt wird. Insgesamt kommt es bei den Plattformarbeiten auch nach der neuen Rechtsprechung im Rahmen der Crowdwork-Entscheidung dazu, dass nur die persönliche Arbeitsleistung letztlich eine persönliche Fremdbestimmung auszulösen im Stande ist.⁵⁷

dd) Folge: Anwendbarkeit des § 12 TzBfG?

Eine weitere Herausforderung bei der Inhaltsbestimmung der Arbeitnehmerpflicht in Fällen wie der Crowdworkerentscheidung ist die Frage nach der geschuldeten Arbeitszeit. Wegen der Freiwilligkeit der Auftragsannahme wurde im gegebenen Fall in den Vereinbarungen (Rahmen- und App-Nutzungsvertrag) zwangsläufig nichts geregelt. Die einzige Zeitvorgabe bestand bei Annahme eines Einzelauftrages im Ausführungsfenster von zwei Stunden,⁵⁸ insgesamt konnte aber – wie gesehen – die Arbeitsleistung frei abgerufen werden.

Das wiederum erinnert an die so genannten „Nullstundenverträge“, eine aus dem englischen Rechtskreis kommende Vertragsform, deren Charakteristika die grundsätzliche Vereinbarung von Arbeitsleistung gegen Entgelt ohne zeitlichen Mindest- oder Höchstumfang ist. Der Arbeitgeber kann neben dem Umfang der Arbeitsleistung auch die Lage bestimmen und es wird nur die tatsächlich erbrachte Leistung vergütet.⁵⁹

55 Dazu Klumpp, in: Clemenz/Kreft/Krause, 2. Auflage, 2019, BGB § 307 Rn. 16 ff.

56 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

57 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

58 Siehe den Sachverhalt BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

59 Siehe Hultsch, Nullstundenverträge, 2019, S. 24f.

Solche Nullstundenverträge können zweifach gestaltet sein, je nachdem, ob der Dienstnehmer der Aufforderung des Dienstberechtigten folgen muss oder nicht – ob also eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung oder ob ein Ablehnungsrecht besteht. Im ersten Fall handelt es sich zweifelsfrei um einen Arbeitsvertrag. Die herrschende Meinung fasst den Nullstundenvertrag ohne Ablehnungsrecht zu Recht unter § 12 TzBfG und damit unter die Regelung über die Arbeit auf Abruf.⁶⁰ Das hat weitreichende Folgen: Ist keine Mindest- oder Höchstarbeitszeit vereinbart, dann gilt eine Sockelarbeitszeit von 20 Stunden, § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG. Abweichungen davon durch Abruf oder Nichtabruf von Arbeit sind „nach oben“ nur um 25%, „nach unten“ nur um 20% möglich, § 12 Abs. 2 TzBfG, und es bedarf eines Referenzrahmens für den Abruf nach § 12 III 1 TzBfG. Schließlich muss die konkrete Lage der Arbeitszeit vier Tage vorher angekündigt werden, § 12 III TzBfG. Verschärft wird dies alles auch durch die Nachweispflicht in § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 NachwG. Insgesamt führt das dazu, dass Nullstundenverträge in des Wortes Bedeutung in Deutschland nicht möglich sind.⁶¹

Die Parallelen des zweiten Falles, der Nullstundenverträge mit Ablehnungsmöglichkeit, mit dem entschiedenen Crowdworker-Fall im Tatsächlichen liegen bei dieser zweiten Fallkonstellation nach dem oben Festgestellten⁶² auf der Hand. Die Frage, ob Nullstundenverträge mit Ablehnungsrecht unter die Anwendung des § 12 TzBfG (Arbeit auf Abruf) zu fassen sind, verneinen Rechtsprechung und Literatur bisher überwiegend. Freilich ist die Überlegung maßgeblich, dass es sich um eine Kombination von Rahmenvertrag und kurzfristig abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnissen handelt, und so keine Anwendung des § 12 TzBfG möglich war – weil kein einheitliches Abrufarbeitsverhältnis gegeben war.⁶³ Das ist ein Unterschied zu der jüngsten Bewertung der Crowdworking-Fälle durch den 9. Senat.

Deshalb knüpft sich die Frage an, ob nun auf die Nullstundeverträge mit Ablehnungsmöglichkeit § 12 TzBfG Anwendung finden muss. Eine Folge wäre – offensichtlich – die praktische Undurchführbarkeit des beschriebenen Modells des Crowdworking, weil von der Flexibilität für den Plattformbetreiber dann nichts mehr übrigbleiben würde. Allerdings kann man gewichtige Argumente gegen die Anwendung des § 12 TzBfG auf die beschriebenen Crowdworking-Fälle anbringen. Zum einen setzt § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG eine vor Abruf der Arbeit bestehende Arbeitspflicht voraus („zu

60 Preis, in: ErfK, 23. Auflage, 2023, TzBfG § 12 Rn. 5; ausführlich Hultzsich, Nullstundenverträge, 2019, S. 36f

61 Bayreuther, NZA 2022, 951, 952.

62 Siehe unter II. 2. b., S. 47 f.

63 BAG 15. 2. 2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733; Rolfs, RdA 2001, 129, 142; Jacobs, in: Annuf/Thüsing (Hrsg.) TzBfG, 3. Auflage, 2012, § 12 Rn. 13.

erbringen hat“), zum anderen passt der Zweck der Regelungen zur Abrufarbeit auf die neu gefundenen Arbeitsverhältnisse mit freiwilliger Auftragsannahme nicht: § 12 TzBfG mit seinen Vorgaben soll die Arbeitspflicht für den Arbeitnehmer planbarer machen und eine Entgelterwartung aufzubauen.⁶⁴

Diese Planbarkeit und Verlässlichkeit steht dann in Rede, wenn der Arbeitnehmer jederzeit mit dem Abruf der Arbeit durch den Arbeitgeber rechnen muss. Im Falle eines Ablehnungsrechts (wie das bei den Crowdwork-Fällen gegeben ist), hängt aber die Arbeitspflicht nicht (nur) vom Abruf der Arbeit ab, sondern auch von der Annahme des Arbeitnehmers, der so letztlich Herr seiner Zeit ist und selbst für eine sicherer Planungsgrundlage sorgen kann. Insofern ließe sich der Zweck des § 12 TzBfG gegen eine Anwendung auf die Crowdworking-Fälle (wie gegen alle Fälle der Arbeit auf Abruf mit Ablehnungsrecht) in Stellung bringen.⁶⁵

Auf der anderen Seite – und das erscheint durchschlagend – geht es eben auch bei § 12 TzBfG um Entgelterwartungen des Arbeitnehmers, die bei Verträgen mit oder ohne Ablehnungsrecht bestehen.⁶⁶ Diese können durch das bloße Nichtangebot an Einzelaufträgen durch den Plattformbetreiber enttäuscht werden. Weil das Crowdworking (jedenfalls in der Form des Falles vom 1.12.2020)⁶⁷ ein Arbeitsverhältnis ist, fällt es deshalb auch unter die Anwendung des § 12 TzBfG. Allerdings wird man zu berücksichtigen haben, dass das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers besteht – mithin gebietet eine einschränkende Auslegung des § 12 Abs 1 TzBfG, dass der Arbeitgeber hier lediglich die Aufträge im Umfang der Mindestarbeitszeit anbieten muss. Darauf, ob der Arbeitnehmer diese dann auch annimmt, kann es nicht ankommen.⁶⁸ Diese grundsätzliche Anwendbarkeit des § 12 TzBfG auf das beschriebene Modell des Crowdworking und der Plattformarbeit wird sie freilich für den Plattformbetreiber äußerst unattraktiv machen.

3. Zwischenfazit

Die Entscheidung des 9. *Senats*, das Crowdworking als fremdbestimmt, aber nicht im klassischen Sinne weisungsabhängig anzusehen, führt auf der Ebene der Bestimmung und Einordnung der Arbeitnehmerpflichten zu weiterem Klärungsbedarf: Grundlage, Umfang und Kontrollfähigkeit die-

64 BT-Drs. 10/3206, S. 30.

65 BAG 31.7.2002 – 7 AZR 181/01, AP TzBfG § 12 Nr. 1; BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733; *Jacobs*, in: *Annuß/Thüsing* (Hrsg.) TzBfG, 3. Auflage, 2012, § 12 Rn. 13.

66 BT-Drs. 10/3206, S. 30

67 BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

68 Siehe *Hultsch*, Nullstundenverträge, 2019, S. 234f.

ser Pflicht gilt es näher zu konturieren – die weitgehende Ferne vom „Idealbild“ des klassischen Arbeitsverhältnisses macht dies durchaus herausfordernd.

III. Pflicht zur Bereitstellung der Arbeitsmittel

1. Potenziell wachsende Bedeutung „eigener Arbeitsmittel“ des Arbeitnehmers

Die Digitalisierung führt aber nicht nur zu neuen Herausforderungen im Hinblick auf die Einordnung etwa der Plattformarbeit als Arbeitsverhältnis, sondern auch zu einer Flexibilisierung und Erleichterung beim Einsatz von Arbeitsmitteln. Letztlich braucht es für viele Tätigkeiten (wie auch der Fall belegt, der der Crowdworker-Entscheidung zugrunde lag) etwa nur ein Smartphone, um Aufgaben zum einen zu verteilen und zum anderen dann auch durchzuführen.

Im Rahmen des reinen Crowdworkings erfolgt dies ausschließlich anhand der mobilen Endgeräte, bei der sogenannten Economy-on-Demand kommen unter Umständen noch weitere Arbeitsmittel hinzu, etwa Putzutensilien oder bei Auslieferungsdiensten Fahrräder oder auch PKW. Solche Gegenstände hat heute jeder selbst und privat. Deshalb ist die Idee nicht fernliegend, dass der Arbeitnehmer seine eigenen Gegenstände als Arbeitsmittel nutzen soll. Das ist naheliegend bei vielen neuen Arbeitsformen, aber nicht neu und nicht „digitalisierungsspezifisch“. Insgesamt lässt sie sich cum grano salis unter dem Anglizismus des „bring your own device“ fassen.⁶⁹

Setzt der Arbeitnehmer seine eigenen Geräte als Arbeitsmittel ein, liegen die Vorteile für den Arbeitgeber auf der Hand: Er muss solche Geräte nicht selbst anschaffen, vorhalten und warten und er muss sie bei Verlust oder Beschädigung nicht selbst ersetzen. Außerdem entfällt die Notwendigkeit der Einweisung des Arbeitnehmers in den Gebrauch fremder Geräte. So spart der Arbeitgeber Kosten bei Material, Pflege und auch Verwaltung. Das Interesse des Arbeitnehmers am Einsatz seiner privat vorhandenen Geräte als Arbeitsmittel ist ungleich geringer.

Hier kann man zwar in Anschlag bringen, dass es weniger aufwendig ist, dieselben Geräte im Rahmen der Arbeitsleistung zu nutzen, die auch privat benutzt werden, weil etwa die Umgewöhnung auf andere Geräte wegfällt. Allerdings dürften andere, gegenteilige Interessen des Arbeitnehmers in diesem Bereich eher überwiegen, etwa das Integritätsinteresse, das sich darin äußert, dass der Arbeitnehmer sein Eigentum im Rahmen der Arbeitsleistung nicht beschädigt oder nicht abgenutzt sehen will.

69 Dazu insgesamt Hoppe, in: Kramer (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2019, Rn. 677 ff.

Die Idee des Eigeneinsatzes von Arbeitsmitteln durch den Arbeitnehmer ist durch die Digitalisierung und insbesondere durch Plattformarbeiten zwar landläufiger geworden, auf diesen Bereich beschränkt sind die sich stellenden arbeitsrechtlichen Fragen aber nicht. Dabei geht es zuerst darum zu ermitteln, wer im Arbeitsverhältnis überhaupt die Pflicht hat, die Arbeitsmittel für die Arbeitsleistung zu stellen.

Eine solche Pflicht lässt sich (was naheliegt und folgerichtig ist) grundsätzlich für den Arbeitgeber erkennen, allerdings fügt sich dann sogleich die Folgefrage an, ob und unter welchen Umständen anderweitige Vereinbarungen getroffen werden können und diese Pflicht auf den Arbeitnehmer übertragen werden kann. Der 5. Senat des BAG hat sich dieser Fragen in seiner Entscheidung vom 10.11.2021⁷⁰ angenommen. Ausgangsfall war die Vereinbarung zwischen einem Fahrradlieferanten („Rider“) und seinem Arbeitgeber, dass er die für seine Arbeitsleistung notwendigen Arbeitsmittel (Fahrrad und Smartphone) selbst zur Verfügung stellt. Dafür erhielt er eine Zahlung von 25 Cent pro Arbeitsstunde, die er aber nur zur Wartung des Fahrrades bei bestimmten vom Arbeitgeber vorgegebenen Werkstätten nutzen konnte.

2. Essenzielle Arbeitsmittel: Die Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers

a) Grundsätzliche Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers

Der 5. Senat legt richtig dar, dass grundsätzlich den Arbeitgeber die Pflicht trifft, dem Arbeitnehmer die für die Arbeitsleistung notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Das entspricht bereits gewonnener Einsicht.⁷¹ Dabei stützte sich das Gericht auf verschiedene Grundlagen: Zum einen auf den Inhalt der Arbeitsleistung und damit auf den Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer ist nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, eine Dienstleistung zu erbringen. Deshalb muss der Arbeitgeber selbst das „Substrat“ der Arbeitsleistung liefern, mit dem und an dem durch den Arbeitnehmer dann unter Einsatz seiner Arbeitskraft gearbeitet werden kann.

Der 5. Senat greift tief in die Arbeitsrechtshistorie zurück, und bemüht *Sinzheimer* und *Lotmar*, um diese These zu belegen.⁷² Zu Recht: Der Arbeitsvertrag ist Dienstvertrag, der Arbeitnehmer schuldet weisungsabhängige Dienste, aber eben nur hinsichtlich seiner Arbeitskraft. Das grenzt

⁷⁰ BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

⁷¹ Preis, in: ErfK, 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 625.

⁷² BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; verweisend auf *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1927, S. 8; *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Neuherausgabe der Ausgabe von 1941, 2001, S. 42

ihn vom Werkvertrag ab, bei dem der Werkunternehmer – weil er einen Erfolg schuldet und ihm der Weg dorthin freigestellt ist – selbst für die Beschaffung der Arbeitsmittel verantwortlich ist (und diese Verantwortung dann auch über den Werklohn monetär umsetzt).⁷³

Der zweite Bezugspunkt für die Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers ist im Ausgangspunkt arbeitsschutzrechtlicher Natur. Nach § 5 Abs. 3 BetriebsstättenVO darf der Arbeitgeber nur solche Arbeitsmittel verwenden lassen, die den für sie geltenden Rechtsvorschriften über Sicherheit und Gesundheitsschutz entsprechen.⁷⁴ Er ist also verpflichtet, nur solche Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, von denen für den Arbeitnehmer keine Gefährdung ausgeht.⁷⁵ Diese öffentlich-rechtliche Pflicht wird durch § 618 BGB in das arbeitsvertragliche Verhältnis transformiert.⁷⁶

Davon ist es nur ein kleiner Schritt, dem Arbeitgeber auch grundsätzlich die Bereitstellungspflicht über die Arbeitsmittel zuzuweisen – weil nur dann eine hinreichende sicherheitsbezogene Überprüfung ohne weitere Probleme ist. Schließlich verweist der 5. Senat als dritte Grundlage auf den Aufwendungsersatz nach § 670 BGB analog. Hier kann sich der Arbeitnehmer die erforderlichen Arbeitsmittel zwar selbst beschaffen, er kann dann aber die hierfür getätigten Aufwendungen verlangen. Dieser Kompensationsgedanke lässt sich im bestehenden Arbeitsverhältnis nur erklären, wenn es eben grundsätzlich dem Arbeitgeber zukommt, die Arbeitsmittel zu beschaffen.⁷⁷

b) Einordnung der Pflicht

Die Bereitstellungspflicht des Arbeitgebers ist nach der Rechtsprechung des 5. Senats eine selbständige, sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Pflicht. Sie ist isoliert einklagbar.⁷⁸ Dabei folgt diese Pflicht wegen der Verbindung mit der Pflicht zur Arbeitsleistung aus § 611a Abs. 1 S. 1 BGB.

73 Siehe zur Abgrenzung Arbeits- und Werkvertrag allgemein *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, 2023, BGB § 631 Rn. 17 ff.

74 Siehe zu den arbeitsschutzrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit „Bring your own device“ insgesamt *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, 1432.

75 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; siehe auch BAG 10.3.1976 – 5 AZR 34/75, AP BGB § 618 Nr. 17.

76 BAG vom 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134; BAG vom 17.2.1998 – 9 AZR 84/97, NZA 1998, 1231; *Wank*, in: ErfK, 23. Auflage, 2023, BGB § 618 Rn. 23; *Fischels/Stodolski*, AP BGB § 611a nF Nr. 1; *Klocke/Hoppe* NZA-RR 2022, 515, 516

77 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; BAG 12.4.2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97; BAG 16.10.2007 – 9 AZR 170/07, NZA 2008, 1012; BAG 14.10.2003 – 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604.

78 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; *Preis*, in: ErfK 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 626.

Ein Rückgriff auf eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht nötig,⁷⁹ und nach der Meinung des Gerichts auch keine Verbindung mit dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch,⁸⁰ wie sie im entschiedenen Fall das Berufungsgericht angenommen hatte.⁸¹ Dabei ist eine solche Verbindung nicht fernliegend und letztlich auch belastbar, weil der allgemeine Beschäftigungsanspruch die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers gewährleisten soll⁸² – die eben ohne erforderliche Arbeitsmittel nicht möglich ist. Daran ändert auch der persönlichkeitsrechtliche Einschlag des Beschäftigungsanspruches⁸³ nichts. Im Rahmen der Gewährleistung (mittelbarer) Grundrechtsforderungen geht es mit der Bereitstellung auch um die Möglichkeit der Leistungserbringung als solcher.⁸⁴

Genauer Inhalt des vom 5. Senat isoliert festgestellten Anspruches ist dabei die Bereitstellung, nicht die Beschaffung der Arbeitsmittel.⁸⁵ Hier kommt es dann auch zur Verbindung mit dem Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB analog: Diesen hat der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsmittel nicht bereitstellt, die für die Arbeitstätigkeit erforderlich sind. Allerdings kann, wie das Gericht zu Recht hervorhebt, der Arbeitnehmer nicht auf diesen Aufwendungsersatz verwiesen werden⁸⁶, vielmehr bedeutet die Einordnung als isolierte Leistungspflicht über das Leistungsstörungsrecht auch eine sekundärrechtliche Dimension: So kann es bei Nichterfüllung durch den Arbeitgeber zu Schadensersatzansprüchen über §§ 280 Abs. 1 BGB kommen.⁸⁷

Das Verhältnis des Bereitstellungsanspruches zum Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB analog ist aber auch nach dem Urteil des 5. Senats nicht vollständig geklärt. Folgerichtig wird man den Arbeitnehmer freilich darauf verweisen müssen, zunächst seinen Bereitstellungsanspruch geltend zu machen, bevor der Aufwendungsersatzanspruch greifen kann. Das wird inhaltlich überzeugend damit begründet, dass in diesem Fall der Ar-

79 So aber *Klocke/Hoppe*, NZA-RR 2022, 515.

80 Siehe dazu *Reichold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 92 Rn. 4 ff.

81 LAG Hessen 12.3.2021 – 14 Sa 306/20; BeckRS 2021, 15627 ebenso Wittlich/Krülls, RdA 2022, 248, 249.

82 BAG 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719.

83 Zu diesem *Reichold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 92 Rn. 8 ff; grundlegend BAG vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359.

84 So im Ergebnis auch *Klocke/Hoppe*, NZA-RR 2022, 515, 515; BAG 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 207.

85 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; *Klocke/Hoppe*, NZA-RR 2022, 515, 517.

86 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

87 *Preis*, in: ErfK 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 626: „ggf.“

beitgeber ein größeres Auswahlmessen bei der Frage hat, welche konkreten Arbeitsmittel bereitzustellen sind.⁸⁸ Das folgt auch allgemeinen auftragsrechtlichen Überlegungen, nachdem den Auftragnehmer eine Aufwendungsminderungsobliegenheit trifft.⁸⁹

Weiter steht dem Arbeitnehmer, wenn es um essenzielle Arbeitsmittel geht, die vorenthalten werden, das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zu – er kann also die Arbeitsleistung verweigern, bis die Arbeitsmittel durch den Arbeitgeber bereitgestellt werden.⁹⁰ Und ebenfalls kommt der Arbeitgeber dann auch ohne tatsächliches Angebot der Leistung durch den Arbeitnehmer in Annahmeverzug, § 615 BGB, weil die Bereitstellung der Arbeitsmittel eine Mitwirkungshandlung ist,⁹¹ die für die Arbeitsleistung erforderlich wird.⁹²

Insgesamt kommt es so zu einer Trias der Ansprüche im Hinblick auf die Beschäftigung des Arbeitnehmers und die Ermöglichung der Arbeitsleistung: Einmal im Rahmen des allgemeinen Beschäftigungsanspruches aus § 611a Abs. 1 iVm Art. 2 GG,⁹³ sodann durch den Anspruch auf Bereitstellung der essenziellen Arbeitsmittel aus § 611a Abs. 1 S. 1 BGB und schließlich durch den Anspruch auf einen sicheren Arbeitsplatz im Rahmen des Fürsorgegedanken des § 618 BGB.⁹⁴

c) Reichweite: erforderliche („essenzielle“) Arbeitsmittel

Der Anspruch des Arbeitnehmers richtet sich indes auf die „essenziellen“ Arbeitsmittel – dabei werden, auch in der Rechtsprechung und auch in der Entscheidung des 5. Senats, die Begriffe „essenziell“; „notwendig“ und „erforderlich“ durcheinander benutzt.⁹⁵ Deutlich wird in jedem Falle, dass der Bereitstellungsanspruch nicht jedes überhaupt geeignete oder vom Arbeitnehmer gewünschte Arbeitsmittel umfasst, sondern – um diesen Begriff vorzuziehen – nur die für die geschuldete Arbeitsleistung erforderlichen.

88 So auch *Fischels/Stodolski*, AP BGB § 611a nF Nr. 1.

89 Siehe *Martinek/Omlor*, in: Staudinger (2017) § 670 Rn. 4, 13.

90 *Preis*, in: ErfK 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 626.

91 *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, 2023, § 615 Rn. 25.

92 Dazu BAG 15.9.2011 – 8 AZR 846/09; *Fischels/Stodolski*, AP BGB § 611a nF Nr. 1; *Preis*, in: ErfK 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 626.

93 Andere stützen den Anspruch auf § 241 Abs. 2 BGB, siehe diesem *Reichhold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 92 Rn. 8 ff.

94 So auch *Fischels/Stodolski*, AP BGB § 611a nF Nr. 1

95 Siehe BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; „notwendig“; Rn. 16 ff. „essenziell“ passim; *Preis*, ErfK, 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 626 schlägt insgesamt den Terminus „erforderlich“ vor.

Bei deren Festlegung hilft die Überlegung, ob die Arbeitsleistung, das entsprechende Arbeitsmittel hinweggedacht, als solche noch vernünftig erbracht werden kann.⁹⁶ Das ist eine andere Umschreibung für den Begriff der „Unverzichtbarkeit“⁹⁷ und dokumentiert die Akzessorietät des Anspruches mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung. Im „Rider-Fall“ war dies offensichtlich: Die Leistung des Arbeitnehmers bestand im Liefern von Essen, das Fahrrad brauchte man für den Transport der Speisen, das Handy für die Koordination und die Navigation.⁹⁸

Die notwendige Abgrenzung gelingt zunächst durch den Begriff der sogenannten selbstverständlichen Einsatzpflicht, die wiederum den Arbeitnehmer trifft.⁹⁹ Der Begriff begegnet in der Rechtsprechung zum Aufwendungsersatzanspruch,¹⁰⁰ findet seinen Grund aber in der Überlegung, dass der Arbeitnehmer alles das selbst bereithalten muss, das nötig ist, um seine eigene Arbeitsleistung (verzugsbegründend) überhaupt als solche anbieten zu können.¹⁰¹ Das betrifft etwa die Mittel für den Arbeitsweg, aber auch andere Gegenstände, deren „Bereitstellung“ von vornherein dem Arbeitnehmer obliegt,¹⁰² so etwa die privat getragene Kleidung, mit der der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz erscheint.

Der Arbeitgeber kann hier auch (abgesehen von der Pflicht des Tragens von Dienstkleidung)¹⁰³ wegen des persönlichkeitsrechtlichen Einschlags nur bedingt bestimmte Kleidung verlangen¹⁰⁴ – und der Arbeitnehmer die Bereitstellung von Kleidung jenseits von Dienstkleidung auch nicht einfordern. Insgesamt wird dieser Bereich, der durch die Notwendigkeit geprägt ist, die eigene Arbeitsleistung überhaupt in richtiger Weise anbieten zu können, nicht vom Bereitstellungsanspruch aus § 611a Abs. 1 BGB erfasst.

Weiter begegnet die Frage nach den erforderlichen Arbeitsmitteln bislang vor allem im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruches nach § 670 BGB analog. Deshalb kann auf diese Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Danach muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die erforderlichen Aufwendungen ersetzen, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Leistung

96 *Klocke/Hoppe*, NZA-RR 2022, 515, 517.

97 *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 627.

98 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

99 *Oltmanns*, NZA-RR 2022, 175, 176.

100 BAG 16.10.2007 – 9 AZR 170/07, NZA 2008, 1012.

101 BAG 28.6.2017 – 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528; *Klocke/Hoppe*, NZA-RR 2022, 515, 517.

102 Die deshalb auch nicht unter den Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB fallen, dazu *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (2020) § 611a BGB Rn. 1805.

103 Zu ihr allgemein *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369.

104 *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369, 370 f

erbringt und die nicht durch die Arbeitsvergütung abgegolten sind.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund wurden als erforderlich etwa angesehen Schulbücher bei Lehrern.¹⁰⁶ Nicht dagegen, weil auch privat nutzbar, wurde bei LKW-Fahrern die Kosten einer Fahrerkarte für die elektronische Lenkzeiterfassung angesehen.¹⁰⁷

Auch für Arbeiten mit dem Smartphone wird diese Abgrenzung tauglich sein. Sobald die Arbeitsleistung als solche betroffen ist, sei es, weil mit dem Smartphone gearbeitet wird oder weil Weisungen und Informationen über das Smartphone fließen, handelt es sich um ein erforderliches Arbeitsmittel und der Arbeitnehmer hat damit einen Anspruch auf dessen Bereitstellung, dies betrifft auch die maßgebliche Software. Wird das Smartphone dagegen nicht für die Arbeitsleistung selbst eingesetzt, sondern nur zur auf den Arbeitsvertrag bezogenen Kommunikation zwischen den Arbeitsvertragspartnern, dann hat das mit der Arbeitsleistung nichts zu tun und es handelt sich um eine Bereitstellungsobliegenheit des Arbeitnehmers.

Zu unterscheiden ist zwischen der abstrakten Festlegung, welche Arbeitsmittel für eine Arbeitsleistung erforderlich sind – wie etwa „ein verkehrstüchtiges Fahrrad“ im Rider-Fall –, und der Frage, welches konkrete Fahrrad vom Arbeitgeber bereitzustellen ist. Letztlich muss es in der auf Art. 12 GG, Art. 14 GG zurückzuführenden Organisationsautonomie des Arbeitgebers liegen, welchen konkreten Gegenstand er dem Arbeitnehmer zur Verfügung stellt. Deshalb hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf einen konkreten Gegenstand, sondern der Arbeitgeber hat eine Wahlmöglichkeit und ein Auswahlermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB – abgesehen von wenigen Ausnahmen einer „Verdichtung“ des Anspruches auf genau einen Gegenstand. Grenze ist hier (lediglich) die Erforderlichkeit für die Arbeitsleistung. Ob also ein „Rider“ ein schnelles Rennrad oder ein langsames City-Bike bereitgestellt bekommt, liegt – Verkehrstüchtigkeit beider vorausgesetzt – in der Auswahl des Arbeitgebers als unternehmerischer Entscheidung. Stellt er ein langsames Rad zur Verfügung, muss er dann eine geringere „Lieferleistung“ gewärtigen.

3. Die AGB-Kontrolle abweichender Vereinbarungen – Besonders: Der Umfang der notwendigen Kompensation

Der Grundsatz, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitsmittel bereitzustellen hat, ist auch nach der Rechtsprechung des 5. *Senates* dispositiv.¹⁰⁸ So kann der Arbeitgeber zwar nicht einseitig im Rahmen des Wei-

105 Dazu *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (2020) § 611a BGB Rn. 1802.

106 BAG 12.3.2013 – 9 AZR 455/11, NZA 2013, 1086.

107 BAG 16.10.2007 – 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036.

108 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

sungsrechts aus § 106 GewO anordnen, dass der Arbeitnehmer seinerseits die privaten Gegenstände als Arbeitsmittel einsetzt, eine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer auf arbeitsvertraglicher Grundlage ist aber möglich. Das führt dann, die praktische Situation des formularmäßig abgeschlossenen Arbeitsvertrages aufgenommen, zur Frage, inwieweit sich die §§ 305 ff. BGB zu solchen Vereinbarungen verhalten.

a) Einbezug und überraschende Klausel

Zunächst wird es bei einer Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsmittel zu stellen hat, keine spezifischen Probleme beim Einbezug dieser Klausel in den Arbeitsvertrag geben. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber darauf, dass der Arbeitsvertrag nach der Rechtsprechung und überwiegenden Meinung als Verbrauchervertrag einzuordnen ist¹⁰⁹ und deshalb auch bei lediglich einmaliger Verwendungsabsicht dieser Klausel die AGB-Eigenschaft gegeben ist, § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.¹¹⁰

Überraschend im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB ist – außer es geht um das überraschende Erscheinungsbild, also die entsprechende „Verortung“ im Vertrag¹¹¹ – eine solche Klausel regelmäßig nicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie im Rider-Fall alltägliche Gegenstände die maßgeblichen Arbeitsmittel sind und es sich nicht etwa um spezielle Gegenstände, die allgemein gerade nicht vom Arbeitnehmer als Privatperson „vorgehalten werden“ handelt.

b) Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 1 BGB

aa) Benachteiligung

Eine formularmäßig gestellte Klausel im Arbeitsvertrag ist unwirksam, wenn durch sie der Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt wird. Bei dieser so genannten Angemessenheitsprüfung sind nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Weil sich im Katalog der Klauselverbote ohne und mit Wertungsmöglichkeit, §§ 309 und 308 BGB, kein explizites Klauselverbot für die Vereinbarung einer Bereitstellungspflicht findet, muss die Prüfung anhand der Generalklausel des § 307 BGB erfolgen.

Der 5. Senat stellt hier zurecht und wenig überraschend fest, dass eine Vereinbarung wie im „Rider“-Fall eine Abweichung vom aufgestellten Grundsatz darstellt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen hat.¹¹² Das korreliert mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit

109 BAG 26.11.2020 – 8 AZR 58/20, NZA 2021, 702.

110 Dazu allgemein *Kreft*, in: *Clemenz/Kreft/Krause*, 2. Auflage, BGB § 310 Rn. 25 ff.

111 Zu ihr *Hoefs*, in: *Clemenz/Kreft/Krause*, 2. Auflage, BGB § 305c Rn. 14.

112 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit erhebt der Senat die Bereitstellungspflicht der Arbeitsmittel zum gesetzlichen Leitbild im Sinne dieser Vorschriften.¹¹³

Offensichtlich besteht bei einer entsprechenden Klausel gegenüber dieser gesetzlich vorgegebenen Lage eine Benachteiligung des Arbeitnehmers – er muss nun für die Arbeitsmittel sorgen. Dabei ist es für die Frage der Benachteiligung zu Recht kein Faktor, dass der Arbeitnehmer die zur Arbeitsleistung erforderlichen Gegenstände regelmäßig selbst privat besitzt. Auch wenn die Arbeitnehmer etwa im Besitz eines Smartphones sind, was heute in der Tat vorausgesetzt werden kann, so werden sie durch die auf sie abgewälzten Bereitstellungsklauseln benachteiligt, denn grundsätzlich trifft die Bereitstellungspflicht den Arbeitgeber der Arbeitsmittel eben völlig unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer als Privatperson die gleichen Gegenstände vorhält.

Zudem sind bei der Benachteiligung auch die Folgewirkungen der übernommenen Bereitstellungspflicht zu berücksichtigen: Käme der Arbeitnehmer dieser nicht nach, so träfen ihn unter Umständen sekundärrechtliche Ansprüche des Arbeitgebers und er könnte auch keinen Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB beanspruchen, weil er nicht selbst zur vertragsgemäßen Leistung imstande ist.¹¹⁴ Eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 S. 1 BGB kann auch nicht verneint werden, weil der Arbeitnehmer ja auch sonst die Selbstbeschaffung vornehmen und dann über § 670 BGB analog Aufwendungsersatz verlangen könne. Daraus ergibt sich aber keine Pflicht des Arbeitnehmers, sondern eben nur die Möglichkeit.

bb) Kompensation?

Eine solche festgestellte Benachteiligung führt aber nach allgemeinen AGB-rechtlichen Überlegungen nicht zur Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel, wenn die Nachteile des Arbeitnehmers an anderer Stelle kompensiert werden.¹¹⁵ Dieser systematisch wichtige Kompensationsgedanke des AGB-Rechts lässt sich allerdings nur dann aktivieren, wenn der entsprechende Nachteil durch einen sachlich zusammenhängenden und gewichtig angemessenen Ausgleich für den Arbeitnehmer aufgefangen wird.¹¹⁶

113 Dazu allgemein *Klumpp*, in: Clemenz/Kreft/Krause, 2. Auflage, 2019, BGB § 307 Rn. 59 ff.

114 Dazu allgemein *Bieder*, in: BeckOGK/BGB, § 615 Rn. 49 ff.

115 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; *Klumpp*, in: Clemenz/Kreft/Krause, 2. Auflage, 2019, BGB § 307 Rn. 54; *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 7. Auflage, 2020, BGB § 307 Rn. 215.

116 BAG 24.10.2015 – 2 AZR 347/14, NZA 2016, 351; BGH 21.9.2016 – VIII ZR 27/16, NJW 2017, 325; *Wendland*, in: Staudinger (2019) BGB § 307 Rn. 125.

Wann eine ausreichende Kompensation vorliegt, ist also Wertungsfrage. Die arbeitsrechtliche Praxis zeigt sich enttäuscht,¹¹⁷ dass der 5. Senat diese Wertung nicht dadurch konturiert hat, dass er positiv festlegte, was im Falle der Abwälzung der Bereitstellungspflicht auf den Arbeitnehmer in jedem Falle ausreichend kompensierend ist, sondern lediglich negativ skizzierte, weil im zu entscheidenden Fall aus Sicht des Gerichts jedenfalls keine belastbare Kompensation zugesagt wurde.¹¹⁸

So ist zunächst und richtig der mögliche gesetzliche Anspruch aus § 670 BGB analog und also der Aufwendungsersatzanspruch keine ausreichende Kompensation. Dies führt dazu, dass er nicht berücksichtigt werden dürfe.¹¹⁹ Das ist schon deshalb richtig, weil sich die für die Aufrechterhaltung einer Klausel notwendige Kompensation aus dem Vertrag selbst ergeben muss.¹²⁰ Ansprüche, die „ohnehin“ zustehen, erfüllen diesen Gedanken nicht. Das ist nicht nur ein formales Argument,¹²¹ weil es sich aus der Struktur der AGB-Kontrolle insgesamt ergibt: Der Verwender kann außervertragliche Kompensation gerade nicht zu seinen Gunsten anführen, weil diese Ansprüche eben nicht gegenüber der ohne die Klausel bestehenden Rechtslage zusätzlich kompensieren.

Auch die Koppelung der Kompensation im vorliegenden Fall anhand einer Zahlung eines Geldbetrages mit der Arbeitsleistung in Arbeitsstunden ist nach der Rechtsprechung des 5. Senats nicht ausreichend.¹²² Das basiert auf dem Gedanken, dass das Integritätsinteresse des Arbeitnehmers, also das Interesse, dass seine privaten Gegenstände nicht durch deren Einsatz als Arbeitsmittel beeinträchtigt werden, nicht zwangsläufig zeitlich festgemacht werden kann.¹²³

Die Gefahr der Beschädigung etwa lässt sich nicht stets anhand der Einsatzzeit bestimmen: Auch während der ersten Stunde der Arbeitsleistung kann etwa ein Fahrrad eines Rider beschädigt werden. Dennoch ist der 5. Senat zu rigoros, wenn er eine entsprechende Koppelung der Kompensation an die Arbeitszeit insgesamt ablehnt: Denn es lässt sich nicht leugnen, dass die Abnutzung der eingesetzten Gegenstände mit der Dauer ihres Einsatzes durchaus in Zusammenhang steht.¹²⁴

117 Wittlich/Krülls, RdA 2022, 248, 249.

118 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

119 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401.

120 Klumpp, in: Clemenz/Kreft/Krause, 2. Auflage, 2019, BGB § 307 Rn. 53 mwN.

121 So aber offenbar Oltmanns, NZA-RR 2022, 176, 176.

122 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401

123 So auch Fischels/Stodolski, AP BGB § 611a nF Nr. 1

124 So auch Wittlich/Krülls, RdA 2022, 248, 250.

Als wichtigen Punkt sieht der 5. Senat auch, dass eine in ihrer Verwendung nicht freie Kompensation nicht ausreicht.¹²⁵ So war es auch im vorliegenden Fall, in dem der Arbeitnehmer an die Einlösung der entsprechenden zur Verfügung gestellten Geldmittel bei vom Arbeitgeber benannten Werkstätten gebunden war. Dem kann gefolgt werden, weil hier die Mittelverwendungsfreiheit und im Ergebnis auch die Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG, des Arbeitnehmers über Gebühr beeinträchtigt wird.

Positiv lässt sich daraus schließen, dass die Kompensation für den Arbeitnehmer frei verfügbar sein muss und dass es sich an der Abnutzungswahrscheinlichkeit orientieren muss.¹²⁶ Hierbei kann die Arbeitszeit eine Rolle spielen, alleiniges Merkmal wird sie nicht sein können. Ebenfalls muss die Kompensation leicht zu berechnen sein. Es widerspricht dem Kompensationsgedanken nicht, wenn eine pauschale Zahlung als Ausgleich für die Bereitstellung der Arbeitsmittel durch den Arbeitnehmer vereinbart wird.¹²⁷ Wann eine solche ausreicht, um die bestehende Benachteiligung des Arbeitnehmers auszugleichen, lässt sich nicht bis ins letzte festlegen. Jedenfalls werden hier der Wert des Arbeitsmittels, die Länge des Arbeitsverhältnisses oder die Schadens- und Abnutzungswahrscheinlichkeit eine Rolle spielen.¹²⁸

cc) Transparenz

Nur am Rande angemerkt sei, dass auch eine Bereitstellungsklausel nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB transparent sein muss. Sie muss den Arbeitnehmer erkennen lassen, „was auf ihn zukommt“.¹²⁹ Das gilt zunächst für die Frage, welche Arbeitsmittel der Arbeitnehmer wie lange und für welche konkreten Tätigkeiten zur Verfügung zu stellen hat. Das gilt aber auch für die Kompensationsregelung selbst. Auch sie muss klar zu erkennen geben, welche Kompensation der Arbeitnehmer beanspruchen kann.

4. Eigene Arbeitsmittel und Haftung

Setzt der Arbeitnehmer eigene Arbeitsmittel, wie etwa sein Smartphone, für die Arbeitstätigkeit ein, so stellt sich die Frage der Haftung im Falle der Beschädigung dieses Arbeitsmittels. Hier sind vermittelt über den Aufwendungsersatzanspruch und damit Freistellungsanspruch aus § 670 BGB analog, die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung in Anschlag zu bringen.

125 BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401; kritisch *Fischels/Stodolski*, AP BGB § 611a nF Nr. 1.

126 *Wittlich/Krülls*, RdA 2022, 248, 250.

127 *Wittlich/Krülls*, RdA 2022, 248, 249.

128 Siehe hierzu auch *Oltmanns*, NZA-RR 2022, 175, 177.

129 BAG 24.5.2018 – 6 AZR 308/17, NZA 2019, 166.

Freilich muss beim Einsatz privater Arbeitsmittel stets geprüft werden, ob im Rahmen des konkreten Schädigungsaktes eine betriebliche oder eine private Nutzung vorlag. Nur wenn die Nutzung betrieblich war, kann es im Rahmen des sogenannten betrieblichen Schadensausgleichs¹³⁰ zu einer Übernahme der Kosten durch den Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber kommen, je nachdem, welche Verschuldensform einschlägig ist. So haftet bekanntlich der Arbeitnehmer für Schäden, die er leicht fahrlässig verursacht nicht und für Schäden, die er vorsätzlich oder grob fahrlässig veranlasst, voll.¹³¹

Im mittleren Bereich ist eine Quotelung vorzunehmen. Deshalb gilt bei Einsatz privater Mittel, dass der Arbeitgeber die Beschädigung zu ersetzen hat, wenn der Arbeitnehmer nur leicht fahrlässig handelt bzw. eine Quotelung im mittleren Fahrlässigkeitsbereich vorliegt. Bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten erfolgt kein Aufwendungsersatz im Rahmen der arbeitsvertraglichen Beziehungen.

5. Folgerungen für andere neue Arbeitsformen

Aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts lassen sich weitere Folgerungen auch für andere „neue“ (oder gar nicht mehr so neue) Arbeitsformen ziehen. Denn wenn der Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitsmittel bereitzustellen hat, dann gilt dies letztlich umfassend. Das ist nicht nur so im Bereich des Einsatzes des Smartphones oder etwa eines Fahrrades, sondern letztlich überall dort, wo die entsprechenden Geräte (heutzutage oberflächlich selbstverständlich) durch den Arbeitnehmer eingesetzt werden. Deshalb gilt auch bei der Arbeit im Homeoffice, dass der Arbeitgeber auch hier die erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen hat.¹³² Es ist kein Grund ersichtlich, dass sich der Arbeitgeber hier darauf verlassen können darf, dass der Arbeitnehmer die ohnehin vorhandenen Sachen einsetzt. Das gilt für Laptop, Arbeitsplatz und sonstige Arbeitsmaterialien. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Homeoffice nur im Interesse des Arbeitgebers ist.¹³³

Für die Praxis bietet es sich an, Rechtsicherheit über kollektivrechtliche Vereinbarungen zu suchen. Den harten Vorgaben der AGB-Kontrolle kann man auf diese Weise entgehen, weil § 310 Abs. 4 S. 1 BGB Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen von dieser ausnimmt. Für kirchliche

130 BAG 15. 11. 2012 – 8 AZR 705/11, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 137.

131 BAG 15. 11. 2012 – 8 AZR 705/11, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 137.

132 Ebenso *Preis*, in: *ErfK*, 23. Aufl., BGB § 611a Rn. 627; *Oltmanns*, *NZA-RR* 2022, 175, 177.

133 *Wittlich/Krülls*, *RdA* 2022, 248, 251.

Arbeitsvertrags-RL gilt das Gleiche.¹³⁴ Für Betriebsvereinbarungen wird darauf hingewiesen, dass tarifliche Regelungen über die Bereitstellung von Arbeitsmittel (noch) nicht üblich sind,¹³⁵ deshalb wird man zurzeit noch nicht die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG zu berücksichtigen haben. So nahm etwa bereits früh der Manteltarifvertrag für das Friseurhandwerk in Nordrheinwestfalen in dessen § 5 I Kamm und Schere von der Pflicht des Arbeitgebers zur Bereit- und Instandhaltung der Arbeitsmittel aus. Ganz ohne Kompensation. Grenzen solcher kollektivrechtlichen Vereinbarungen gibt es selbstredend dennoch, freilich sind sie weiter. Sie sind insbesondere an der grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG zu messen.

IV. Fazit

Die Möglichkeiten der Digitalisierung zwingen auch das Arbeitsrecht dazu, sich weiterzuentwickeln. Die Entscheidung des 9. Senats zur Plattformarbeit hat gezeigt, dass das Instrument des konkreten Weisungsrechts nach § 106 GewO nicht zwangsläufig das Arbeitsverhältnis prägen muss. Noch mehr, es kommt zum Auseinanderfallen von Weisungsunterworfenheit und Fremdbestimmung. Das freilich löst Folgefragen für die Bestimmung der konkreten Leistungspflicht des Arbeitnehmers aus. Auf der anderen Seite zeigt der Problembereich über die Bereitstellung der Arbeitsmittel, dass der dogmatische Grund für die Lösung dieser Fragen gegeben ist.

134 BAG 8.9.2021 – 10 AZR 322/19, NZA 2022, 55.

135 Wittlich/Krülls, RdA 2022, 248, 251.

Diskussion*

Im Zentrum der von Professor Dr. *Volker Rieble* geleiteten Diskussion stand die Frage nach der Arbeitspflicht. Professor Dr. *Abbo Junker* wies darauf hin, dass das BAG nach dem amtlichen Leitsatz zu der Entscheidung vom 01.12.2020 das Bestehen einer Arbeitspflicht voraussetze („[...] wenn der Crowdworker zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet ist“). Maßgeblich sei eine Betrachtung der Gesamtheit der Einzelaufträge. Eine separate Bewertung der einzelnen Aufträge sei künstlich und nicht sachgerecht. Dies komme in der Regelung des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB zum Ausdruck. Andere Diskussionsteilnehmer verneinten dagegen eine generelle Arbeitspflicht. Angesichts des Fehlens von Arbeitspflicht und Weisungsrecht als Kennzeichen eines Arbeitsverhältnisses gab Juniorprofessor Dr. *Stephan Gräf* zu bedenken, ob es dogmatisch nicht konsequenter sei, das Arbeitsrecht analog anzuwenden, statt den Begriff des Arbeitsverhältnisses auszudehnen und auf wesentliche Merkmale zu verzichten. Die Plattformarbeit könne als arbeitsgleiches Verhältnis einzuordnen sein. *Waltermann* bezweifelte das Vorliegen einer Regelungslücke, welche eine Analogie voraussetze. Nach Professor Dr. *Richard Giesen* ist es in dogmatischer Hinsicht möglich, eine Pflicht zu konstruieren, die sofort mit ihrer Erfüllung erlischt. Dieser Grundgedanke liege auch der Handschekung zugrunde. *Klumpp* wandte ein, dass die „Mikropflicht“ bei Annahme eines einzelnen Arbeitsauftrags zu unterscheiden sei von der „Hauptarbeitspflicht“, wie sie bestünde bei Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung.

Weiterhin diskutierten die Teilnehmer, inwieweit ein Crowdworker tatsächlich die Freiheit habe, Einzelaufträge abzulehnen. Rechtsanwalt Dr. *Alexander Lentz* sah im Crowdworker-Fall des BAG bei Ablehnung des Auftrags einen drohenden Rechtsverlust in Form einer Herabstufung im Anreizsystem. Angesichts der Ausgestaltung des Anreizsystems im Sinne eines spielerischen Wettbewerbs („Gamification“) und der Fremdbestimmung durch Nudging verneinte er eine solche Freiheit des Plattformtätigen. Dagegen wandte *Klumpp* ein, dass in dem konkreten Fall keine Sanktion drohte, sondern die Ablehnung eines Auftrages lediglich zu einem Verbleiben auf dem bisherigen Level führte. Die „Nicht-Hinaufstufung“ sei keine Sanktion.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Anna Kuhn*.

Richtlinienvorschlag Plattformarbeit:
Anwendungsbereich und Beschäftigungsstatus

Claudia Schubert

	Seite
I. Einleitung.....	70
II. Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie.....	73
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	73
2. Persönlicher Anwendungsbereich: Plattformtätige und Plattformbeschäftigte.....	75
3. Internationaler Anwendungsbereich.....	77
4. Fazit.....	78
III. Widerlegliche Vermutung des Arbeitsverhältnisses.....	78
1. Anwendungsbereich der Vermutungsregelung.....	78
2. Widerlegliche Vermutung nach Art. 4 Richtlinienvorschlag.....	80
a) Kommissionsvorschlag und Gesetzgebungsverfahren.....	80
b) Widerlegung der Vermutung.....	83
c) Funktionalität der vorgeschlagenen Rechtsvermutung.....	83
d) Funktionalität der vorgeschlagenen Kriterienauswahl.....	85
e) Fazit.....	87
3. Verfahren zur Bestimmung des Vertragsverhältnisses.....	87
IV. Zusammenfassung und Ausblick.....	88
Diskussion.....	90

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit* (München 2023), S. 69-89

I. Einleitung

Das Phänomen der Plattformarbeit gibt es seit nicht einmal zehn Jahren und seine praktische Relevanz ist immer noch auf einen kleinen Teil der Erwerbsbevölkerung beschränkt. Umso bemerkenswerter ist die große Aufmerksamkeit, die die Plattformarbeit in der Arbeitsrechtswissenschaft und der Rechtspolitik erfährt. Die Europäische Union hat die Plattformarbeit frühzeitig zur Befriedigung bereits erkennbarer Schutzbedarfe in die Regulierung der digitalen Transformation der Wirtschaft einbezogen. Der Handlungsbedarf wird mit der wachsenden sozio-ökonomischen Bedeutung dieser Beschäftigungsform begründet und auf eine Vielzahl von Studien gestützt.¹ Die Europäische Kommission ergänzt ihre Digitalpolitik²

-
- 1 CEPS, Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, 2019; *De Groen/Kilhoffer/Westhoff/Postica/Shamsfakhr*, Digital Labour Platforms in the EU: Mapping and Business Models, 2021; PPMI, Study to support the impact assessment of an EU initiative on improving working conditions in platform work, 2021; s. auch *Forde u.a.*, European Parliament, DG Internal Policies, The social protection of workers in the platform economy, 2017; *Hauben/Lenaerts/Waeyaerts*, European Parliament, Employment Committee, The platform economy and precarious work, 2020; *Pesole u.a.*, European Commission, New evidence on platform work in Europe, 2018; *Brancati/Pesole/Fernández-Macías*, European Commission, New evidence on platform work in Europe, 2020; *Riso*, Eurofound, Digital age Mapping the contours of the platform economy, 2019; *Daugareilh/Degryse/Pochet*, ETUI, Platform economy and social law, Working paper 2019.10.; *Piasna/Zwysen/Drahokoupil*, ETUI, The platform economy in Europe, Working paper 2022.5; weiter *Berg*, ILO, Income security in the on-demand economy, 2016; *Berg u.a.*, ILO, Digital labour platforms and the future of work, 2018; *Johnston/Land-Kazlauskas*, ILO, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, 2019; ILO, World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work, 2021.
 - 2 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-Verordnung), Amtsblatt EU 2019 L 186/57; Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 1.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), Amtsblatt EU 2022 L 265/1; s. auch Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), KOM(2020) 825 endgültig, 15.12.2020; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur

insoweit durch sozialpolitische Maßnahmen und wirkt dadurch auf eine Verwirklichung der rechtspolitischen Maßgaben der Europäischen Säule sozialer Rechte hin.

Im Dezember 2021 legte die EU-Kommission einen Vorschlag für ein Maßnahmenpaket vor, zu dem der Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei Plattformarbeit³ und Leitlinien über die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Kollektivverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen gehören. Die Leitlinien wurden bereits am 29.9.2022 verabschiedet.⁴ Der Richtlinienvorschlag liegt inzwischen dem Europäischen Parlament vor. Dieser soll Mindeststandards für die Plattformarbeit schaffen und verfolgt drei zentrale Ziele: (1) das Vermeiden von Scheinselbständigkeit durch eine widerlegliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft, (2) die Förderung von Transparenz und Verantwortung beim Management durch Algorithmen und (3) die Verbesserung der Transparenz der Plattformarbeit gegenüber den Behörden.⁵

Der hier zu behandelnde Anwendungsbereich der Richtlinie ist bewusst weit gefasst, weil sog. Arbeitsplattformen nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Selbständige beschäftigen, die in ihrer Berufsausübung vor allem durch das *algorithmic management* beschränkt werden und insoweit gegenüber den Plattformen als strukturell überlegenem Vertragspartner des Schutzes bedürfen. Das fügt sich konsistent in die Politik der Kommis-

Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM(2021) 206 endgültig, 21.4.2021; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte, KOM(2021)202 endgültig, 21.4.2021.

3 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, KOM(2021) 762 endgültig, 9.12.2021.

4 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen, K(2022) 6846 endgültig, 29.9.2022.

5 Zur Richtlinie *Krause*, NZA 2022, 521 ff.; vgl. zur widerleglichen Vermutung auch *De Stefano*, The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview, Italian Labour Law e-Journal 2022, <https://illej.unibo.it/article/view/15233> (zuletzt am 30.10.2022); *Söller*, ZESAR 2022, 212 ff.; vgl. zum algorithmic management *Aloisi/Potocka-Sionek*, De-gigging the labour market? An analysis of the 'algorithmic management' provisions in the proposed Platform Work Directive, Italian Labour Law e-Journal 2022, <https://illej.unibo.it/article/view/15027>; *Otto*, A step towards digital self- & co-determination in the context of algorithmic management systems, Italian Labour Law e-Journal 2022, <https://illej.unibo.it/article/view/15220> (alle zuletzt am 30.10.2022).

sion ein, die in den Plattformen einen sog. Game-Changer für den Wettbewerb sieht und sie inzwischen intensiv reguliert. Das Schutzniveau für Arbeitnehmer und Selbständige ist aber nicht gleich, sondern mit Rücksicht auf die Unterschiede in der Beschäftigung abgestuft.

Der zweite hier im Mittelpunkt stehende Aspekt, die widerlegliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft der Plattformbeschäftigten, dient vor allem der effektiven Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte und des Sozialrechts. Eine allgemeine Regelung des Arbeitnehmerbegriffs, die rechtspolitisch erwogen wurde, hat die EU-Kommission mit Rücksicht auf die beschränkte Einzelermächtigung der Europäischen Union nicht aufgenommen, sondern hat eine widerlegliche Vermutung entwickelt, ohne den Arbeitnehmerbegriff in den Mitgliedstaaten oder im Unionsrecht explizit zu ändern. Dabei konnte die Kommission an die Kriterien anknüpfen, die in den mehr als 175 Gerichtsentscheidungen in 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. der EFTA herangezogen wurden.⁶ Zudem enthält das Arbeitsrecht in einer Reihe von Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine allgemeine Vermutungsregel für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (z. B. in Estland, Griechenland, Kroatien, Malta, Niederlande, Portugal, Slowenien, Spanien)⁷, vereinzelt sind auch berufsgruppenspezifische Vermutungsregeln kodifiziert (z. B. in Belgien und Frankreich)⁸. Zusätzlich hat die Literatur Vorschläge für eine unionsrechtliche Regelung

-
- 6 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei der Plattformarbeit, KOM(2021) 762 endgültig, 9.12.2021, S. 14; Zu den Entscheidungen *Hiebl*, Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2021, 465 ff.
- 7 *Grgurev*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 59, 79 f.; *Tavits*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 149, 166 f.; *Papadimitriou*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 275, 287; *Mifsud Cachia*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 435, 454 ff.; *van Voss*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 477, 499 f.; *Abrantes/Canas da Silva*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 543, 553 f.; *Končar*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 641, 654 f.; *García Murcia/Rodríguez Cardo*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 657, 671 f.; dazu *Hiebl*, *Italian Labour Law e-Journal (ILLeJ)* 2022, 13, 19 f., <http://doi.org/10.6092/issn1561-8048/15210> (zuletzt am 30.10.2022); *Kullmann*, *Platformisation of work: An EU perspective on Introducing a legal presumption*, *ELLJ* 2022, 66, 68 f.
- 8 *Kessler*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 197, 212 ff.; *Rauws*, in: Waas/van Voss (Hrsg.), *Restatement of Labour Law in Europe*, 2017, S. 23, 38 ff.; dazu *Hiebl*, *ILLeJ* 2022, 13, 19 f.; *Kullmann*, *ELLJ* 2022, 66, 68 f.

gemacht.⁹ Auch die neuen Regelungen in den Mitgliedstaaten, die unmittelbar auf die Kurierdienste und Fahrdienstleister oder Arbeitsplattformen im Allgemeinen reagieren, enthalten zum Teil solche Vermutungsregelungen.¹⁰

Die Kommission geht davon aus, dass es den Plattformen leichter fällt als den Beschäftigten, deren Arbeitnehmereigenschaft bzw. deren Selbständigkeit abschließend gerichtlich klären zu lassen.¹¹ Sie verwalten eine Vielzahl von Vertragsbeziehungen zentral und steuern die Plattformtätigen zudem durch das algorithmische Management, dessen Funktionsweise und Parameter primär der Plattform zugänglich sind. Die Mitgliedstaaten sollen geeignete Verfahren zur Verfügung stellen, um den Beschäftigungsstatus klären zu lassen. Zudem soll die Vermutung möglichst umfassend Wirkung entfalten. Ob die Europäische Union hierfür über die notwendige Kompetenz verfügt und ob die Gestaltung der Richtlinie ihrer Zielstellung genügt, soll im Folgenden erörtert werden.

II. Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich erfasst die vorgeschlagene Richtlinie die Plattformarbeit (Art. 1 Abs. 1). Damit ist jede Arbeit gemeint, „die über digitale Arbeitsplattformen organisiert“ wird, ohne dass es auf ein Vertragsverhältnis ankommt (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2). Den Begriff der Arbeitsplattform definiert Art. 2 Abs. 1 Nr. 1, wobei die Beschreibung eigentlich nicht allein den Gegenstand erfasst, sondern auch die Plattformbetreiber beschreibt („jede natürliche oder juristische Person, die [...]“). Die Arbeitsplattformen sind danach kommerzielle Dienstleister, die zumindest teilweise auf elektronischem Wege – also vermittels einer Webseite oder Handy-App – auf Verlangen ihrer Kunden, als Empfänger, die Dienstleistung vermitteln und die Arbeit der Plattformtätigen organisieren. Nicht erfasst sind hingegen güterbezogene Plattformen, bei denen die Dienstleistung in Form der Nutzung oder des Angebots von Gütern Hauptzweck ist und die Organisation von Dienstleistungen somit allenfalls untergeordnet oder nebensächlich ist (Art. 2 Abs. 2). Plattformen, über die Waren vertrieben oder vermietet

9 *Countouris/De Stefano*, New trade union strategies for new forms of employment (ETUC), 2019, 17; *Risak*, Fair Working Conditions for Platform Workers, 2018, 13 ff., <https://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/14055.pdf> (zuletzt am 30.10.2022).

10 Vgl. z. B. Ley 12/2021 (sog. Ley Rider in Spanien), dazu *Pérez del Prado*, in: Miranda Boto/Brameshuber (Hrsg.), *Collective Bargaining and the Gig Economy*, 2022, S. 179, 190 ff.

11 Vgl. Erwägungsgrund 9 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3); dazu auch *Risak* (Fn. 11) 14.

werden, sind somit nicht erfasst, selbst wenn der Transport der Ware zum Kunden Teil der geschuldeten Leistung ist, solange dies nur untergeordnete Bedeutung hat. Das Gleiche gilt bei Serviceleistungen, die in Ergänzung zur Vermietung von Unterkünften erbracht werden (z. B. Grundreinigung).¹²

Entscheidendes Kennzeichen für eine elektronische Plattform, die als Arbeitsplattform zu qualifizieren ist, stellt die von der Plattform geleistete Organisation der Arbeit dar (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1).¹³ Hierdurch erhält die Plattform Einfluss auf die Dienstleistungserbringung und erlangt somit auch Kontrolle, deren Intensität variieren mag. Damit ist sie weit mehr als ein schwarzes Brett, das nur der Information über Angebot und Nachfrage in der Form enthält, wie es die Anbieter oder Nachfrager mitteilen. Sie erbringen eine Strukturierungsleistung, indem sie Angebot und Nachfrage aufeinander abstimmen. Das kann sich auf die Konfektionierung von Dienstleistungen und deren Zuordnung zu den Empfängern beziehen. Dazu kann die Vorstrukturierung des Arbeitsprozesses, aber auch die Bestimmung des Preises, die Kontrolle der Durchführung oder die Abwicklung der Zahlungsvorgänge gehören.¹⁴ Für die Organisation von Plattformarbeit i. S. der Richtlinie ist es nicht notwendig, dass die Plattform all diese Aspekte beeinflusst. Schließlich gilt die Richtlinie auch für Selbständige, so dass Plattformen mit einer niedrigeren Kontrollintensität in Bezug auf das Handeln des Plattformtätigen ebenfalls erfasst sind.

Die Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 gibt zudem vor, dass es sich stets um eine mehrseitige Rechtsbeziehung, also mindestens ein Dreiecksverhältnis, handelt, das zwischen Plattformtätigen, Arbeitsplattform und dem Empfänger der Dienstleistung (Kunde der Plattform) entsteht.¹⁵ In der Praxis findet Plattformarbeit in Form des direkten oder indirekten Crowdwork statt.¹⁶ Während im ersten Fall die Plattform nur als Vermittler für einen Vertragsschluss zwischen dem Plattformtätigen und dem

12 Für eine Erweiterung der Richtlinie auf Personen, die Nebenleistungen erbringen, sofern sie notwendig und wesentlich sind, s. Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen – Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, ABl. EU 2022 C375/45, 47.

13 Erwägungsgrund 18 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3).

14 Erwägungsgrund 18 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3); ausführlich *Krause*, NZA 2022, 521, 525 f.

15 Siehe *Krause*, NZA 2022, 521, 524.

16 *Koch/Hensel*, NZA 2016, 984, 985; *Schubert*, RdA 2018, 200, 202; *Waas*, in: *Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka*, Crowdwork – A Comparative Law Perspective, 2017, S. 142, 145. Zu den Begrifflichkeiten generell vgl. *de Groen/Kilhoffer/Lenaerts/Mandl*, Eurofound, Digital Age. Employment and working conditions of selected types of platform work, 2019, 9 ff.; *Riso*, Eurofound, Digital age Mapping the contours of the platform economy, 2019, 5 ff.

Empfänger der Dienstleistung auftritt (sog. Agenturmodell), ist sie im zweiten Fall selbst Gläubiger des Plattformtätigen und Schuldner des Empfängers der Dienstleistung in Bezug auf die konkrete Dienstleistung (sog. Leistungskettenmodell).¹⁷ Die Richtlinie erfasst beide Gestaltungsformen. Die Arbeitsplattform handelt jeweils auf Verlangen des Empfängers der Dienstleistung, Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 setzt nicht voraus, dass die Arbeitsplattform im Verhältnis zum Empfänger selbst Schuldner der Dienstleistung ist. Sie muss lediglich auf Verlangen des Empfängers handeln und die Arbeit organisieren. Das ist sowohl beim Agentur- als auch beim Leistungskettenmodell der Fall.

Nicht erfasst sind lediglich solche Plattformen, die von einem Unternehmen zur Befriedigung seines eigenen Bedarfs an Dienstleistungen aufgesetzt werden. Dabei kann es sich um unternehmensinterne Plattformen handeln, so dass die Arbeitnehmer des Unternehmens ihre Arbeitszeit teilweise oder vollständig nach ihren Präferenzen über die Plattform einsetzen können.¹⁸ Die Plattform kann aber auch zum Einkauf externer Dienstleistungen dienen. In diesen Fällen können sich vergleichbare Konflikte hinsichtlich des Managements durch Algorithmen oder der Einordnung als Arbeitnehmer ergeben.¹⁹ Den Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen, solche Plattformen bei der Umsetzung der Richtlinie einzubeziehen.²⁰

2. Persönlicher Anwendungsbereich: Plattformtätige und Plattformbeschäftigte

Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst die – nicht explizit genannten – Plattformbetreiber und die Personen, die Plattformarbeit leisten, unabhängig davon, wie das Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist (Art. 2 Abs. 1 Nr. 3). Verkürzt können Letztere als Plattformtätige bezeichnet werden. Damit sind Arbeitnehmer und Selbständige, die Plattformarbeit leisten, gleichermaßen erfasst. Ein Vertragsverhältnis wird zwar vorausgesetzt, das führt aber nicht zu einer Beschränkung des Anwendungsbereichs. Bereits die Anmeldung bei der Plattform begründet regelmäßig ein Vertragsverhältnis.

Als Untergruppe der Plattformtätigen identifiziert die Richtlinie die sog. Plattformbeschäftigten (Art. 2 Abs. 1 Nr. 4).²¹ Das sind alle Plattformtätigen

17 Vgl. auch *Krause*, NZA 2022, 521, 524.

18 Zum sog. internen Crowdwork *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 985; *Schubert*, RdA 2018, 200, 202; vgl. auch *Waas*, in: *Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka* (Fn. 16), S. 142, 145.

19 Ebenso *Krause*, NZA 2022, 521, 524.

20 Vgl. Erwägungsgründe 13 und 17 des Richtlinienvorschlags (Fn. 3).

21 Ausführlich zum Begriff *Krause*, NZA 2022, 521, 526 f.

gen, die nach dem Recht, den Tarifverträgen oder Gepflogenheiten des Mitgliedstaates in einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis stehen. Die Richtlinie verweist somit auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff fügt aber wie in anderen jüngeren Richtlinien²² hinzu, dass „die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist“. Diese Formulierung nimmt auf die Vielzahl von Entscheidungen des EuGH Bezug, die jeweils Richtlinien betrafen, die auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen, und deren Anwendung dennoch auf Personen ausgedehnt wurde, die keine Arbeitnehmer im mitgliedstaatlichen Sinne waren (z. B. Beamte, Richter, Praktikanten, Geschäftsführer).²³

Diese Judikate wurden in der deutschen Literatur regelmäßig kritisiert²⁴, sind im Ergebnis aber zu Recht erfolgt. Der Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff gibt dem Mitgliedstaat nicht das Recht, das Erreichen des Richtlinienziels durch ein enges Begriffsverständnis zu vereiteln.²⁵ Zudem darf eine Richtlinie bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs durch einen solchen Verweis nicht gegen Art. 20 GRC als Primärrecht verstoßen.²⁶ Führt der Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff dazu, dass Beschäftigte, die einem Arbeitnehmer vergleichbar sind, aber vom nationalen Recht nicht als Arbeitnehmer eingeordnet werden

-
- 22 Z. B. Art. 1 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/1152, Art. 2 Richtlinie (EU) 2019/1158.
- 23 Z. B. EuGH 13.9.2007 – C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509, Rn. 27 (Del Cerro Alonso); 22.12.2010 – C-444/09, ECLI:EU:C:2010:819, Rn. 41, 43 (Gaviero Gaviero); 8.9.2011 – C-177/10, ECLI:EU:C:2011:557, Rn. 40, 44 (Rosado Santana); 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2011:110, Rn. 34 (O’Brien); 3.7.2014 – C-362/13, ECLI:EU:C:2014:2238, Rn. 29 (Fiamingo); 9.7.2015 – C-177/14, ECLI:EU:C:2015:450, Rn. 34 (Regojo Dans); 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhlandklinik).
- 24 Z. B. *Kerwer/Just*, EuZA 2016, 62, 66; *Krebber*, EuZA 2017, 3, 12, 18; *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, RL 1999/70/EG Anh. § 2 Rn. 14 f.; anderer Ansicht *Brose*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 13.20 ff.
- 25 Auf die praktische Wirksamkeit verweisend EuGH 13.9.2007 – C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509, Rn. 29 (Del Cerro Alonso); 22.12.2010 – C-444/09, ECLI:EU:C:2010:819, Rn. 41, 43 (Gaviero Gaviero); 8.9.2011 – C-177/10, ECLI:EU:C:2011:557, Rn. 40, 44 (Rosado Santana); 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2011:110, Rn. 34 ff., 44 (O’Brien); 9.7.2015 – C-177/14, ECLI:EU:C:2015:450, Rn. 34 (Regojo Dans).
- 26 Dazu *Schubert*, ZESAR 2020, 147, 149 f.; auf den Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeinen Rechtsgrundsatz verweisend EuGH 13.9.2007 – C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509, Rn. 27 (Del Cerro Alonso); 22.12.2010 – C-444/09, ECLI:EU:C:2010:819, Rn. 41, 43 (Gaviero Gaviero); 8.9.2011 – C-177/10, ECLI:EU:C:2011:557, Rn. 40, 44 (Rosado Santana); 9.7.2015 – C-177/14, ECLI:EU:C:2015:450, Rn. 31 ff. (Regojo Dans); auf Art. 20 GRC verweisend EuGH 25.7.2018 – C-96/17, ECLI:EU:C:2018:603, Rn. 20 (Vernaza Ayovi); 9.3.2017 – C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, Rn. 64 (Milkova).

(z. B. Rote-Kreuz-Schwestern) und somit nicht die von der Richtlinie vorgesehenen Rechte haben, so ist dies ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz und stünde im Widerspruch zum Richtlinienziel. Die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs korrigiert dies. Indem die Richtlinie auf diese Rechtsprechung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 verweist, bestätigt sie das bisherige Vorgehen des EuGH.

Im Ergebnis tastet die Richtlinie weder den nationalen noch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an. Aus deutscher Perspektive bleibt es daher für die Einordnung der Plattformbeschäftigten beim Rückgriff auf § 611a BGB. Das BAG hat in seiner Crowdwork-Entscheidung insoweit die Anreizwirkung der von Algorithmen gesteuerten App, die Unübertragbarkeit des Plattformaccounts und die Notwendigkeit einer Vollzeitstätigkeit für ein angemessenes Einkommen berücksichtigt.²⁷ Bei aller (berechtigter) Kritik an den Entscheidungsgründen des BAG²⁸ ist jedoch hier festzuhalten, dass die Richtlinie jedenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung zwingt. Die Auseinandersetzung über die Abgrenzung des Arbeitsvertrages nach § 611a Abs. 1 BGB bleibt insofern Sache der nationalen Gerichte.

3. Internationaler Anwendungsbereich

Arbeitsplattformen können ihre elektronischen Dienstleistungen ohne weiteres über Ländergrenzen hinweg erbringen. Die Richtlinie gilt für alle Arbeitsplattformen, die Plattformarbeit organisieren, welche in der Europäischen Union erbracht wird (Art. 1 Abs. 3). Maßgebend ist somit nicht die Niederlassung der Plattform. Grundsätzlich können die Plattformen für die Vertragsverhältnisse zu den Plattformtätigen und den Empfängern der Dienstleistung frei das anwendbare Recht wählen (Art. 3 Rom-I-Verordnung). Die Bestimmungen, die der Umsetzung der Richtlinie über Plattformarbeit dienen, sind jedoch Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Abs. 1 Rom-I-Verordnung. Darauf verweist bereits Art. 1 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs („unabhängig von dem ansonsten anwendbaren Recht“). Zudem handelt es sich um Bestimmungen zur Sozialpolitik und zum Datenschutz, die im öffentlichen Interesse einen Mindeststandard für die Plattformtätigen innerhalb der Europäischen Union sicherstellen sollen und daher nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegen.

4. Fazit

Die Beschreibung des Anwendungsbereichs der Richtlinie, der für die anschließenden Regelungen zur widerleglichen Vermutung und zum Management durch Algorithmen und zur Transparenz gegenüber den Behör-

²⁷ BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

²⁸ Vgl. z. B. Häferer/Koops, NJW 2021, 1787; Riesenhuber, ZFA 2021, 5 ff.; Sittard/Pant, jM 2021, 416 ff.; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA-RR 2021, 231 ff.

den von Bedeutung ist, ist funktional und kann grundsätzlich das Regelungsziel erreichen. Die Erweiterung der Richtlinienumsetzung auf Plattformen zur Befriedigung des eigenen Bedarfs sollte allerdings erwogen werden. Die von der Richtlinie angestrebten Ziele haben auch bei solchen Plattformen ihre Berechtigung.

III. Widerlegliche Vermutung des Arbeitsverhältnisses

Zentrale Bausteine des Richtlinienentwurfs sind die Vorgabe, dass geeignete Verfahren für die Bestimmung des Beschäftigungsstatus vorhanden sein müssen (Art. 3), und die widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses (Art. 4, 5). Beides soll der fehlerhaften Einordnung von Beschäftigungsverhältnissen und der damit verbundenen Entziehung von Arbeitnehmerschutzrechten und Sozialschutz entgegenwirken. Das dient der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit.²⁹ Die Vermutung in Art. 4 des Richtlinienentwurfs hat zur Folge, dass der Beschäftigte als Arbeitnehmer gilt, aber nicht vor Ablauf der Umsetzungsfrist (vgl. Art. 4 Abs. 4). Der Richtlinienentwurf stützt sich insoweit auf die ILO-Empfehlung Nr. 198 aus 2006.³⁰

1. Anwendungsbereich der Vermutungsregelung

Unklar ist bereits der Anwendungsbereich der Vermutungsregelung. Nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 soll sie „in allen einschlägigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren“ gelten. Die Richtlinie zielt auf eine weitreichende Anwendung. Das belegt Erwägungsgrund 6, wonach der Zugang zu arbeitnehmerspezifischen „Arbeits- und Sozialrechten“, einschließlich der Steuerbemessungsgrundlagen, erhalten werden soll. Insofern soll die Vermutung, auch wenn sie auf das Arbeitsverhältnis Bezug nimmt, keineswegs nur das Arbeitsrecht, sondern auch das Sozial- und Steuerrecht erfassen. Dieser holistische Ansatz stößt jedoch auf zwei Probleme: Erstens hat die Europäische Union nicht in all diesen Bereichen die notwendige Regelungskompetenz; Zweitens greifen diese Rechtsgebiete in den Mitgliedstaaten – jedenfalls in Deutschland – nicht übereinstimmend auf den Arbeitnehmerbegriff zurück.

Für die Prüfung der Kompetenzen kommt es zunächst auf die Einordnung der Regelung an. Eine gesetzliche Vermutung wird in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union eher als eine materiell-rechtliche Regelung qualifiziert und nicht als Teil des Verfahrensrechts.³¹ Darauf deutet Art. 25

29 Erwägungsgrund 19 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3).

30 Erwägungsgrund 21 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3).

31 Zum deutschen Recht *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 292 Rn. 15; s. hierzu auch *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 26 ff.; *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere

Abs. 1 S. 2 der Model European Rules of Civil Procedure hin.³² Schon deshalb bedarf es einer Ermächtigung für den erfassten Bereich des materiellen Rechts. Zudem zielt die Regelung auf eine effektive Rechtsdurchsetzung und ist insoweit Annex zu den betreffenden materiell-rechtlichen Regelungen. Ein erheblicher Teil des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts wird jedoch nicht vom Unionsrecht harmonisiert (z. B. das allgemeine Kündigungsrecht) oder ist allenfalls koordiniert (wie im Sozialrecht) oder ist nicht einmal harmonisierbar (z. B. Koalitionsrecht, Entgelt gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV). Für eine umfassende Wirkung der Vermutungsregelung fehlt daher der Europäischen Union die Kompetenz, so dass eine Beschränkung auf das Unionsrecht erforderlich ist.³³ Schließlich verweist die Richtlinie in den Erwägungsgründen nur auf Art. 153 Abs. 2 lit. b, Abs. 1 lit. b AEUV und Art. 16 Abs. 2 AEUV, was keineswegs den Umfang der hier intendierten Wirkung der Vermutungsregelung abdeckt. Das gilt insbesondere für das Sozial- und Steuerrecht. Das legt bereits eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der widerleglichen Vermutung nahe.³⁴

Allerdings geht es der Richtlinie nicht um eine Harmonisierung zwischen den Mitgliedstaaten, was dem Zweck der Ermächtigungsnormen entspräche, sondern um eine effektive Anwendung des nationalen Arbeitnehmerschutzrechts, auch über den Bereich der harmonisierten Normen hinaus. Erwägungsgrund 19 erklärt, dass eine umfassende Einhaltung des nationalen und europäischen Arbeitsrechts angestrebt wird (einschließlich des Rechts der Selbständigen und solcher Sondergruppen wie die der arbeitnehmerähnlichen Personen). Im Gegensatz dazu beschränkt sich die Ausgangsregelung zur Bestimmung des Beschäftigungsstatus in Art. 3 Abs. 1 am Ende richtigerweise auf Rechte, „die sich aus dem für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Unionsrecht ergeben.“ In ähnlicher Weise hat die Europäische Union in der Whistleblowing-Richtlinie (Richtlinie [EU] 2019/1937) diese Form des Private Enforcement bewusst nur dort eingeführt, wo es um die Durchsetzung von Unionsrecht ging, um die Kompetenzgrenzen zu wahren.

bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, 1966, S. 67 ff.; *Rosenberg*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 1965, 224, 242.

32 Vgl. ELI/UNIDROIT, Model European Rules of Civil Procedure, Art. 25 (1) Each party is required to prove all the relevant facts supporting its case. Parties must offer evidence supporting their factual contentions. Substantive law determines the burden of proof.

33 Vgl. auch *Krause*, NZA 2022, 521, 523 f., 527 f.

34 Vgl. auch *Krause*, NZA 2022, 521, 523 f., 527 f.; s. auch *Hießl*, ILLeJ 2022, 13, 26; anders *Kullmann*, ELLJ 2022, 66, 78.

Um die Einschränkung in Art. 3 Abs. 1 aE dürfte intensiv gerungen worden sein. Insgesamt sind die Bestimmungen nicht konsistent. Einerseits beziehen sich Art. 2 Abs. 1 Nr. 4, Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 des Entwurfs auf Arbeitsverhältnisse im Sinne der in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten. Andererseits beschränkt Art. 3 Abs. 1 aE die widerlegliche Vermutung des Arbeitsverhältnisses auf Rechte, die sich aus dem Unionsrecht ergeben. Das Unionsrecht legt jedoch nur zum Teil den mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde, im Übrigen gilt der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, der zudem nicht vollständig einheitlich interpretiert wird.³⁵ Eigentlich hätte es auch bei den Begriffsbestimmungen nahegelegen, auf den nach dem jeweiligen Unionsrecht geltenden Arbeitnehmerbegriff Bezug zu nehmen. Zudem sollte Art. 5 angepasst werden, damit der Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 aufgelöst wird. Damit gilt die gesetzliche Vermutung vor allem im Bereich des Arbeitsrechts, wo sich aus dem Unionsrecht selbst Rechte und Pflichten ergeben. Das steht auch in Einklang mit der gewählten Ermächtigungsgrundlage, Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV.

Im Ergebnis bleibt der Anwendungsbereich der gesetzlichen Vermutung deutlich hinter den ursprünglichen Ambitionen der Europäischen Kommission zurück. Sie gilt nur dort, wo Unionsrecht den Arbeitnehmern selbst Rechte einräumt und effektiviert deren Durchsetzung. Damit wird diese Richtlinie nicht den politischen Erfolg haben, den die Europäische Kommission bei ihrer Initiative angestrebt hat. In den Mitgliedstaaten trägt sie zudem zu einer ohnehin schon weit fortgeschrittenen Ausdifferenzierung der Begriffe innerhalb des Arbeitsrechts bei. Vereinfachend wirkt dies im Ergebnis nicht.

2. Widerlegliche Vermutung nach Art. 4 Richtlinienvorschlag

a) Kommissionsvorschlag und Gesetzgebungsverfahren

Zur Vermeidung von Scheinselbstständigkeit und zur Verbesserung des Zugangs zu Arbeitnehmerrechten und Sozialschutz setzt der Richtlinienvorschlag vor allem auf eine widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zur Arbeitsplattform (Art. 4 Abs. 1) und die Festlegung, dass sich die Feststellung auf Tatsachen (einschließlich des algorithmischen Managements) stützt (Art. 3 Abs. 2 S. 1). Das Abstellen auf Tatsachen ist in den Mitgliedstaaten bei der Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft im Grundsatz üblich, eine widerlegliche Vermutung kennt aber nur eine Minderheit der nationalen Rechtsordnungen in der Europäischen Union.

35 Genauer dazu *Rebhahn*, EuZA 2012, 3, 22 ff.; *Temming*, SR 2016, 158, 165; *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011, S. 124 ff.

Die widerlegliche Vermutung betrifft den Arbeitsvertrag; damit wird zugleich der Betreiber der Arbeitsplattform zum Arbeitgeber. Ihn trifft die Verantwortung wegen der Kontrolle, die er über die Arbeitsleistung hat. Das Rechtsverhältnis zum Empfänger der Dienstleistung wird hingegen nicht erfasst. Mit Rücksicht auf das Ziel der Richtlinie ist dies unschädlich, weil die Empfänger regelmäßig wechseln und eine langfristige Vertragsbeziehung vor allem zur Arbeitsplattform besteht. Schließlich sieht der Kommissionsvorschlag zu Recht von einer Änderung oder Konkretisierung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs aus Kompetenzgründen ab.³⁶ Auch der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff bleibt unberührt, zumal er ohnehin nicht durch eine Richtlinie geändert werden kann, weil er auch im Primärrecht verankert ist. Es soll lediglich die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses erleichtert werden.

Basis für die Vermutung eines Arbeitsverhältnisses ist nach Art. 4 Abs. 1, dass zwischen der digitalen Arbeitsplattform und dem Plattformtätigen ein Vertragsverhältnis besteht und die Arbeitsplattform die Arbeitsleistung i. S. von Art. 4 Abs. 2 kontrolliert. Zentrales Kriterium für die Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag ist somit nicht die Fremdbestimmtheit und die daraus resultierende persönliche Abhängigkeit bzw. die Weisungsabhängigkeit, sondern die Kontrolle des Plattformbeschäftigten bei der Arbeitsleistung durch die Arbeitsplattform (vgl. Art. 4 Abs. 1).³⁷

Eine Kontrolle durch die Plattform liegt nach Art. 4 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs vor, wenn zwei der dort aufgezählten fünf Kriterien erfüllt sind. Die Aufzählung knüpft an drei sehr konkrete Kriterien an: die effektive Festsetzung der Vergütung (lit. a), die Regelung des Erscheinungsbildes und des Verhaltens des Plattformtätigen gegenüber dem Dienstleistungsempfänger (lit. b) und die Prüfung der Qualität durch die Arbeitsplattform (lit. c). Wertungsoffener ist das vierte Kriterium: die effektive Beschränkung der Arbeitsorganisation des Plattformtätigen durch die Arbeitsplattform (lit. d). Dieses wird durch das negative Kriterium ergänzt, dass der Plattformtätige keine effektive Möglichkeit zum Aufbau eines eigenen Kundenstamms habe (lit. e).

Versucht man eine sachliche Ordnung der Kriterien, so stellt Art. 4 Abs. 2 sowohl auf Kriterien zur Organisation der Arbeit (lit. b, c und d) und auf Kriterien zur eigenen Marktposition des Plattformtätigen (lit. a, e) ab.³⁸ Insofern wird nicht nur an die Kontrolle der Plattformtätigen durch die Plattform i. e. S. angeknüpft. Es wird auch an das Fehlen typischer Charakteristika selbständiger Tätigkeit – an das Fehlen wirtschaftlicher Chan-

36 Krause, NZA 2022, 521, 526.

37 Siehe auch Erwägungsgrund 24 des Richtlinienvorschlags (Fn. 3).

38 Dazu Krause, NZA 2022, 521, 528.

cen – angeknüpft und deren Fehlen zur Vermutungsbasis für die Kontrolle durch die Arbeitsplattform erhoben. Die fünf Kriterien erinnern in besonderem Maße an die Ausgestaltung der Plattformtätigkeit durch UBER oder Kurierdienstleister, allerdings müssen nur zwei der genannten Kriterien erfüllt sein.³⁹

Im Gesetzgebungsverfahren haben sowohl der Ausschuss der Regionen als auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss diesen Richtlinienvorschlag kritisiert. Eingewandt wird insbesondere, dass die konkreten Kriterien der Dynamik der tatsächlichen Entwicklung nicht standhielten und eine erhebliche Umgehungsgefahr bestünde.⁴⁰ Der Ausschuss der Regionen schlägt daher vor, dass bereits die Erfüllung eines Kriteriums als Vermutungsbasis ausreicht.⁴¹ Zudem soll zusätzlich ein Verweis auf die Praxis in den Mitgliedstaaten bei der Ermittlung der Kontrolle nach Art. 4 Abs. 2 aufgenommen werden.⁴² Das hat aber zur Folge, dass die Vermutungsbasis bereits unklar wird und somit gerade die Rechtsunsicherheit birgt, die sie vermeiden soll. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hingegen präferiert eine Vereinfachung der Vermutungsbasis. Die Vermutung soll bereits eingreifen, wenn die Arbeits- oder Dienstleistung für eine Arbeitsplattform erbracht wird, die ein algorithmisches Management zur Erteilung von Weisungen, zur Kontrolle und/oder zur Ausübung von Organisationsgewalt nutzt.⁴³ Damit wird praktisch für alle Plattformtätigen vermutet, dass sie in einem Arbeitsvertrag stehen und somit Plattformbeschäftigte sind.

b) Widerlegung der Vermutung

Die Vermutung des Arbeitsverhältnisses kann von beiden Vertragsparteien – Plattformbetreiber und Plattformtätigen – widerlegt werden (Art. 5). Die Vermutung wirkt, sofern ihre Voraussetzungen eingreifen, für die gesamte Zeit des Arbeitsverhältnisses; das Verfahren zu deren Widerlegung hat keine aufschiebende Wirkung. Diese Konzeption passt vor allem für Verwaltungsverfahren, bei denen die Behörde von Amts wegen den Status

39 Vgl. dazu den Rechtsprechungsbericht von *Hiebl*, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2021, 465 ff.

40 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EU 2022 C290/95, 96, 101; ähnlich *De Stefano*, *ILLeJ* 2022, 1, 3 f., <http://doi.org/10.6092/issn1561-8048/15233> (zuletzt am 30.10.2022).

41 Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen – Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, ABl. EU 2022 C375/45, 53 f.

42 Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen – Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, ABl. EU 2022 C375/45, 49 f., 53 f.

43 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EU 2022 C290/95, 101.

des Plattformtätigen nach Maßgabe der Vermutungsregelung prüft und verbescheidet. Im Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht erfolgt die Feststellung des Arbeitsverhältnisses jedoch durch Klage vor den Arbeitsgerichten, so dass hier Vermutung und Widerlegung unmittelbar zeitlich zusammentreffen. Dadurch läuft die Regelung zur zeitlichen Wirkung der Vermutung partiell leer.

Für die Widerlegung der Vermutung berücksichtigt Art. 5 S. 2, 3 des Richtlinienentwurfs den unterschiedlichen Zugang der Parteien zu Informationen. Während der Plattformbetreiber die Gründe, die gegen ein Arbeitsverhältnis sprechen, darlegen und beweisen muss, gilt für die Widerlegung durch den Plattformtätigen, dass die Plattform den ordnungsgemäßen Gang des Verfahrens durch das Bereitstellen von verfügbaren Informationen unterstützen muss. Dies überschneidet sich mit der Offenlegungspflicht der Plattformbetreiber (Art. 16).

c) Funktionalität der vorgeschlagenen Rechtsvermutung

Das nationale Recht verwendet ebenso wie das Recht der anderen Mitgliedstaaten bzw. die European Model Rules for Civil Procedure Tatsachen- und Rechtsvermutungen immer dann, wenn Beweisnot besteht.⁴⁴ Unter bestimmten Voraussetzungen, der Vermutungsbasis, erfolgt eine Beweislastumkehr durch eine widerlegliche Vermutung. Art. 4 Abs. 2 reagiert jedoch nicht auf Beweisschwierigkeiten; diese werden bereits durch die Offenlegungspflicht der Arbeitsplattformen nach Art. 16 des Richtlinienentwurfs beseitigt. Im Mittelpunkt steht die Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit, die sich aus der mangelnden Vorhersehbarkeit der Einordnung der Vertragsverhältnisse durch die Gerichte ergibt.⁴⁵ Der Abstraktionsgrad der Begriffsdefinition und die Entscheidung der Gerichte anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls führen für die Plattformtätigen zu einer Rechtsunsicherheit. Diese soll durch die Vermutung reduziert werden, um eine praktisch wirksame Vereinfachung beim Zugang zu Arbeitnehmer- und Sozialrechten herbeizuführen.

Eine Rechtsvermutung, die lediglich eine Beweislastregel darstellt, aber nicht den Arbeitnehmerbegriff verändert bzw. seine Abgrenzung vereinfacht, wird dieses Ziel jedoch nicht erreichen.⁴⁶ Selbst bei Darlegung der Vermutungsbasis kann der Plattformbetreiber die Vermutung widerlegen. Hierfür wird der nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt, so dass

44 Musielak (Fn. 31), S. 62 ff., 71, 76 ff.

45 Vgl. Erwägungsgrund 19 des Richtlinienentwurfs (Fn. 3).

46 Ähnlich Hießl, ILLeJ 2022, 13, 25 f.; vgl. auch De Stefano, ILLeJ 2022, 1, 5 mit Einwänden zur Effektivität der widerleglichen Vermutung; positiver Kullmann, ELLJ 2022, 66, 73.

das Gericht im Ergebnis wieder auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Umstände entscheiden muss.

Auch prozessual ergibt sich für den Plattformbeschäftigten – jedenfalls nach deutschem Recht – kein Vorteil. Sofern der Beschäftigte seine Arbeitnehmerrechte klageweise geltend macht, liegt ein sog. sic-non-Fall vor. Sofern er seine Arbeitnehmereigenschaft als Rechtsbehauptung vorträgt, ist die Klage schon nach geltendem Recht – also ohne die Vermutung – zulässig und in der Begründetheitsprüfung erfolgt eine Auseinandersetzung über das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.⁴⁷ Nichts anderes gälte bei der Anwendung der Vermutung nach dem Richtlinienvorschlag. Der Arbeitnehmer könnte sich ebenfalls nicht auf den Vortrag der Vermutungsbasis i. S. von Art. 4 Abs. 2 beschränken, da der Plattformbetreiber grundsätzlich eine Widerlegung der Vermutung anstreben wird, wenn dies erfolgversprechend erscheint. Lediglich im Fall der Säumnis im Verfahren wäre der Arbeitnehmer der Zugang zu seinen Arbeitnehmerrechten erleichtert. Eine Vermutungsregel, die nur in diesem Ausnahmefall Wirkung hat, erreicht ihren Zweck nicht.

Im Ergebnis erreicht eine bloße Beweislastregel nicht die angestrebte Vereinfachung, wenn der Arbeitnehmerbegriff unberührt bleibt. Das belegt auch der sog. ABC-Test nach Section 2750 (b)(1) State of California Labour Code.⁴⁸ Danach wird von Personen, die Arbeits- oder Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen, vermutet, dass sie Arbeitnehmer sind. Zum Beweis des Gegenteils muss der Arbeitgeber konkret definierte Tatsachen nachweisen.⁴⁹ Diese konturieren abschließend die Abgrenzung des Arbeitsvertrages, ohne dass eine zusätzliche Gesamtwürdigung erfolgt. Einzelne Kriterien sind ausfüllungsbedürftig (z. B. keine Weisungen oder

47 Sic-non-Fälle, BAG 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NJW 2015, 718 Rn 17; 21.1.2019 – 9 ABR 23/18, NJW 2019, 1627 Rn. 20; Koch, in: Erfurter Kommentar, 22. Aufl. 2022, ArbGG § 2 Rn. 36.

48 Dem war die Entscheidung des Supreme Court of California in der Rechtssache *Dynamex Operations West Inc. v. Superior Court of Los Angeles County*, 416 P.3d 1 (Cal. 2018) vorausgegangen, in der das Gericht den später kodifizierten Test entwickelte: „The ABC test presumptively considers all workers to be employees, and permits workers to be classified as independent contractors only if the hiring business demonstrates that the worker in question satisfies each of three conditions: (a) that the worker is free from the control and direction of the hirer in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; and (b) that the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity’s business; and (c) that the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed.“; dazu *Gould/Biasi*, ILLeJ 2022, 85, 87 ff., <http://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/15221> (zuletzt am 30.10.2022).

49 Siehe Fn. 48.

Kontrolle durch den Auftraggeber). Zudem sind sie negativ formuliert, was die Widerlegung der Vermutung zusätzlich erschwert. Die Darlegung und der Beweis von negativen Tatsachen birgt erhebliche Schwierigkeiten.⁵⁰ Genau solche Vorgaben für den Beweis des Gegenteils fehlen der Richtlinie, weil sie den Arbeitnehmerbegriff nicht regelt.

Die Vermutungsregelung in Art. 4 Abs. 1 und 2 des Richtlinienvorschlags wird daher schon konzeptionell keine effektive Wirkung erzielen. Das stimmt mit den Befunden überein, die die Rechtsvergleichung zu den Vermutungsregelungen in anderen Rechtsordnungen herausgearbeitet hat.⁵¹ Sie waren selten echte Game-Changer für den Zugang der Beschäftigten zu Arbeitnehmer- und Sozialrechten. Selbst wenn sie Wirkung entfalten sollten, weil auch der Arbeitnehmerbegriff angepasst ist, haben sie gegebenenfalls zur Folge, dass die Arbeitgeber wieder stärker auf Weisungen zurückgreifen, weil es sich immerhin um ein Arbeitsverhältnis handelt und kein Grund besteht, auf Gestaltungsmöglichkeiten zu verzichten, wenn dadurch keine Folgen für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses eintreten.

d) Funktionalität der vorgeschlagenen Kriterienauswahl

Unabhängig davon, ist auch die Gestaltung der Vermutungsbasis nicht funktional. Die Rechtswissenschaft hat bisher keine allgemeinen Regeln für die Gestaltung gesetzlicher Vermutungen entwickelt. Daher ist stets auf den konkreten Zweck der Vermutungsregeln abzustellen. Maßgebend ist, ob der angestrebte Zweck erreicht wird und keine unangemessenen Folgen für die Rechte Dritter eintreten. Insofern muss die Vermutungsbasis auf Tatsachen zurückgreifen, die hinreichend konkret sind, der Darlegung und dem Beweis ohne Beweisnot zugänglich sind. Zudem muss die Vermutungsbasis angemessen genau sein, damit nicht nur der Zweck erreicht wird, sondern auch keine unverhältnismäßigen Lasten für solche Vertragspartner entstehen, die tatsächlich gerade nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Der Richtlinienvorschlag greift in Art. 4 Abs. 1 weder auf den Begriff der Fremdbestimmung oder Unterordnung (Subordination) noch auf die Weisungsabhängigkeit oder persönliche Abhängigkeit zurück, sondern stellt auf die Kontrolle durch die Arbeitsplattform ab. Das mag sich zwar nicht

50 *Lange*, VersR 2007, 36, ff.; *Stieper*, ZZP 123 (2010), 28 ff.; s. auch *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 125; vgl. weiter *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018 § 286 Rn. 130; vgl. dazu auch z. B. BGH 19.10.2017 – III ZR 565/16, BGHZ 216, 245 = NJW-RR 2017, 1520 Rn. 22 f.; 8.12.2021 – VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 = NJW 2022, 1238 Rn. 64; BAG 16.12.2021 – 2 AZR 356/21, MDR 2022, 649 Rn. 31, 33.

51 *Hießl*, ILLeJ 2022, 13, 19 f.; *Rosin*, ILJ 2022, 478, 487.

mit den Kriterien des deutschen Rechts decken, ist aber Teil der Definition in anderen Mitgliedstaaten (z. B. in Frankreich⁵²) und trägt auch dem Umstand Rechnung, dass Plattformen die Dienstleistungen sehr konkret beschreiben und nicht auf Weisungen zurückgreifen, so dass sich die Fremdbestimmung eher aus der Kontrolle und einer indirekten Steuerung des Plattformbeschäftigten als aus der Weisungsabhängigkeit ergibt. Daher ist der Begriff der Kontrolle in Art. 4 Abs. 1 grundsätzlich zielführend. Zugleich bewirkt er, dass nicht alle Plattfortmtätigen erfasst sind. Eine zu ungenaue Vermutungsbasis, wie bei der früheren Regelung in § 7 Abs. 4 SGB IV⁵³, die die versicherungspflichtigen Beschäftigten nicht genau genug erfasste⁵⁴, ist praktisch untauglich, weil sie eine Vielzahl von Verfahren auslöst. Daher wurde die Vermutungsregelung auch alsbald wieder aufgehoben.

Die konkret herangezogenen Kriterien scheinen vor allem den bereits in den Mitgliedstaaten entschiedenen Fällen zu Fahrdienstleistern und Kurierfahrern entlehnt. Sie identifizieren nicht eindeutig Arbeitnehmer, sondern können auch bei Selbständigen vorliegen.⁵⁵

Die ersten drei Kriterien erfassen sehr konkrete Gestaltungen des Vertragsverhältnisses. Daher besteht generell die Gefahr, dass sie von den Plattformen vermieden werden. Konkrete Preisfestsetzungen, Vorgaben zum Auftreten können unterbleiben. Selbst die Qualitätskontrolle durch die Plattform lässt sich reduzieren, so dass der Empfänger der Dienstleistung selbst die Qualität prüfen und reklamieren muss. Damit reduziert sich zwar der Leistungsumfang der Plattformen gegenüber ihren Kunden, was den Preis, der in Rechnung gestellt werden kann, drücken mag. Das muss aber nicht das Geschäftsmodell zerstören.

Das vierte Kriterium ist deutlich flexibler, weil es nur darauf ankommt, dass die Arbeitsplattform die Arbeitsorganisation des Plattfortmtätigen in ihrer Arbeitsorganisation beschränkt. Eine solche Einschränkung führt zwar nicht zwangsläufig zu einer Kontrolle des Plattfortmbeschäftigten, die schließlich eine fremdbestimmte Tätigkeit kennzeichnet. Insofern ist die-

52 Cour de Cassation, Chambre social, 13.11.1996, No. 94-13.187, Arrêt No. 4273 (Société Général); im Anschluss daran Cour de Cassation, Chambre civile, 22.9.2010, No. 09-41.495; 3.11.2010, No. 09-43.215.

53 Art. 3 Nr. 1 Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 19.12.1998, BGBl. 1998 I 3843 Art. 1 Nr. 1 lit. b Gesetz zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse v. 24.3.1999, BGBl. 1999 I 388; Art. 1 Nr. 1 lit. b nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 2 Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit v. 20.12.1999; BGBl. 2000 I 2. Abschaffung durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 30.12.2002, BGBl. 2002 I 4621.

54 Vgl. dazu Reiserer, BB 1999, 366, 367, 370; Richardi, DB 1999, 958, 959.

55 Vgl. Gould/Biasi, ILLeJ 2022, 85, 93 (bzgl. lit. a, b, e).

ses Kriterium relativ grob und würde – sofern man es allein zugrunde legte, wie dies der Ausschuss der Regionen bevorzugt – für eine Vielzahl von Plattformtätigen einen Arbeitsvertrag vermuten, obwohl dieser im Ergebnis gar nicht vorliegt. In Kombination mit weiteren Kriterien mag diese Tatsachenbasis sinnvoll sein. Da jedoch die ersten drei Kriterien leicht vermieden werden können, kommt es dann auf die Qualität des letzten Kriteriums an. Dieses ist negativ formuliert. Die Darlegung und der Beweis einer negativen Tatsache bereitet stets Schwierigkeiten, weil nur auf Indizien zurückgegriffen werden kann. Negative Tatsachen taugen daher wenig für eine Vermutungsbasis, die gerade eine Beweiserleichterung bewirken soll.⁵⁶

e) Fazit

Die Evaluation der gesetzlichen Vermutung in Art. 4 Abs. 1 und 2 des Richtlinienvorschlags fällt negativ aus. Mit einer solchen Vermutung allein lässt sich das Ziel eines erleichterten Zugangs zu Arbeitnehmer- und Sozialrechten nicht erreichen. Auch die gewählten Kriterien bergen die Gefahr, dass die Vermutungsregelung alsbald ihre Funktionstauglichkeit verliert und somit die Scheinselbständigkeit nicht effektiv bekämpft.

3. Verfahren zur Bestimmung des Vertragsverhältnisses

Die gesetzliche Vermutung wird durch die Vorgaben aus Art. 3 und Art. 4 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs flankiert. Danach müssen die Mitgliedstaaten geeignete Verfahren zur Überprüfung des Beschäftigungsstatus vorsehen. Hierfür steht im deutschen Recht im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Feststellungsklage und im Sozialverwaltungsrecht das Statusfeststellungsverfahren zur Verfügung. Vorschläge aus der Wissenschaft, ein Statusfeststellungsverfahren auch für das Arbeitsverhältnis vorzusehen, haben sich bisher nicht durchgesetzt, zumal solche Verfahren eher einem Verwaltungsverfahren entsprechen. Insofern kann eher wegen der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Arbeitgeber – ähnlich wie im Sozialrecht – ein Statusfeststellungsverfahren eingeführt werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die Erprobung eines Statusverfahrens ex ante zu bewerten (§ 7a Abs. 4a SGB IV).⁵⁷ Es hat zur Folge, dass nicht für jeden Beschäftigten einzeln eine Feststellung erfolgen muss, sondern für bestimmte Beschäftigungsverhältnisse auf der Grundlage der schriftlichen Vereinbarung der Status ermittelt werden kann, was allerdings nur dann etwas nützt, wenn der Vertrag so gelebt wird, wie er geschrieben ist.

⁵⁶ Allgemeiner dazu *Gould/Biasi*, ILLeJ 2022, 85, 94; *Rosin*, ILJ 2022, 478, 491.

⁵⁷ Ein solches Verfahren ex ante kennt auch das italienische Recht, vgl. *Giovannone*, ILLeJ 2022, 65, 72 ff., <http://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/15224> (zuletzt am 30.10.2022).

Problematisch an der Regelung im deutschen Recht ist aber, dass die Beurteilungsgrundlage zu schmal ist, da die Arbeitsplattform Kontrolle auch durch das *algorithmic management* ausübt, das im Vertrag regelmäßig nicht näher beschrieben und ausgestaltet ist. Konkrete Vorgaben für eine solche Anpassung macht die Richtlinie allerdings nicht. Sie gibt nur vor, dass geeignete Verfahren bestehen müssen, so dass den Mitgliedstaaten ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Zudem kann diese Vorgabe nur gelten, soweit der Anwendungsbereich der widerleglichen Vermutung reicht.

Unterstützend zur Regelung der widerleglichen Vermutung sollen Maßnahmen zur Umsetzung der Vermutung ergriffen werden, die Rücksicht auf Start-ups nehmen, nachhaltiges Wachstum nicht verhindern und nicht dazu führen, dass echte Selbständige als Arbeitnehmer erfasst werden. Diese vage Zielstellung soll in Informationen über die gesetzliche Vermutung und in Leitlinien für Arbeitsplattformen und Sozialpartner sowie die Arbeitsverwaltung umgesetzt werden.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die politischen Ziele der Europäischen Kommission gehen über die Regelungsmöglichkeiten der Europäischen Union und die konkreten Bestimmungen dieses Richtlinienentwurfs deutlich hinaus. Der Richtlinienentwurf zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei Plattformarbeit zielt auf die Vermeidung von Scheinselbständigkeit und die Verbesserung des Zugangs zum Sozialschutz. Hierfür wird weder der nationale noch der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff angepasst, sondern eine gesetzliche Vermutung eines Arbeitsvertrages vorgesehen. Für eine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffs fehlte der Europäischen Union die Kompetenz.
2. Die Richtlinie beschränkt sich auf eine widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses, muss aber für die Widerlegung den jeweils einschlägigen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen. Während die Regelung des Anwendungsbereichs der Richtlinie im Wesentlichen funktional gestaltet ist, genügt die widerlegliche Vermutung nicht den in sie gesetzten Erwartungen. Ihr Anwendungsbereich musste deutlich enger ausfallen als ursprünglich intendiert und beschränkt sich auf diejenigen Arbeitnehmerrechte, die sich aus dem Unionsrecht ergeben.
3. Auch die Vermutungsregelung selbst wird nicht die in sie gesetzten Erwartungen erfüllen. Das gilt selbst dann, wenn man ein Kriterium als Vermutungsbasis ausreichen lässt. Eine Rechtsvermutung hilft im Falle der Beweisnot durch eine Beweislastregel bei der Rechtsdurchsetzung. Die gesetzliche Vermutung des Richtlinienvorschlags richtet sich aber gegen die Ungewissheit bei der Qualifikation des

Vertragsverhältnisses. Ohne eine Anpassung des Arbeitnehmerbegriffs lässt sich das eigentliche Ziel der Richtlinie nicht erreichen.

4. Das Kriterium der Kontrolle, auf das die Vermutungsregelung abstellt, ist grundsätzlich für die Plattformarbeit geeignet. Der darauf bezogene Kriterienkatalog ist jedoch wenig funktional. Die konkreten Kriterien (lit. a-c) lassen sich in der Vertragspraxis leicht vermeiden, so dass es vor allem auf die beiden verbleibenden Kriterien ankommt. Wenig geeignet ist das Kriterium lit. e, das die Darlegung und ggf. den Beweis einer negativen Tatsache voraussetzt. Die damit verbundenen Beweisschwierigkeiten widersprechen dem angestrebten Vereinfachungsziel.
5. Abschließend sollte man sich auch fragen, ob eine solche segmentäre Regelung zur Vermutung eines Arbeitsverhältnisses nur für die Plattformbeschäftigung überhaupt angezeigt ist. Die Plattformarbeit mag ein neues Phänomen sein, das sich im Grenzbereich des Arbeitsrechts bewegt und daher in erwartbarer Weise Abgrenzungsfragen aufwirft, die gerichtlich geklärt werden müssen. Die bestehenden Begrifflichkeiten sind durchaus geeignet, die Plattformbeschäftigten zu erfassen und von Selbständigen abzugrenzen. Sinnvoll ist die Diskussion darüber, wie Kontrolle oder Fremdbestimmung erfolgt, wenn keine Weisungen erteilt werden. Die Indizien für persönliche Abhängigkeit verändern sich mit der Veränderung der realen Verhältnisse des Arbeitslebens. Insofern werden die Gerichte selbst bei einer widerleglichen Vermutung stets die tatsächlichen Umstände des Beschäftigungsverhältnisses genau würdigen müssen.

Diskussion*

In der von Professor Dr. *Matthias Jacobs* geleiteten Diskussion verglich Professor Dr. *Konstantin Bakopoulos* die Vermutung nach Art. 4 RL-E mit der aktuellen Regelung in Griechenland. Dort bestehe die umgekehrte widerlegliche Vermutung, wonach kein Arbeitsverhältnis vorliege, wenn bestimmte Kriterien erfüllt seien, etwa wenn die Person das Recht habe, Tätigkeiten zu delegieren, die angetragene Arbeit abzulehnen, ihre Leistungen Dritten anzubieten oder selbst ihre Arbeitszeit festzulegen. Angesichts der Richtlinienbestimmung stelle sich die Frage nach der Unionsrechtskonformität der griechischen Regelung und nach der Einordnung der Richtlinie als unmittelbar anwendbarem Recht. *Schubert* zog einen weiteren Vergleich zur spanischen Rechtslage.

Wiederholt kritisierte *Schubert*, dass die Vermutungsregelung des RL-E auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff und damit auf dessen Unschärfen Bezug nehme. Eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sei wirkungslos, weil in beiden Fällen der nationale Arbeitnehmerbegriff mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit maßgeblich sei. Es erfolge letztlich immer eine Gesamtbetrachtung. Vermutungsregelungen hätten eine doppelte Nachsteuerungswirkung, so dass der intendierte Effekt ausbliebe oder die Parteien durch eine angepasste Vertragsgestaltung auswichen.

Eine Frage von Professor Dr. *Abbo Junker* galt dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Nur Plattformtätige kämen in den Genuss der Vermutung nach Art. 4 RL-E, wohingegen Tätigkeiten für andere Auftraggeber ohne die Nutzung einer digitalen Arbeitsplattform trotz mitunter prekärer Arbeitsbedingungen nicht erfasst würden. Hier argumentierte *Schubert* mit dem großen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Dieser dürfe einzelne Gruppen besonders schützen, wobei aber Einschränkungen bestünden, wenn die Neuregelung ein bereits vorhandenes System lediglich anpasse oder erweitere. Angesichts der besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten bei Plattformtätigen bestehe ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung. Ein gewisser Graubereich sei hinzunehmen. *Junker* wies darauf hin, dass wichtige Bereiche des Arbeitsrechts nicht europarechtlich determiniert seien. So gelte die Vermutung eines Arbeitsverhältnisses etwa nicht für den europarechtlich nicht harmonisierten allgemeinen Kündigungsschutz oder den gesetzlichen Mindestlohn.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Anna Kuhn*.

Richtlinienvorschlag Plattformarbeit:
Algorithmisches Management und Überwachung durch
automatisierte Systeme

Jan Alexander Daum

	Seite
I. Einführung.....	93
II. Algorithmisches Management.....	94
1. Automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme.....	94
2. Spezifische Risiken des algorithmischen Managements.....	96
a) Informationsasymmetrie.....	96
b) Automation bias.....	98
c) Diskriminierungen.....	99
d) Gesundheitsrisiken automatisierter Überwachung.....	100
3. Vorgeschlagene Regelungen.....	101
III. Konkurrenzverhältnis zur DSGVO.....	103
IV. Überprüfung wichtiger Entscheidungen durch den Menschen (Art. 8 RL-E).....	105
1. Automatisiertes Entscheidungssystem.....	105
a) Automatisierte Datenverarbeitung.....	106
b) Entscheidungsunterstützung.....	108
c) Erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen.....	109
2. Menschliche Erklärung, Begründung und Überprüfung (Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E).....	111
3. Der Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch des Art. 8 Abs. 3 RL-E.....	114
a) Zweck- und Systemwidrigkeit.....	114
b) Unionskompetenz zweifelhaft.....	117
V. Grenzen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 5 RL-E).....	118
1. Maßstab der unbedingten Erforderlichkeit.....	119
2. Überlagerung des Art. 6 Abs. 1 DSGVO.....	121
3. Überlagerung des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG.....	123
4. Die Regelbeispiele des Art. 6 Abs. 5 Satz 2 RL-E.....	124

VI. Ergebnisse in Thesen und Ausblick.....	125
Diskussion	127

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und Plattformarbeit* (München 2023), S. 91-126

I. Einführung

Der Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit¹ (im Folgenden: RL-E) hat vor allem im Hinblick auf die widerlegbare Vermutung des Arbeitnehmerstatus nach Art. 4 RL-E große Aufmerksamkeit erfahren.² Gem. Art. 4 Abs. 1 RL-E wird zwischen Plattform und Crowdworker³ ein Arbeitsverhältnis vermutet, wenn die Plattform die Arbeitsleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL-E kontrolliert. Im Schatten dieser zugegeben weitreichenden Regelung steht Kapitel III des Richtlinienentwurfs, das das sog. algorithmische Management reguliert. Im Kern sollen digitale Arbeitsplattformen dazu verpflichtet werden, die zu einer Entscheidung führenden Gründe offenzulegen, wenn die Entscheidung nicht vollständig durch einen Menschen getroffen, sondern von einem Computersystem mittels automatisierter Datenverarbeitung jedenfalls unterstützt wird. Die vorgesehenen Transparenzpflichten bezwecken, die Rechtsdurchsetzung seitens der Crowdworker zu fördern und zugleich algorithmusbasierte Diskriminierungen zu bekämpfen.⁴ Zudem sollen die vorgeschlagenen Maßnahmen dazu beitragen, die nach Einschätzung der Kommission insbesondere durch eine automatisierte Überwachung gefährdete Gesundheit und Sicherheit der Crowdworker zu schützen sowie den sozialen Dialog über algorithmische Managementsysteme fördern.⁵

Algorithmisches Management ist in der Plattformarbeit besonders relevant, da eine händische Koordination von Crowdworkern und Crowdsourcern⁶ angesichts der Masse („crowd“) an Dienstleistern und nachgefragten Dienstleistungen weder praktikabel noch wirtschaftlich wäre.

-
- 1 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM (2021) 762 final.
 - 2 *Gräf*, ZFA 2/2023 (im Erscheinen); *Krause*, NZA 2022, 521 (zentraler Streitpunkt); *Rech*, ZFA 2/2023 (im Erscheinen); *Stöhr*, EuZA 2022, 413; vgl. allgemein zum Arbeitnehmerstatus von Crowdworkern BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552; *Bayreuther*, RdA 2020, 241; *Däubler*, VSSAR 2022, 325; *Freyler*, ZFA 2022, 533; *Pacha*, DB 2021, 1680; *Riesenhuber*, ZFA 2021, 5; *Schubert*, RdA 2020, 248.
 - 3 Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 RL-E verwendet den Begriff „Person, die Plattformarbeit leistet“ als Oberbegriff für Personen, die Plattformarbeit als Arbeitnehmer leisten und solche, die selbstständig sind. Stattdessen wird aus sprachlichen Gründen im vorliegenden Beitrag der Begriff „Crowdworker“ verwendet.
 - 4 Vgl. COM (2021) 762 final, S. 3 und S. 26 (Erwägungsgrund 8 RL-E).
 - 5 COM (2021) 762 final, S. 4.
 - 6 Vgl. zur Bezeichnung des Auftraggebers als Crowdsourcer *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1033; *Pacha*, Crowdwork, 2018, S. 39.

Gleichwohl kommen automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme zunehmend auch in vielen anderen Bereichen des Arbeits- und Wirtschaftslebens zum Einsatz – sei es bei der Personalauswahl⁷ oder zur Sicherheitsbewertung durch den Abgleich mit Terrorlisten.⁸ Die in Art. 6 ff. RL-E für die Plattformarbeit vorgeschlagenen Regelungen könnten daher als Blaupause für eine generelle Regulierung des algorithmischen Managements dienen.⁹ Entsprechend intensiv sollte sich mit ihnen beschäftigt werden.

II. Algorithmisches Management

Das mit „Algorithmisches Management“ überschriebene Kapitel III des RL-E enthält Regelungen im Hinblick auf automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme. In der Plattformarbeit werden diese Systeme dazu verwendet, eine Vielzahl an Dienstleistungserbringern möglichst effektiv zur Erfüllung der von Auftraggebern (sog. Crowdsourcern) an die Plattform herangetragenen Aufträge einzusetzen.¹⁰ Ausweislich Erwägungsgrund 8 handelt es sich um „Funktionen, die in Unternehmen typischerweise von Managern wahrgenommen werden“. Zusammengefasst lässt sich als algorithmisches Management demnach als die Steuerung von Arbeitsbedarf und Arbeitsleistung mittels automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme definieren.

1. Automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme

Überwachungssysteme sind ausweislich Art. 6 Abs. 1 lit. a) RL-E solche Systeme, die zur elektronischen Kontrolle, Überwachung oder Bewertung der Arbeitsleistung von Plattformbeschäftigten eingesetzt werden. Einen Eindruck von praktischen Anwendungsgebieten geben die Datenschutzerklärungen großer Plattformen. Beispielsweise erfasst die Plattform *Clickworker* Daten zur Arbeitshistorie und zur Arbeitsqualität der Beschäftigten, etwa die für einen Auftrag benötigte Zeit und die Quote, mit der eingereichte Dienstleistungen des Crowdworkers von der Plattform abgelehnt wurden.¹¹ Die von den Fahrern des Lieferdiensts *Lieferando* genutzte App *Scoober* speichert unter anderem den GPS-Standort, Zeitstempel für die jeweiligen Interaktionen des Fahrers am Arbeitsplatz sowie die Geräteda-

7 Vgl. hierzu *Höpfner/Daum*, ZFA 2021, 467, 481 ff.; *Malorny*, RdA 2022, 170.

8 Vgl. zu diesen und weiteren Beispielen *Broy/Heinson*, in: Weth/Herberger/Wächter/Sorge (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, B II Rn. 10.

9 Vgl. etwa *Krause*, NZA 2022, 521, 531, der für eine Ausweitung auf das gesamte Arbeitsrecht plädiert.

10 *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie, 2021, S. 123.

11 § 4 der Datenschutzerklärung von Clickworker, abrufbar unter <https://workplace.clickworker.com/de/agreements/10124> (23.11.2022).

ten des vom Fahrer verwendeten Smartphones¹² Aufgrund dieser Daten lässt sich unter anderem statistisch auswerten, wie lange ein Fahrer durchschnittlich für die Annahme eines Auftrags benötigt, mit wie vielen Stundenkilometern er sich durchschnittlich fortbewegt und wie viele Bestellungen er innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchschnittlich erledigt. Gespeichert werden zudem sog. Leistungseinträge, d.h. Bemerkungen von Service-Mitarbeitern über bestimmte Vorfälle während einer Schicht wie etwa stornierte Aufträge, nicht ausgelieferte Bestellungen oder Kundenbeschwerden. Jene Daten werden gem. Nr. 6 der Datenschutzerklärung herangezogen, „um die Leistung von Fahrern im Allgemeinen und im Einzelfall zu verbessern“.

Entscheidungs-systeme werden von der Kommission in Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-E als Systeme bezeichnet, „die genutzt werden, um Entscheidungen zu treffen oder zu unterstützen, die sich erheblich auf die Arbeitsbedingungen dieser Plattformbeschäftigten auswirken, insbesondere auf ihren Zugang zu Arbeitsaufträgen, ihren Verdienst, ihre Sicherheit und ihren Gesundheitsschutz bei der Arbeit, ihre Arbeitszeit, ihre Beförderung und ihren vertraglichen Status, einschließlich der Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung ihres Kontos.“ Im Schrifttum werden als weitere Anwendungsfälle für automatisierte Entscheidungen unter anderem die Abmahnung bei einem automatisiert erkannten verspäteten Arbeitsantritt sowie die Aufforderung zu einem Mitarbeitergespräch anhand von Kundenbewertungen oder anderen Leistungsdaten genannt.¹³ Gemäß der Datenschutzerklärung von *Clickworker* werden die verarbeiteten Daten verwendet, „um den Nutzern innerhalb der Plattform für sie geeignete Leistungen anbieten zu können“. Es geht mithin darum, aus sämtlichen von externen Auftraggebern (sog. Crowdsourcern) an Clickworker vergebene Aufträge diejenigen herauszufiltern, die für den jeweiligen Crowdworker infrage kommen. Typischerweise ist die Auswahl neben der fachlichen Qualifikation, sofern eine solche überhaupt erforderlich ist, vor allem von der Erfahrung und den bisherigen Leistungsdaten des Crowdworkers abhängig. Je besser sein Rating ausfällt, desto attraktivere und lukrativere Aufgaben werden ihm angeboten. Demzufolge beeinflussen die erhobenen Überwachungsdaten die Auswahl derjenigen Aufträge, die dem Beschäftigten angeboten werden und zwischen denen er wählen kann.¹⁴ Der Lieferdienst *Lieferando* gibt in seinen AGB an, automatisierte Entscheidungsverfahren beispielsweise zu verwenden, um die Aufträge auszuwählen, die für den jeweiligen Fahrer mit dem geringsten Zeitaufwand verbunden sind – etwa, weil er sich ohnehin in der Nähe eines bestimmten Restaurants befindet.

12 <https://www.lieferando.de/fahrer/privacy> (23.11.2022).

13 *Broy/Heinson*, in: Weth/Herberger/Wächter/Sorge (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, B II Rn. 10.

14 Vgl. ausführlich hierzu *Pacha*, *Crowdwork*, 2018, S. 67 f.

Die genannten Einsatzgebiete der automatisierten Entscheidungsfindung werden jedoch jeweils nur exemplarisch genannt und benennen zudem allein solche Anwendungsgebiete, in der von der Datenverarbeitung bis zur Entscheidung keinerlei menschliche Mitwirkungshandlung erfolgt. Inwieweit menschliche Entscheidungen durch automatisierte Datenverarbeitungen determiniert oder zumindest unterstützt werden, lässt sich für Crowdworker bislang nicht erkennen. Da die Datenschutzerklärungen im Übrigen Art. 22 DSGVO paraphrasieren, lassen sich ihnen neben der angeführten Exempel keine weiteren Anwendungsfälle für automatisierte Entscheidungsfindung entnehmen.

2. Spezifische Risiken des algorithmischen Managements

Jene Intransparenz dürfte ein Grund für die in den Art. 6 ff. RL-E nun vorgeschlagenen Maßnahmen sein.¹⁵ Gem. Art. 1 Abs. 1 RL-E bezweckt der RL-E unter anderem, Transparenz, Fairness und Rechenschaftspflicht beim algorithmischen Management von Plattformarbeit zu fördern. Allgemein gehen von technischen Überwachungseinrichtungen Gefahren für die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer und ihr Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus.¹⁶ Dies betonen BAG und BVerwG in ständiger Rechtsprechung zu den Mitbestimmungsrechten des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.¹⁷ Auf Ebene des Unions-Primärrechts wird die Privatsphäre und das Recht auf personale Selbstbestimmung von Art. 7 Abs. 1 GRC geschützt. Die von der Kommission angeführten, spezifischen Risiken automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme lassen sich mit einer Informationsasymmetrie (a), dem sog. automation bias (b), einer Anfälligkeit von Algorithmen für Diskriminierungen (c) sowie von einer permanenten Überwachung ausgehenden spezifischen Gesundheitsrisiken (d) beschreiben.

a) Informationsasymmetrie

In Erwägungsgrund 8 RL-E konstatiert die Kommission, dass es Crowdworkern oft an Informationen darüber fehlt, wie die Algorithmen funktionieren, welche personenbezogenen Daten verwendet werden und wie ihr Verhalten die Entscheidungen der automatisierten Systeme beeinflusst. Ein Informationsgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist keine Besonderheit der Plattformarbeit, sondern typisch für die verbraucherrechtliche Komponente des Arbeitsverhältnisses. Die Gründe hierfür lie-

¹⁵ Vgl. zur Bedeutung der Transparenz für die Entscheidungsfindung *Knitter*, *Digitale Weisungen*, 2022, S. 154 ff.

¹⁶ *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 278.

¹⁷ Vgl. BVerwG 22.10.2013 – 6 PB 22.13, BeckRS 2013, 58654 Rn. 5; BAG 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406, 407.

gen in der größeren geschäftlichen Erfahrung des Arbeitgebers sowie in dessen Organisationshöhe. Um diese Disparität auszugleichen, sieht das Unionsrecht etwa in der Arbeitsbedingungen-Richtlinie¹⁸ Unterrichtungspflichten für sämtliche Arbeitsverhältnisse vor, die in Deutschland durch das NachwG umgesetzt werden.¹⁹ Beim algorithmischen Management wird die Informationsasymmetrie häufig durch die Spezifika Künstlicher Intelligenz verstärkt. Crowdworker sind einem Algorithmus ausgesetzt, ohne dessen Funktionsweise nachvollziehen zu können. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss spricht von einer „Black Box der Vermittlung“ als charakteristischem Merkmal der Plattformarbeit.²⁰

Konkret äußert die Kommission die Sorge, dass algorithmisches Management „das Untergebenenverhältnis und die Kontrolle der die Arbeit ausführenden Personen durch die digitale Arbeitsplattform“ verbirgt.²¹ Hiermit wird ein systematischer Zusammenhang zu der in Art. 4 RL-E enthaltenen widerlegbaren Vermutung eines Arbeitsverhältnisses hergestellt, die die Kontrolle der Arbeitsleistung durch die Plattform voraussetzt. Die nach Art. 6 Abs. 1, 2 und Art. 8 Abs. 1 RL-E zu erteilenden Auskünfte sollen unter anderem offenbaren, ob die Plattform die Arbeitsleistung des Crowdworkers kontrolliert und mithin gem. Art. 4 Abs. 1 RL-E das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vermutet wird. Bei den Unterrichtungspflichten des Art. 6 Abs. 1, 2 RL-E handelt sich mithin um ein klassisches Beispiel des für das Unionsprivatrecht typischen private enforcement, wonach die Durchsetzung des Unionsrechts nicht mittels behördlicher Aufsicht und öffentlich-rechtlicher Sanktionen sichergestellt wird, sondern Anreize und Voraussetzungen für eine Rechtsverfolgung durch die betroffenen Privatrechtssubjekte geschaffen werden.²²

Inwieweit die Kontrolle der Plattform über das Ob und Wie der Arbeitsleistung mittels algorithmischen Managements verborgen werden kann, lässt sich am Beispiel der Fahrdienstplattform *Uber* in den USA veran-

18 RL 2019/1152/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, Amtsblatt EU 2019 L 186/105; Vgl. hierzu u.a. *Daum*, NZA 2021, 920; *Maul-Sartori*, NZA 2019, 1161; *Möller*, ArbRAktuell 2022, 299; *Picker*, ZEuP 2020, 305.

19 BGBl. 2022 I, S. 1174.

20 SOC/645 – EESC-2020-01859-00-01-AC-TRA (EN) 6/24.

21 COM (2021) 762 final, S. 3.

22 Vgl. Zum private enforcement des Unionsrechts u.a. *Lurger*, in: Bydliński (Hrsg.), Prävention und Strafsanktion im Privatrecht, 2016, S. 135; *Schmid*, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, 2010, passim; *Wagner*, AcP 206 (2006), 355, 389 ff.

schaulichen.²³ Der Preis für eine Fahrt wird dort nicht vom Fahrer festgelegt, sondern anhand eines von *Uber* vorgegebenen Algorithmus berechnet. Dieser bezieht für die Preisfindung unter anderem die Anzahl der in einem bestimmten Gebiet aktuell vorhandenen Fahrer und die dortige Nachfrage nach Fahrten ein. Passagiere profitieren von dem Überangebot an Fahrern, indem sie kürzer auf ein Fahrzeug warten müssen und geringere Preise bezahlen. *Uber* gewinnt als Plattform hierdurch an Attraktivität und Marktanteilen. Die Interessen von Plattform und Dienstleistungsempfängern sind mithin potenziell gleich gelagert und stehen denen der Fahrer gegenüber, die wegen längerer Zeiten ohne Kunden und geringeren Fahrpreisen weniger verdienen.²⁴ Besonders deutlich wird die Kontrolle des Plattformbetreibers, wenn er jenes Überangebot nicht nur dadurch schafft, indem er viele Crowdworker auf seiner Plattform zulässt, sondern im Fall von *Uber* Fahrzeuge gezielt in ein bestimmtes Gebiet – etwa einen neu zu erschließenden Stadtteil – lotst.

Problematisch wirkt sich die Informationsasymmetrie auch in jenen Fällen aus, in denen das Arbeitsergebnis von der Plattform zurückgewiesen wird. Wird etwa das vom Crowdworker aufgenommene Foto von einer Plattform wie *Roamler* abgelehnt, erhält dieser keine Vergütung. Nacherfüllungsmöglichkeiten sind – wenn überhaupt vorhanden – regelmäßig derart kurz bemessen, dass sie typischerweise nicht wahrgenommen werden. Die Gründe für die Ablehnung von Arbeitsergebnissen werden häufig als intransparent beschrieben.²⁵

b) Automation bias

Erstaunlich ist, dass weder die Kommissionsbegründung noch die Erwägungsgründe das sogenannte automation bias explizit als spezifisches Risiko des algorithmischen Managements benennen. Hierbei handelt es sich um das übersteigerte Vertrauen von Menschen in Vorschläge und Entscheidungen von Maschinen aufgrund dessen die Gründe für den maschinellen Output selbst dann nicht hinreichend hinterfragt werden, wenn andere Informationen auf ein fehlerhaftes Ergebnis hindeuten.²⁶ Je nachdem ob die Entscheidung vollautomatisiert erfolgt oder der Algorithmus bloß entscheidungsunterstützend herangezogen wird, kann ein automation bias auf Seiten der Crowdworker oder auf Seiten der Plattform bei den mit der Letztentscheidung betrauten Personen auftreten.

23 Hierzu umfassend *Muller*, Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 53:2 (2020), 167.

24 *Muller*, Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 53:2 (2020), 167, 182 ff.

25 *Pacha*, *Crowdwork*, 2018, S. 96.

26 Vgl. hierzu *Bahner*, Übersteigertes Vertrauen in Automation, 2008, S. 25 ff.

Auch wenn das automation bias im RL-E nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist davon auszugehen, dass das Risiko der Kommission bekannt war und ihr Vorschlag diesem begegnen will: Der rund sieben Monate vor dem RL-E veröffentlichte Entwurf einer KI-Verordnung²⁷ (sog. AI Act) nennt das Automatisierungsbias in Art. 14 Abs. 4 lit. a) VO-E explizit und leitet hieraus unter anderem technische Anforderungen an ein KI-System ab. Die Vorgaben des AI Acts sollen dafür Sorge tragen, dass sich Personen, denen die menschliche Aufsicht über ein KI-System übertragen wurde, einem möglichen Automatisierungsbias bewusst bleiben, insbesondere wenn Hochrisiko-KI-Systeme „Informationen oder Empfehlungen ausgeben, auf deren Grundlage natürliche Personen Entscheidungen treffen“. Auch der RL-E sieht für die Plattformarbeit in Art. 7 RL-E eine menschliche Überwachung der automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssysteme vor. Die Kenntnis vom Risiko des automation bias dürfte hierbei insbesondere bei der Konkretisierung von Art. 7 Abs. 3 S. 2 RL-E eine Rolle spielen, wonach die Überwachungspersonen „über die für die Wahrnehmung dieser Funktion erforderlichen Kompetenzen, Schulungen und Befugnisse verfügen [müssen]“. Vereinfacht zusammengefasst, regelt der KI-VO-E die technischen Anforderungen an ein System, um das Risiko eines automation bias zu verringern, der Plattform-RL-E die Anforderungen und das Verfahren für den menschlichen Umgang mit dem System. Das Risiko eines automation bias greift die Kommission zudem in der Folgenabschätzung zum RL-E auf und ordnet es vertretbar als besondere Ausprägung der Informationsasymmetrie ein.²⁸

c) Diskriminierungen

Als weiteres Risiko des algorithmischen Managements nennt die Kommissionsbegründung das „Potenzial für geschlechtsspezifische Voreingenommenheit und Diskriminierung“.²⁹ Hintergrund dessen ist, dass Algorithmen allein Korrelationen zwischen den erhobenen Daten erkennen und hieraus Schlüsse ziehen, ohne aber zwischen Korrelation und Kausalität sowie zwischen berücksichtigungsfähigen und nicht berücksichtigungsfähigen Merkmalen zu unterscheiden. Selbst wenn Daten zu den nach § 1 AGG verbotenen Diskriminierungsmerkmalen explizit ausgeklammert werden, besteht jedenfalls bei auf Grundlage maschinellen Lernens programmierten Algorithmen die Gefahr, dass sie an stellvertretende Merkmale anknüpfen und dadurch mittelbar diskriminierende Entscheidungen

27 Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final.

28 SWD (2021) 396 final/2, S. 180.

29 COM (2021) 762 final, S. 3.

treffen.³⁰ Eines der bekanntesten Beispiele hierfür stammt vom Internetversandhändler Amazon, der eine selbst entwickelte Recruiting-KI einsetzen wollte, um offene Stellen zu besetzen. Da der Algorithmus jedoch mit den Personaldaten der überwiegend männlichen Belegschaft trainiert worden war, führten statistisch betrachtet weibliche Attribute in den Lebensläufen – etwa Teilzeitarbeit oder die Mitgliedschaft in einer Frauensportmannschaft – zu einer Abwertung von Bewerberinnen.³¹

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss benennt überdies die Gefahr, dass automatisierte Systeme bestehende Vorurteile von Kunden, die etwa in den Bewertungen der Crowdworker Ausdruck finden, übernehmen und hierdurch manifestieren.³² Dieses Risiko sei der Plattformarbeit besonders immanent, da Crowdworker überwiegend jung seien und benachteiligten Minderheiten – gemeint ist vermutlich aufgrund der ethnischen Herkunft – angehörten.³³

d) Gesundheitsrisiken automatisierter Überwachung

Ausweislich Erwägungsgrund 38 RL-E geht die Kommission davon aus, dass sich automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme erheblich auf die körperliche und geistige Gesundheit von Crowdworkern auswirken. Die permanente Überwachung und Bewertung zeitigt nach Ansicht der Kommission negative Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen und die Gesundheit der ihr unterworfenen Plattformbeschäftigten. Nach der Folgenabschätzung der Kommission steigt psychosozialer Stress ebenso wie die Unfallgefahr, etwa wenn sich die Vergütung von Lieferanten auch nach der für Auslieferungen benötigten Zeit bemisst.³⁴ Exemplarisch hierfür steht der Fahrer, der aus Zeitdruck rote Ampeln überfährt. In einem von der *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (baua)* 2018 veröffentlichten Review gelangen neun der zwölf untersuchten Studien zu dem Ergebnis, dass das Stresslevel durch den Einsatz von Überwachungssystemen signifikant steigt.³⁵ Dies soll in besonderem Maße gel-

30 SWD (2021) 396 final/2, S. 179; vgl. für digitale Weisungen *Knitter*, *Digitale Weisungen*, 2022, S. 190.

31 Vgl. zum Beispiel *Höpfner/Daum*, *ZFA* 2021, 467, 491; *Jaspers/Jacquemain*, *RDV* 2019, 232, 235; *Orwat*, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 34 f.

32 SOC/645 – EESC-2020-01859-00-01-AC-TRA (EN) 10/24; vgl. zum Gender pay gap bei Uber *Cook/Diamond/Hall/List/Oyer*, *The Review of Economic Studies*, Vol. 88:5 (2021), 2210.

33 SOC/645 – EESC-2020-01859-00-01-AC-TRA (EN) 10/24.

34 SWD (2021) 396 final/2, S. 10.

35 *Backhaus*, in: *Baua* (Hrsg.), *Review zur Wirkung elektronischer Überwachung am Arbeitsplatz und Gestaltung kontextsensitiver Assistenzsysteme*, 2018, S. 23 f.

ten, wenn die Leistungsbewertung sich auf die Vergütungshöhe auswirkt.³⁶ Mehrere Studien zeigen zudem auf, dass die individuelle Überwachung als stressvoller empfunden wird als Formen der Gruppenüberwachung.³⁷ Beides ist allgemein für algorithmisches Management und speziell für die Plattformarbeit typisch. Das Review der *baua* betont jedoch ebenfalls, dass drei Untersuchungen keinen überwachungsbedingten Anstieg des Stresslevels haben feststellen können und die analysierten Studien wegen ihrer Heterogenität nur schwer vergleichbar seien.³⁸ Indem die Kommission den erstgenannten Studien folgt, bewegt sie sich im Rahmen der ihr zustehenden Einschätzungsprärogative.

3. Vorgeschlagene Regelungen

Den genannten Risiken soll insbesondere mit Unterrichtungspflichten sowie der menschlichen Überwachung des algorithmischen Managements begegnet werden. Gem. Art. 6 Abs. 1, 2 lit. a) RL-E haben die Plattformbetreiber die Plattformbeschäftigten im Fall von *automatisierten Überwachungssystemen* über das „Ob“ der Überwachung durch ein solches System sowie über die Kategorien von Tätigkeiten zu unterrichten, die von solchen Systemen kontrolliert, überwacht und bewertet werden einschließlich der Bewertung durch den Dienstleistungsempfänger. Hinsichtlich *automatisierter Entscheidungssysteme* sind die Plattformbeschäftigten gem. Art. 6 Abs. 1, 2 lit. b) RL-E zu unterrichten über das Vorhandensein eines solchen Systems, die Kategorien von Entscheidungen, die von diesem getroffen oder unterstützt werden, die wichtigsten Parameter, die diese Systeme berücksichtigen und ihre relative Bedeutung bei der automatisierten Entscheidungsfindung sowie über die Gründe für Entscheidungen in Bezug auf die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Kontos des Plattformbeschäftigten, die Verweigerung der Vergütung für vom Plattformbeschäftigten geleistete Arbeit oder den vertraglichen Status des Plattformbeschäftigten oder für jede Entscheidung mit ähnlicher Wirkung.

Eine Grenze finden die Unterrichtungspflichten des Art. 6 Abs. 1, 2 RL-E im Schutz der Geschäftsgeheimnisse. Nach Erwägungsgrund 33 RL-E sollen digitale Arbeitsplattformen nicht verpflichtet sein, „die detaillierte Funktionsweise ihrer automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssysteme – einschließlich der Algorithmen – oder andere detaillierte Daten, die Geschäftsgeheimnisse enthalten oder durch Rechte des geisti-

36 *Backhaus*, in: *Baua* (Fn. 35), S. 24 f. mit Verweis auf die Studie von *Nebeker/Tatum*, *The Effects of Computer Monitoring, Standards, and Rewards on Work Performance, Job Satisfaction, and Stress*, *Journal of Applied Social Psychology* 23 (1993), 508.

37 *Backhaus*, in: *Baua* (Fn. 35), S. 46.

38 *Backhaus*, in: *Baua* (Fn. 35), S. 24.

gen Eigentums geschützt sind, offenzulegen“. Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass die Bereitstellung aller gemäß des RL-E erforderlichen Informationen verweigert wird. Angesichts dieser Formulierung ist davon auszugehen, dass es regelmäßig zum Streit darüber kommen wird, in welchem Umfang Informationen mit Verweis auf das Geschäftsgeheimnis verweigert werden dürfen.

Art. 6 Abs. 5 RL-E begrenzt die verarbeitbaren Daten auf solche, die untrennbar mit der Erfüllung des Vertrags zwischen Plattform und Beschäftigtem verbunden und für die Vertragserfüllung unbedingt erforderlich sind. Verboten ist etwa die Verarbeitung von personenbezogenen Daten über den emotionalen oder psychischen Zustand des Plattformbeschäftigten und seine Gesundheit (vgl. Art. 6 Abs. 5 S. 2 lit. a, b RL-E), von Daten aus Privatgesprächen und der Kommunikation mit Arbeitnehmervertretern (lit. c) oder die Verarbeitung von Daten in jenen Zeiten, in denen der Beschäftigte seine Arbeitsleistung der Plattform nicht aktiv anbietet (lit. d).

Art. 7 RL-E verlangt von den Plattformen, regelmäßig die Risiken der automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssysteme für die Gesundheit und Sicherheit von Plattformbeschäftigten zu evaluieren und sicherstellen, dass diese Systeme keinen unangemessenen Druck auf Plattformbeschäftigte ausüben oder die körperliche und psychische Gesundheit von Plattformbeschäftigten auf andere Weise gefährden. Dies wird unter anderem durch eine Erweiterung der arbeitsschutzrechtlichen Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG umzusetzen sein. Gem. Art. 7 Abs. 3 RL-E hat die Überwachung in hinreichender Personenstärke durch kompetente und kompetenziell ermächtigte Personen zu erfolgen. Art. 7 Abs. 3 S. 3 RL-E sieht ein Maßregelungsverbot zugunsten der mit den Kontrollen beauftragten Arbeitnehmer vor.

Beschäftigte haben gem. Art. 8 Abs. 1 RL-E einen Anspruch darauf, die Gründe für automatisiert getroffene Entscheidungen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b) erklärt zu bekommen – auf Verlangen auch von einer menschlichen Kontaktperson. Betrifft die Entscheidung die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos, die Verweigerung der Vergütung, den vertraglichen Status des Beschäftigten oder eine Entscheidung mit ähnlicher Wirkung, ist sie von der Plattform von vornherein und unaufgefordert schriftlich zu begründen. Plattformbeschäftigte sollen gegen jede automatisiert getroffene Entscheidung remonstrieren können; die Plattformen haben eine – kleine und mittlere Unternehmen ggf. zwei – Woche(n) Zeit, den Beschäftigten auf ihre Remonstrations begründete Antwort zu übermitteln. Für den Fall rechtswidriger automatisierter Entscheidungen sieht Art. 8 Abs. 3 RL-E einen Berichtigungs- und, sofern eine Berichtigung nicht möglich ist, einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Plattformbeschäftigten vor. Zu kompensieren sein könnte

demnach etwa der Verdienstaussfall eines Crowdworkers infolge einer diskriminierenden Sperrung seines Plattformkontos.³⁹

Art. 9 Abs. 1 RL-E enthält ein Unterrichts- und Anhörungsrecht der Arbeitnehmervertretungen vor der Einführung bzw. vor wesentlichen Änderungen von automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen. Gem. Art. 9 Abs. 3 RL-E können sich die Vertretungen durch einen Sachverständigen ihrer Wahl unterstützen lassen. Hat eine Arbeitsplattform in einem Mitgliedsstaat mehr als 500 Plattformbeschäftigte, werden die Sachverständigenkosten von der digitalen Arbeitsplattform getragen, sofern sie verhältnismäßig sind. Umsetzungsbedarf in Deutschland besteht durch keine der beiden Maßnahmen: Das Unterrichts- und Anhörungsrecht bleibt hinter dem in Deutschland einschlägigen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zurück.⁴⁰ Die Übernahme erforderlicher Sachverständigenkosten wird in Deutschland unabhängig von der Unternehmensgröße durch § 80 Abs. 3 BetrVG sichergestellt, zumal die Hinzuziehung eines Sachverständigen seit Inkrafttreten des Betriebsrätmodernisierungsgesetzes mit Wirkung zum 18.6.2021⁴¹ als erforderlich gilt, wenn der Betriebsrat die Einführung oder Anwendung von Künstlicher Intelligenz beurteilen muss. Dies ist im Zusammenhang mit automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen häufig der Fall.

III. Konkurrenzverhältnis zur DSGVO

Das Konkurrenzverhältnis zwischen RL-E und DSGVO wird in den Erwägungsgründen 29 bis 37 ausführlich behandelt. Nach Auffassung der Kommission stehen beide Rechtsakte in einem Spezialitätsverhältnis zueinander. Die im RL-E vorgesehenen Rechte sollen ausweislich der Kommissionsbegründung auf den in der DSGVO bestehenden Garantien für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch automatisierte Entscheidungsfindungssysteme aufbauen und diese erweitern.⁴² Die DSGVO stellt nach Erwägungsgrund 29 den „allgemeinen Rahmen“ dar, der durch den RL-E um „spezifischere Vorschriften“ für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext der Plattformarbeit erweitert wird.⁴³ Die Erwägungsgründe 30 bis 37 nehmen anschließend ausführlich dazu Stellung, welche Regelungen der DSGVO neben denen des RL-E angewendet werden und welche kraft Spezialität verdrängt werden sollen.

39 Krause, NZA 2022, 521, 530.

40 Krause, NZA 2022, 521, 530.

41 BGBI. 2021 I, 1762.

42 COM (2021) 762/final, S. 4 f.

43 Vgl. Erwägungsgrund 29.

Aus rechtsdogmatischer Perspektive interessant ist in diesem Zusammenhang die Auffassung des Deutschen Anwaltvereins, dass es „mit Blick auf die Rangordnung der Rechtsakte der Union“ ausgeschlossen sei, durch die Richtlinie zur Plattformarbeit von den Vorgaben der DSGVO abzuweichen. Art. 88 DSGVO eröffne nur den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, durch Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext zu schaffen. Eine Möglichkeit, diese Regelungen in einer Richtlinie vorzugeben und damit den individuellen Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten einzuschränken, sehe Art. 88 DSGVO nicht vor.⁴⁴ In der Tat stützt sich die Kommission in ihrer Begründung auf Art. 88 DSGVO, wonach die Mitgliedstaaten spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorsehen können.⁴⁵ Gleichwohl bleibt es der Kommission unbenommen, die in der DSGVO enthaltenen Vorgaben durch eine Richtlinie zu modifizieren. Denn normenhierarchisch stehen die sog. Basisrechtsakte des Art. 288 Abs. 2-4 AEUV (Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse) nicht in einem Über- Unterordnungsverhältnis, sondern auf derselben Stufe.⁴⁶ Entsprechend kann eine Verordnung wie die DSGVO auch durch eine Richtlinie geändert oder spezifiziert werden.⁴⁷ Auf rangniedriger Stufe als die genannten Basisrechtsakte stehen innerhalb des Sekundärrechts allein die vorliegend nicht relevanten delegierten Rechtsakte (vgl. Art. 290 AEUV) und Durchführungsbestimmungen (vgl. Art. 291 AEUV).⁴⁸ Dieses sog. Tertiärrecht⁴⁹ wird nur von der Kommission erlassen und hat folglich keinen Gesetzescharakter. Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse durchlaufen demgegenüber allesamt das ordentliche Gesetzge-

44 Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, 2022, S. 12.

45 COM (2021) 762 final, S. 9.

46 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5, 2010, Rn. 627; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 27; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 14; vgl. noch bzgl. Art. 249 EG-Vertrag *Nettesheim*, Europarecht (EuR) 2006, 737, 764.

47 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 14.

48 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5, 2010, Rn. 631; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 28.

49 *Bueren*, EuZW 2012, 167, 168; *König/Kleinlein*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 2 Gesetzgebung Rn. 2.

bungsverfahren nach Art. 289 Abs. 3, 294 AEUV⁵⁰ und sind entsprechend gleichwertig legitimiert. Bei Kollisionen zwischen Rechtsakten gleichen Ranges – wie vorliegend DSGVO und RL-E – gelten die allgemeinen Grundsätze *lex specialis* vor *lex generalis* und der Vorrang der *lex posterior*.⁵¹

Praktisch relevant wird das Konkurrenzverhältnis zwischen Kapitel III des RL-E und der DSGVO insbesondere an drei Stellen: Erstens überschneiden sich die in Art. 6, 7 RL-E enthaltenen Informationspflichten teilweise mit denen der Art. 12 ff. DSGVO.⁵² Zweitens enthält Art. 6 Abs. 5 RL-E gegenüber Art. 6 DSGVO strengere Anforderungen an die Zulässigkeit der Datenverarbeitung (vgl. hierzu unter V.). Drittens besteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem in Art. 22 Abs. 1 DSGVO statuierten grundsätzlichen Verbot der ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung und dem in Art. 8 RL-E geregelten Verfahren beim Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme (vgl. hierzu unter IV.). Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die beiden letztgenannten Punkte.

IV. Überprüfung wichtiger Entscheidungen durch den Menschen (Art. 8 RL-E)

Der größte Umsetzungsbedarf ergibt sich sowohl für den deutschen Gesetzgeber als auch für die betroffenen Plattformen aus dem in Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E vorgesehenen Begründungs- und Remonstrationsverfahren. Dieses verpflichtet die Plattformen dazu, sich beim Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme mehrfach mit den von diesen getroffenen oder unterstützten Entscheidungen auseinanderzusetzen.

1. Automatisiertes Entscheidungssystem

Aufgrund des aufwendigen Verfahrens auf Rechtsfolgenebene, bedarf es zunächst einer besonders gründlichen Auseinandersetzung mit dem Tatbestand. Zu untersuchen ist insbesondere, welche Anforderungen an die Automatisierung des Systems, die Entscheidungsunterstützung sowie die Erheblichkeit der Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen zu stellen sind.

50 Vgl. hierzu *Höpfner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *EuArbR*, 4. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 7.

51 *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band 5, 2010 Rn. 631; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV Rn. 30; *Golland*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), 4. Aufl. 2022, Art. 95 DSGVO Rn. 4.

52 Vgl. hierzu Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, 2022, S. 13.

a) Automatisierte Datenverarbeitung

Weder der Richtlinienentwurf noch die bislang vorhandenen Materialien enthalten Vorgaben, wann eines der genannten Systeme „automatisiert“ ist. Da es sich bei den Art. 6 ff. RL-E überwiegend um Spezifikationen der DSGVO handelt, ist die Antwort auf diese Frage in deren allgemeinem Teil zu suchen. Gem. Art. 2 Abs. 1 DSGVO findet die DSGVO unter anderem Anwendung auf die „ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten“. Automatisiert meint dort, dass die Verarbeitung ohne Mitwirkung eines Menschen erfolgt.⁵³ Es ist davon auszugehen, dass der RL-E – wie auch die DSGVO (vgl. ErwGr 15 DSGVO)⁵⁴ – technologie-neutral ausgestaltet ist, d.h. nicht nur maschinelles Lernen und andere Programmierverfahren gemeint sind, die häufig unter dem Sammelbegriff „Künstliche Intelligenz“ (KI) verwendet werden.⁵⁵ Zu der durch die DSGVO abgelösten Datenschutzrichtlinie RL 95/46/EG a.F. hat der EuGH entschieden, dass bereits die Videoaufzeichnung von Personen auf einer kontinuierlichen Speichervorrichtung eine *automatisierte* Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt.⁵⁶ Entsprechend handelt es sich dabei auch um ein automatisiertes Überwachungssystem im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a) RL-E.

Auch hinsichtlich der automatisierten Entscheidungssysteme ist es *die Datenverarbeitung*, die ohne menschlichen Zwischenakt zu erfolgen hat. Unschädlich ist es demgegenüber, wenn die Entscheidung an sich unter Einbeziehung eines menschlichen Entscheidungsträgers erfolgt. Denn der RL-E verlangt explizit nicht, dass die Entscheidung ausschließlich durch das System ohne menschliche Mitwirkung getroffen wird. Dies ergibt sich bereits aus dem Normtext, wonach auch der Einsatz solcher Systeme gemeint ist, die Entscheidungen lediglich unterstützen (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 7 Abs. 1, 3, Art. 8 Abs. 1 RL-E). Hierin liegt der Unterschied zu Art. 22 DSGVO, der die grundsätzliche Unzulässigkeit solcher Entscheidungen anordnet, die *ausschließlich* auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruhen. Ausweislich ErwGr 32 RL-E ist der gegenüber Art. 22 DSGVO erweiterte Anwendungsbereich der Art. 6 ff. RL-E beabsichtigt. Ein System, das eine menschliche Entscheidung nur unterstützend vorbereitet, kann aber nicht zugleich automatisiert in dem Sinne sein, als dass es für die Entscheidung keiner menschlichen Mitwirkungshandlung bedarf.

53 Schmidt, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), 4. Aufl. 2022, Art. 2 DSGVO Rn. 9.

54 Vgl. hierzu Ernst, in: Paal/Pauly (Hrsg.), 3. Aufl. 2021, Art. 2 DSGVO Rn. 5.

55 Vgl. etwa Anhang I des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM 2021) 206 final.

56 EuGH 11.12.2014 – Rs. C-212/13, EuZW 2015, 234 Rn. 25 (Rynea).

Gemeint ist vielmehr, dass eine automatisierte Datenverarbeitung zum Zweck einer späteren Entscheidung – entweder durch das System selbst oder durch einen Menschen – erfolgt. Eine „von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung“, die nach Art. 8 Abs. 1 RL-E Erklärungs- (UAbs. 1) und Begründungspflichten (UAbs. 2) auslöst, liegt demnach bei jeder auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruhenden Entscheidung vor. Angelehnt ist dieses Verständnis an den Wortlaut des Art. 22 DSGVO, gegenüber dem insbesondere Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E spezifischere Vorgaben enthält. Für dieses Verständnis spricht neben der systematischen Verknüpfung von Art. 6 ff. RL-E und der DSGVO auch, dass im Rahmen des Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht rechtssicher beurteilt werden kann, wann die automatisierte Datenverarbeitung lediglich zur Vorbereitung einer menschlichen Entscheidung erfolgt, so dass Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht einschlägig ist, und wann eine „ausschließlich“ auf der automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung vorliegt.⁵⁷ Da die Kommission die Ausweitung auf die Entscheidungsunterstützung in der RL-E auch damit begründet, dass erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO bestünden und diese beseitigt werden sollten,⁵⁸ kann als Hinweis für eine Orientierung an Art. 22 DSGVO verstanden werden – zumal sich auch das in Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E geregelte Verfahren an dasjenige des Art. 22 Abs. 3 DSGVO anlehnt und dieses spezifiziert.

Nicht eindeutig beantwortet der RL-E, ob zwischen der automatisierten Überwachung und der Entscheidung ein Zusammenhang bestehen muss. Sprich: Liegt ein automatisiertes Entscheidungssystem im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-E nur dann vor, wenn es Entscheidungen bzw. Empfehlungen durch die automatisierte Verarbeitung der Überwachungsdaten im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a) RL-E trifft oder bei jeder automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten zur Entscheidung(sunterstützung)? Auch wenn es vermutlich eher aus der analogen Arbeitswelt stammt, lässt sich der Unterschied beider Ansätze am Beispiel der Eingruppierung nach Beschäftigungsjahren veranschaulichen. Ist eine Lohnbuchhaltungssoftware, die anhand der hinterlegten Unternehmenszugehörigkeit über die Eingruppierung in eine bestimmte Lohngruppe entscheidet, ein automatisiertes Entscheidungssystem im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b), obwohl sie nur auf Stamm- und nicht auf Überwachungsdaten zugreift? Die gleiche Frage stellt sich, wenn die Urlaubsplanung entsprechend § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG automatisiert anhand der im System hinterlegten Sozialdaten erfolgt. Ungeachtet der Informationspflichten nach Art. 6 Abs. 1, 2 RL-E müsste die Plattform ihre Eingruppierungsentschei-

57 Vgl. zum Streitstand *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 29 ff.

58 COM (2021) 762 final, S. 8.

derung bzw. die Ablehnung des Urlaubsantrags nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E erklären; der Crowdworker könnte hiergegen gem. Art. 8 Abs. 2 RL-E remonstrieren.

Die besseren Argumente sprechen dafür, Überwachungs- und Entscheidungssysteme unabhängig voneinander zu betrachten⁵⁹ und folglich auch dann von einem automatisierten Entscheidungssystem im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-E auszugehen, wenn dieses andere als die Überwachungsdaten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) RL-E verarbeitet. Denn auch der RL-E differenziert zwischen beiden Systemen, indem er in Art. 6 Abs. 1 zwei separate Begriffsbestimmungen enthält, in Art. 6 Abs. 2 unterschiedliche Informationspflichten vorsieht und die Überprüfung wichtiger Entscheidungen durch Menschen nach Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E auch nur für die von automatisierten Entscheidungssystemen getroffenen oder unterstützten Entscheidungen vorsieht. All das spricht dafür, dass beide Systeme unabhängig voneinander bestehen und eingesetzt werden können. Zuzugeben ist gleichwohl, dass diese Differenzierung in Art. 7 RL-E nicht durchgehalten wird, sondern dort von „Entscheidungen, die von automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen (...) getroffen oder unterstützt werden“ die Rede ist. Teleologisch spricht für ein weites Verständnis, dass der Richtlinienvorschlag unter anderem darauf abzielt, algorithmische Diskriminierungen zu vermeiden, und solche insbesondere aus der automatisierten Verarbeitung von „Stammdaten“ resultieren können.⁶⁰

b) Entscheidungsunterstützung

Die nach dem RL-E jedenfalls erforderliche Entscheidungsunterstützung liegt nur dann vor, wenn das System aus mehreren Daten automatisiert einen eigenständigen Output generiert, etwa in Form einer Empfehlung. Nicht hinreichend ist es demgegenüber, dass ein Personalverantwortlicher die mittels automatisierter Überwachung erlangten Daten zum Anlass einer ansonsten selbstständigen Entscheidung bloß heranzieht. Das Erfordernis einer eigenen Berechnung durch das Entscheidungssystem ergibt sich systematisch aus den in Art. 6 Abs. 2 lit. b) iii) RL-E aufgeführten Informationspflichten. Demnach muss die Plattform ihre Crowdworker unter anderem über die wichtigsten Parameter unterrichten, die diese Systeme berücksichtigen, und die relative Bedeutung dieser Parameter bei der automatisierten Entscheidungsfindung. Die Angabe von Parametern und ihrer relativen Bedeutung impliziert, dass es einen von den durch das System verarbeiteten Daten (Parametern) unabhängigen Output gibt. Dies lässt sich auch teleologisch begründen: Denn ein spezifisches Risiko au-

59 *Aloisi/Potocka-Sionek*, Italian Labour Law e-Journal Vol. 15:1 (2022), 29, die die vom RL-E vorgenommene Differenzierung rechtspolitisch kritisieren.

60 Siehe hierzu bereits S. 6.

tomatisierter Entscheidungssysteme besteht darin, dass ihre Ergebnisse von den Anwendern vergleichsweise unkritisch übernommen werden und in der Folge eine eigene Überprüfung, etwa im Hinblick auf die Richtigkeit der Daten der Diskriminierungen, unterbleibt.⁶¹ Dieser sogenannte automation bias besteht jedoch nur, wenn das System überhaupt eine eigene Bewertung vornimmt.

Ein eigenständiger Output des Systems ist jedenfalls dann gegeben, wenn konkrete Handlungsempfehlungen ausgesprochen werden – etwa einen mehrfach unentschuldig ferngebliebenen Crowdworker abzumahnern oder einen überdurchschnittlich produktiven zu befördern. Im Sinne des RL-E entscheidungsunterstützend herangezogen werden jedoch auch solche Systeme, die keine konkreten Empfehlungen oder Vorschläge aussprechen, sondern aus mehreren Einzeldaten Leistungsscores errechnen, die dann wiederum ausschließlich oder neben anderen Kriterien zur Grundlage menschlicher Entscheidungen gemacht werden. Denn auch beim Scoring handelt es sich um eine automatisierte Datenverarbeitung, die von einem menschlichen Entscheidungsträger zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht werden kann. Anders als die aus einer automatisierten Überwachung stammenden Einzeldaten ist für den Personalverantwortlichen zudem nicht ohne Weiteres erkennbar, aus welchen Einzeldaten und in welcher Gewichtung sich der ausgegebene Wert zusammensetzt. Gerade deshalb bestehen die Risiken von Diskriminierungen und einem automation bias beim Scoring in gleichem Maße wie bei einer konkreten Handlungsempfehlung des Systems. Die für automatisierte Entscheidungssysteme in Art. 6 Abs. 2 lit. b) RL-E vorgesehenen Unterrichtungspflichten sowie das Verfahren des Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E bezwecken gerade, jene black box zu erleuchten.

c) Erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen

Das in Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E vorgesehene Verfahren ist nur anwendbar, wenn sich die von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung erheblich auf die Arbeitsbedingungen der Crowdworker auswirkt. Auffällig ist, dass sich der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 RL-E auf der einen und Art. 22 Abs. 1 DSGVO auf der anderen Seite unterscheidet. Während Art. 22 Abs. 1 DSGVO eine Entscheidung mit rechtlicher Wirkung oder ähnlich erheblicher *Beeinträchtigung* verlangt, müssen sich die Entscheidungen der Systeme im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-E erheblich auf die Arbeitsbedingungen der Plattformbeschäftigten *auswirken*. Da nicht jede Auswirkung beeinträchtigt, sich aber jede Beeinträchtigung auswirkt, lässt sich dem deutschen Wortlaut der beiden Rechtsakte ein geringfügiges Prä zugunsten einer weiteren Auslegung des

61 Siehe hierzu bereits S. 6.

RL-E entnehmen. Ähnlich verhält es sich mit der französischen. („RL-E: incidence significative: DSGVO: „la affectant de maniere“ im RL-E), spanischen (RL-E: che incidono significativamente; DSGVO: afecte significativamente) und italienischen (RL-E: afectan significativamente; DSGVO: incida in modo analogo significativamente) Sprachfassung. In der englischen Übersetzung ist in beiden Rechtsakten hingegen wortlautidentisch von „significantly affects“ die Rede.

Für ein gegenüber Art. 22 Abs. 1 DSGVO weiteres Verständnis der erheblichen Auswirkungen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 RL-E spricht ferner, dass die Kommission die im RL-E enthaltenen Spezialregelungen auch mit der in Art. 22 Abs. 1 DSGVO bestehenden „Schwierigkeit [begründet], die Grenze zwischen algorithmischen Entscheidungen zu ziehen, die sich hinreichend „erheblich“ auf den Arbeitnehmer auswirken, und solchen, die dies nicht tun.⁶² Jene Grenzziehung fällt naturgemäß umso leichter, je weiter man den Kreis der erfassten Entscheidungen zieht. Die Kommission dürfte zudem die umstrittene Frage vor Augen gehabt haben, ob Art. 22 Abs. 1 DSGVO nur den Betroffenen benachteiligende Entscheidungen verbietet (arg. „beeinträchtigen“) oder auch solche, die sich einzig positiv auf seine Rechtsstellung auswirken.⁶³ Vor diesem Hintergrund deutet das im Vergleich zu Art. 22 Abs. 1 DSGVO neutralere Verb „auswirken“ auf eine Einbeziehung positiver und neutraler Entscheidungen in Art. 6 ff. RL-E hin. Zwar entfalten von den in Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-E genannten Entscheidungen sowohl jene über Beförderungen als auch solche über die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos dem Betroffenen gegenüber ohnehin rechtliche Wirkung und unterfallen mithin bereits de lege lata Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Schwieriger zu beurteilen sind demgegenüber die im RL-E ebenfalls erwähnten Entscheidungen über den Zugang zu Arbeitsaufträgen. Ausweislich Erwägungsgrund 8 RL-E zielt der Zugang zu Arbeitsaufträgen nicht nur darauf, welche Aufträge einem selbstständigen Crowdworker auf der Plattform angezeigt und damit angeboten werden. Vielmehr wird auch das „Erteilen von Anweisungen“ als zu regulierendes Anwendungsgebiet des algorithmischen Managements genannt, so dass bereits einfache Weisungen des Arbeitgebers nach Art. 8 Abs. 1 RL-E auf Verlangen des Crowdworkers zu erklären und gem. Art. 8 Abs. 2 RL-E von diesem anfechtbar wären. Art. 22 Abs. 1 DSGVO unterfallen Weisungen im bestehenden Arbeitsverhältnis nach im Schrifttum umstrittener Ansicht mangels einer von ihnen ausgehenden Beeinträchtigung hingegen nicht, da der Arbeitnehmer bereits auf Grundlage des Arbeits-

62 COM (2021) 762 final, S. 8.

63 Vgl. zum Streitstand *Schulz*, in: Gola/Heckmann, 3. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 21 ff.; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 50;

vertrags zur Leistung der Dienste verpflichtet ist.⁶⁴ Auch dies spricht für einen gegenüber Art. 22 DSGVO weiteren Anwendungsbereich der Art. 6 ff. RL-E.

2. Menschliche Erklärung, Begründung und Überprüfung (Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E)

Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E statuiert das Recht der Plattformbeschäftigten, von der digitalen Arbeitsplattform eine Erklärung für jede von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung zu erhalten, die sich gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b) erheblich auf die Arbeitsbedingungen der Plattformbeschäftigten auswirkt. Hierzu ist von der Plattform eine menschliche Kontaktperson zu benennen, mit der Fakten, Umstände und Gründe für die Entscheidung besprochen werden können.⁶⁵ Automatisierte Entscheidungen in Bezug auf die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Kontos des Plattformbeschäftigten, die Verweigerung der Vergütung, den vertraglichen Status des Plattformbeschäftigten sowie Entscheidungen mit ähnlicher Wirkung müssen gem. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL-E von vornherein schriftlich begründet werden. Art. 8 Abs. 1 RL-E differenziert mithin zwischen einfach erheblichen (UAbs. 1) und besonders erheblichen (UAbs. 2) Verfahren.

Schriftlich im Sinne des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL-E setzt hierbei nicht die Schriftform im Sinne des § 126 BGB voraus. Vielmehr grenzt das Schriftlichkeitserfordernis lediglich zu einer nicht genügenden (fern)mündlichen Begründung ab. Zielt der Unionsgesetzgeber auf eine Verkörperung ab, wie sie für § 126 BGB erforderlich ist, nennt er dies „Papierform“ (vgl. Art. 3 RL (EU) 2019/1152). Da der RL-E jedoch ausdrücklich auch die Rechtsdurchsetzung fördern möchte (vgl. Art. 13 ff. RL-E), muss es dem Plattformbeschäftigten möglich sein, die Erklärung so zu speichern, dass sie ihm für einen angemessenen Zeitraum zugänglich bleibt und für einen etwaiges gerichtliches Verfahren zur Verfügung steht. Die Schriftlichkeitsform des Art. 8 RL-E entspricht mithin der Textform des § 126b BGB.⁶⁶

Sind Plattformbeschäftigte mit einer Erklärung nach Abs. 1 UAbs. 1 bzw. einer Begründung nach Abs. 1 UAbs. 2 unzufrieden oder ist eine Entscheidung nach ihrer Auffassung rechtswidrig, haben sie gem. Art. 8 Abs. 2 das Recht, die Plattform um Überprüfung der Entscheidung zu ersuchen. Im

64 So *Arnold/Winzer*, in: *Arnold/Günther* (Hrsg.), *Arbeitsrecht* 4.0, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 273; *Höpfner/Daum*, *ZFA* 2021, 467, 486; anderer Ansicht *Frank/Heine*, *NZA* 2022, 543, 544; *Knitter*, *Digitale Weisungen*, 2022, S. 124.

65 Vgl. COM (2021) 762 final, S. 20.

66 Zu beachten sind ferner die Grundsätze der Dialoggestaltung nach DIN EN ISO 9241-110, vgl. hierzu *Knitter*, *Digitale Weisungen*, 2022, S. 244.

Schrifttum wird in diesem Zusammenhang vom „Remonstrationsknopf“⁶⁷ bzw. einer Remonstrationsfunktion⁶⁸ gesprochen. Im Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO besteht diese Pflicht bereits de lege lata gem. Art. 22 Abs. 3 DSGVO. Beispielhaft für rechtswidrige Entscheidungen werden in Erwägungsgrund 37 RL-E Verstöße gegen grundlegende Arbeitnehmerrechte oder das Recht auf Nichtdiskriminierung genannt. Eine rechtswidrige Entscheidung wäre beispielsweise die Weisung an einen Ridesharing-Fahrer, mit deren Ausführung die gesetzliche Arbeitszeit überschritten würde.⁶⁹ Denkbar ist auch eine rechtswidrige Leistungsbewertung, etwa wie in dem von der Kommission gewählten Beispiel des Lieferdienstes *Deliveroo*, dessen Algorithmus nicht zwischen krankheitsbedingten und unentschuldigten Fehlzeiten unterschied.⁷⁰

Im Hinblick auf Erklärungen nach Abs. 1 UAbs. 1 ergibt das Remonstrationsrecht jedoch wenig Sinn. Denn bereits nach Abs. 1 müssen Plattformbeschäftigte Zugang zu einer menschlichen Kontaktperson erhalten, die ihnen die Entscheidung bei Bedarf erläutert. Dass diese Kontaktperson gem. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 S. 3 RL-E über eine „für die Ausübung dieser Funktion erforderliche (...) Befugnis verfügen“ muss, lässt sich nur so verstehen, als dass die Kontaktperson selbst gegenüber dem anfragenden Plattformbeschäftigten weisungsbefugt ist und entsprechend über den Fortbestand der automatisierten Entscheidung befinden kann. Etwa bietet die von *Lieferando* verwendete *Scoober*-App bereits heute eine Chat-Funktion, mittels derer sich die Fahrer bei Problemen und Fragen an einen Schichtleiter wenden können.⁷¹ Betrachtet man allein die Systematik und den Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 RL-E, könnte ein Plattformbeschäftigter nun gegen diese von der menschlichen Kontaktperson stammenden Erklärung erneut remonstrieren. Besonders kurios wird es, wenn bereits die Erstentscheidung nicht ausschließlich automatisiert getroffen wurde, sondern ein menschlicher Entscheidungsträger von einem Algorithmus bei seiner Entscheidung unterstützt wurde. In diesem Fall müssen bis zu drei Menschen an einer einzigen Entscheidung mitwirken: der Erstentscheider, die Kontaktperson nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E sowie die mit der Remonstration nach Art. 8 Abs. 2 RL-E betraute Person.

So nachvollziehbar es ist, Plattformbeschäftigte vor den Risiken des algorithmischen Managements zu schützen, so wenig geboten ist eine erneute Überprüfung einer bereits von einem Menschen bestätigten Entscheidung. Zurecht stellt *Taeger* hinsichtlich Art. 22 DSGVO klar, dass kein wesentli-

67 *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2018, Rn. 55 und 255.

68 *Höpfner/Daum*, ZFA 2021, 467, 480.

69 Beispiel von *Knitter*, Digitale Weisungen, 2022, S. 251.

70 SWD (2021) 396 final/2, S. 12.

71 <https://www.lieferando.de/fahrer/privacy> (23.11.2022).

cher Unterschied zwischen dem Recht auf Anfechtung und dem Recht auf Eingreifen einer Person erkennbar sei und eine einmal ernsthaft durch einen Menschen überprüfte automatisierte Entscheidung nicht gegen Art. 22 DSGVO verstoßen könne.⁷² Das bedeutet freilich nicht, dass eine solche Entscheidung insgesamt rechtmäßig ist oder von einem Arbeitnehmer befolgt werden muss. Da aufgrund der erfolgten menschlichen Überprüfung keine Besonderheit des algorithmischen Managements besteht, ist hierfür auf das allgemeine schuldrechtliche Leistungsstörungenrecht zurückzugreifen. Geht es um eine rechtswidrige Weisung, muss der Arbeitnehmer diese nicht befolgen.⁷³ Im Fall von Diskriminierungen ist die jeweilige Entscheidung gem. § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG nichtig. Zudem bestehen ggf. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG. Weist das System den Arbeitnehmer an, die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten zu über bzw. die gesetzlichen Pausen- und Ruhezeiten zu unterschreiten, greifen zudem die Bußgeld- und Strafvorschriften der §§ 22, 23 ArbZG. Aufgrund der Bestätigung der automatisierten Entscheidung durch einen Mitarbeiter oder einen anderen Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers, bestehen auch keine Zurechnungsprobleme, wie sie für die Zurechnung von reinen Computererklärungen teilweise diskutiert werden.⁷⁴ Stimmiger wäre es daher, die menschliche Kontaktperson, die in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E statuiert wird, im Rahmen des Remonstrationsrechts nach Art. 8 Abs. 2 RL-E zu verorten.

Gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 RL-E hat die Plattform das Remonstrationsersuchen des Crowdworkers unverzüglich, spätestens binnen einer Woche, begründet zu beantworten. Für Kleinstunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen können die Mitgliedstaaten die Frist auf zwei Wochen verlängern. Nach Art. 2 Abs. 1 der allgemeinen Empfehlungen der Kommission⁷⁵, auf die Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL-E verweist, handelt es sich um ein Kleinst-, kleines oder mittleres Unternehmen, wenn dieses nicht mehr als 249 Beschäftigte hat und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen Euro erwirtschaftet oder eine Bilanzsumme von maximal 43 Millionen Euro aufweist. Im Arbeitsrecht ist es üblich, typisierend anhand von Schwellenwerten allein auf die Personalstärke als Ausweis für die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Unternehmens abzustellen, beispielsweise in § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG oder § 111 S. 1 BetrVG.⁷⁶ Die Anzahl der auf einer Platt-

72 Taeger, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 70.

73 BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 Rn. 58 ff.

74 Vgl. zu diesen nur Wagner, VersR 2020, 717, 724 ff. m.w.N.

75 Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, Amtsblatt EG 2003 L 124/36.

76 Vgl. zur Personalstärke als Indiz der finanziellen Leistungsfähigkeit und zur mithin gebotenen Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern BAG 18.10.2011 – 1

form registrierten Crowdworker ist diesbezüglich hingegen wenig aussagekräftig, sofern es sich nicht um Arbeitnehmer handelt. Selbstständige Crowdorker haben demgegenüber keine Pflicht zum Tätigwerden, so dass ihre bloße Registrierung auf der Plattform kaum Rückschlüsse auf das Dienstleistungs- und Umsatzvolumen erlaubt. Vielmehr bestehen seitens der Plattform nur gegenüber Arbeitnehmern regelmäßige und feste Verpflichtungen, die auf ein gewisses Personalbudget und demzufolge auf eine finanzielle Ausstattung schließen lassen.

3. Der Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch des Art. 8 Abs. 3 RL-E

Rechtswidrige Entscheidungen müssen gem. Art. 8 Abs. 3 unverzüglich berichtigt werden. Ist das nicht möglich, ist dem Plattformbeschäftigten eine angemessene Entschädigung zu zahlen. Neben dem Entschädigungsanspruch des Art. 8 Abs. 3 RL-E sieht Art. 13 RL-E einen Schadensersatzanspruch zugunsten der Plattformbeschäftigten für den Fall vor, dass die ihnen aufgrund des RL-E zustehenden Rechte verletzt werden. Stellt man beide Entschädigungsansprüche nebeneinander, werden die beiden Ebenen deutlich, zwischen denen zu unterscheiden ist: Während Art. 8 Abs. 3 RL-E inhaltlich rechtswidrige Entscheidungen sanktioniert, geht es Art. 13 RL-E um die Ahndung von Richtlinienverstößen, etwa der Unterrichtungspflicht, des Begründungszwangs oder des Remonstrationsrechts. Bei Art. 13 RL-E handelt es sich um ein übliches Mittel, um dem Unionsrecht mittels des sog. private enforcement – d.h. der Rechtsdurchsetzung durch Private – zur tatsächlichen Geltung zu verhelfen anstatt durch Bußgelder und andere öffentlich-rechtliche Sanktionen. Da der RL-E an sich keine inhaltlichen Anforderungen an von automatisierten Systemen getroffene bzw. unterstützte Entscheidungen vorsieht, sondern im Wesentlichen ein Verfahren für den Umgang mit automatisierten Entscheidungen vorschreibt, ist die Entschädigung für den Fall rechtswidriger Entscheidungen nicht bereits von Art. 13 RL-E umfasst, sondern bedarf – sofern man sie für mit höherrangigem Recht vereinbar hält und rechtspolitisch begrüßt – einer gesonderten Regelung.⁷⁷

a) Zweck- und Systemwidrigkeit

Bereits an der Zweck- und Systemmäßigkeit des Art. 8 Abs. 3 RL-E können jedoch Zweifel gehegt werden. Jedenfalls sieht die DSGVO selbst für die schwerwiegenderen und grundsätzlich verbotenen Entscheidungen im

AZR 335/10, NZA 2012, 221 Rn. 18 (bzgl. § 111 S. 1 BetrVG) sowie BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 Rn. 22 ff. (bzgl. § 23 Abs. 1 KSchG).
⁷⁷ Anderer Ansicht Krause, NZA 2022, 521, 531, der angesichts des Art. 13 von einer Redundanz des Art. 8 Abs. 3 RL-E ausgeht.

Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO keinen mit Art. 8 Abs 3 RL-E vergleichbaren Anspruch vor. Der Schadensersatzanspruch des Art. 82 Abs. 1 DSGVO knüpft vielmehr an Verstöße gegen die DSGVO selbst an, die gerade keine Vorgaben an den Entscheidungsinhalt aufstellt, sondern allein an die Datenverarbeitung. Im Hinblick auf automatisierte Entscheidungssysteme besteht ein Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO daher nur, wenn eine ausschließlich auf automatisierter Datenverarbeitung beruhende Entscheidung getroffen wird, für die kein Rechtfertigungsgrund nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO besteht *oder* wenn im Fall einer demnach gerechtfertigten Entscheidung keine Maßnahmen zum Schutz der Betroffenen nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO getroffen werden. Bei Art. 82 DSGVO handelt es sich insofern um das Pendant zu Art. 13 RL-E.

Dass Art. 8 Abs. 3 RL-E – anders als Art. 82 Abs. 3 DSGVO – keine ausdrückliche Exkulpationsmöglichkeit vorsieht, lässt überdies darauf schließen, dass der Entschädigungsanspruch des RL-E verschuldensunabhängig zu gewähren ist.⁷⁸ Insgesamt erscheint es wenig stringent, in der Plattformarbeit eine Gefährdungshaftung selbst für jene Entscheidungen einzuführen, die von Menschen getroffen und von automatisierten Systemen lediglich unterstützt wurden, während außerhalb der Plattformarbeit für die ungleich riskanteren vollautomatisierten Entscheidungen seitens der Union keine Haftung vorgegeben wird, sofern nur die Anforderungen an eine rechtmäßige Datenverarbeitung und an das Verfahren des Art. 22 Abs. 3 DSGVO eingehalten werden. Zwar wird in der rechtspolitischen Diskussion zur Haftung von Programmierern und Betreibern von KI-Systemen mitunter für die Einführung einer Gefährdungshaftung geworben.⁷⁹ Dies wird dort jedoch unter anderem mit der Lernfähigkeit, Vernetzung und fehlende Beherrschbarkeit – sprich der *Autonomie* – von maschinellem Lernen und vergleichbarer Programmieretechniken begründet.⁸⁰ Auch das Europäische Parlament hatte der Kommission in seiner Entschließung vom 20.10.2020 einen Verordnungsvorschlag zur Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz von KI unterbreitet, der in Art. 4 eine Gefährdungshaftung für Hochrisiko-KI-Systeme vorsah.⁸¹ KI

78 Krause, NZA 2022, 521, 531.

79 Vgl. nur Zech, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, S. 89 ff. m.w.N.

80 Burchardi, EuZW 2022, 685, 690; Zech, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, S. 32 ff.; vgl. zur Produkthaftung für autonome Systeme Graf von Westphalen, ZIP 2019, 889; Wagner, AcP 217 (2017), 707.

81 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Haftung für den Betrieb von Systemen mit künstlicher Intelligenz, Anlage B zur Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.10.2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz, P9_TA (2020) 0276; vgl. hierzu Zech, NJW-Beilage 2022, 33.

setzte nach Art. 3 des Vorschlags voraus, dass das System Intelligenz simuliert, indem es Daten aus seiner Umgebung verarbeitet, analysiert und interpretiert und daran anknüpfend mit einem gewissen Maß an Autonomie Maßnahmen ergreift, um bestimmte Ziele zu erreichen.⁸² Demgegenüber begrenzt der RL-E in der Plattformarbeit den Anwendungsbereich der Art. 6 ff. RL-E gerade nicht auf *autonome* Systeme und Programmier-techniken, wie etwa die in Art. 3 Nr. 1 in Verbindung mit Anhang I KI-VO-E⁸³ genannten. Entsprechend können die rechtspolitischen Argumente zugunsten einer Gefährdungshaftung nicht ausnahmslos auf bloß *automatisierte* Systeme im Sinne des RL-E übertragen werden, zumal selbst Art. 4 des Parlamentsentwurfs zur Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz von KI die Gefährdungshaftung einzig auf Personen- und Sachschäden beschränkte und in Art. 5 einen Haftungshöchstbetrag festsetzte. Im Gegensatz hierzu entschädigt Art. 8 Abs 3 RL-E deutlich weitergehend für Vermögens- und Nichtvermögensschäden. Zudem ist es fraglich, ob bereits bei der bloßen Entscheidungsunterstützung von einer hinreichenden Systemautonomie ausgegangen werden kann, um eine Gefährdungshaftung des Betreibers zu rechtfertigen.

Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass auf unionrechtlicher Ebene eine allgemeine Gefährdungshaftung für KI-Systeme derzeit vom Tisch zu sein scheint. Jedenfalls enthält der seit dem 28.9.2022 vorliegende Entwurf der EU-Kommission für eine Richtlinie über die zivilrechtliche KI-Haftung⁸⁴ – anders als der Vorschlag des Parlaments – keine Gefährdungshaftung. Art. 4 Abs. 1 des Kommissionsentwurfs sieht stattdessen eine grundsätzlich verschuldensunabhängige Haftung vor, wobei unter weiteren Voraussetzungen Beweiserleichterungen zugunsten des durch ein KI-System Geschädigten greifen und – je nach Anspruchsgegner und KI-System – die Kausalität zwischen dem Verschulden des Beklagten und dem vom KI-System hervorgebrachten Ereignis widerlegbar vermutet wird.⁸⁵ Auch wenn sich der RL-E zur Plattformarbeit und derjenige zur KI-Haftung insofern voneinander unterscheiden, als dass erstgenannter das Vertragsrecht betrifft und letztgenannter dem Deliktsrecht zuzuordnen ist, wäre es wünschenswert, die Haftungsregimes aufeinander abzustimmen. Allein mit den Besonderheiten der Plattformarbeit lässt sich eine derart weitreichende, branchenspezifische Haftungsverschärfung jedenfalls kaum begründen.

82 Vgl. die entsprechende Zusammenfassung des Art. 3 bei Müller, InTeR 2021, 1.

83 COM (2021) 206 final; vgl. zum KI-VO-E Bomhard/Merkle, RD i 2021, 276; Ebers, RD i 2021, 588; Linardatos, GPR 2022, 58; Roos/Weitz, MMR 2021, 844.

84 COM (2022) 496 final.

85 COM (2022) 496 final, S. 24.

b) Unionskompetenz zweifelhaft

Abgesehen von jenen rechtspolitischen Fragen ist Kompetenz der Union für die weit gefasste Haftungsregelung in Art. 8 Abs. 3 RL-E nur schwer begründbar. Im Wesentlichen stützt die Kommission den RL-E auf die Befugnis zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen nach Art. 153 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 153 Abs. 1 AEUV. Als Kompetenzgrundlage für die in Kapitel III enthaltenen Vorgaben zum algorithmischen Management im Allgemeinen und den Anspruch nach Art. 8 Abs. 3 RL-E im Speziellen ist dies jedoch nicht hinreichend. Denn der Entschädigungsanspruch ist von den Mitgliedstaaten gem. Art. 10 Abs. 1 RL-E auch zugunsten solcher Crowdworker vorzusehen, die in keinem Arbeitsverhältnis zur Plattform stehen. Selbst die Kommission vertritt in der Entwurfsbegründung die Auffassung, dass Art. 153 AEUV die Union zwar zum Schutz von Scheinselbstständigen ermächtigt, nicht hingegen zur Regulierung des Dienstleistungsrechts für echte Selbstständige.⁸⁶ Sie stützt Kapitel III des RL-E daher im Wesentlichen auf Art. 16 Abs. 2 AEUV, wonach das Europäische Parlament und der Rat Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten erlassen können. Doch auch dieser taugt nicht als Kompetenzgrundlage für Art. 8 Abs. 3 RL-E. Art. 8 Abs. 3 RL-E setzt nämlich nicht die rechtswidrige Verarbeitung personenbezogener Daten voraus, sondern eine inhaltlich rechtswidrige Entscheidung. Faktisch greift die Union über das Vehikel der automatisierten Entscheidungssysteme auf das nationale Vertragsrecht zu und statuiert für dessen Verletzung einen eigenen unionsrechtlichen Anspruch. Ein Bezug zum Datenschutz im Sinne des Art. 16 Abs. 2 AEUV besteht hinsichtlich des materiellen Entscheidungsinhalts jedoch nicht einmal mittelbar. Auch die in Art. 352 AEUV vorgesehene Abrundungskompetenz hilft daher nicht weiter.⁸⁷

Der Berichtigungs- und Entschädigungsanspruch des Art. 8 Abs. 3 RL-E ist daher insofern primärrechtskonform auszulegen, als dass er nur auf Verstöße gegen das Unionsrecht anzuwenden ist – beispielsweise gegen das Diskriminierungs-⁸⁸ oder das Arbeitszeitrecht.⁸⁹ Die Berichtigung bzw. Entschädigung lässt sich dann auf die Kompetenzgrundlage des jeweiligen Unionsrechtsanspruchs stützen. Aus jenen kompetenziellen Er-

86 COM (2021) 762 final, S. 10.

87 Krause, NZA 2022, 521, 523.

88 Vgl. beispielsweise Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, Amtsblatt EU 2006 L 204/23.

89 Vgl. Richtlinie 2003/88/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Amtsblatt EU 2003 L 299/9.

wägungen schützt auch die Whistleblowing-Richtlinie (WBRL) Hinweisgeber nicht bei sämtlichen Rechtsverstößen eines Unternehmens, sondern nur bei solchen gegen in Art. 2 Abs. 1 WBRL enumerativ aufgeführte Unionsrechtsakte.⁹⁰ Ein Hinweis zugunsten einer auf Unionsrechtsverstöße begrenzten Auslegung von Art. 8 Abs. 3 RL-E findet sich zudem in Art. 3 Abs. 1 RL-E: Demnach zielt die vom RL-E angestrebte Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit darauf ab, dass abhängig beschäftigte Crowdworker tatsächlich in den Genuss jener Rechte kommen, „die sich aus dem für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Unionsrecht ergeben“. Wenn sich die Kommission hinsichtlich des Arbeitnehmerstatus ihrer begrenzten Kompetenz bewusst ist, kann davon ausgegangen werden, dass dies auch hinsichtlich des algorithmischen Managements als einem Anknüpfungspunkt für den Arbeitnehmerstatus der Fall ist.

Wenn Art. 8 Abs. 3 RL-E jedoch ohnehin nur auf Unionsrechtsverstöße Anwendung finden kann, ist die Regelung insgesamt verzichtbar. Denn zur tatsächlichen Durchsetzung des spezifischen Unionsrechts sind die Mitgliedstaaten bereits aufgrund des in Art. 4 Abs. 3 EUV enthaltenen *effet utile*-Gebots verpflichtet. In neueren Richtlinien finden sich zudem explizite Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung, etwa in Art. 18 RL 2006/54/EG, der bei geschlechtsbezogenen Diskriminierungen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche zugunsten der Betroffenen vorsieht (in Deutschland umgesetzt durch § 15 AGG). Eines zusätzlichen Anspruchs im RL-E bedarf es daher nicht. Entscheidet man sich gleichwohl dafür, Art. 8 Abs. 3 RL-E beizubehalten, sollte zumindest eine Begrenzung auf Unionsrechtsverstöße in den Normtext aufgenommen werden.

V. Grenzen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 5 RL-E)

Gem. Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E dürfen digitale Arbeitsplattformen keine personenbezogenen Daten über Plattformbeschäftigte verarbeiten, die nicht untrennbar mit der Erfüllung des Vertrags zwischen dem Plattformbeschäftigten und der digitalen Arbeitsplattform verbunden und die für die Vertragserfüllung nicht unbedingt erforderlich sind. Ausweislich Erwägungsgrund 34 des RL-E spezifiziert Art. 6 Abs. 5 RL-E für die Plattformarbeit die in Art. 5, 6 DSGVO enthaltenen Erlaubnistatbestände für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten. Hinsichtlich des Arbeitnehmerdatenschutzes steht die Vorschrift in Konkurrenz zu Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG.

90 Vgl. hierzu u.a. *Schmitt*, NZA-Beilage 2020, 50, 55.

1. Maßstab der unbedingten Erforderlichkeit

Zunächst fällt auf, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 5 RL-E von demjenigen des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO abweicht. So fordert Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E für die Datenverarbeitung in der Plattformarbeit eine „untrennbare“ Verbindung zwischen der Datenverarbeitung und der Erfüllung des Vertrags zwischen Plattformbeschäftigten und Plattform sowie eine „unbedingte“ Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO verlangt demgegenüber nur eine einfache Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung. Der Richtlinienvorschlag selbst beantwortet nicht, worin konkret die Besonderheiten der untrennbaren Verbindung und unbedingten Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung liegen.

In Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO beschreibt das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit den Abhängigkeitsgrad, mit dem die datenverarbeitende Stelle (beispielsweise eine Plattform) auf den jeweiligen Verarbeitungsvorgang angewiesen ist.⁹¹ Da sich die Erforderlichkeit auf den konkreten Vertrag und dessen Zweck bezieht,⁹² sind zunächst die vertragscharakteristischen Leistungen herauszuarbeiten sowie die Eignung der verarbeiteten Daten zu deren Erfüllung. Umfasst ist sowohl die Erfüllung der vertraglichen Leistungs- und Nebenpflichten als auch der diesbezüglichen gesetzlichen Verpflichtungen.⁹³ Insbesondere bei der Verwendung von AGB liegt die Gefahr hier insbesondere darin begründet, dass der Verwender den Vertragszweck etwa durch stark personalisierte Angebote derart modifiziert, dass er möglichst viele Daten der anderen Partei verarbeiten darf. Ließe man dies unbegrenzt zu, könnten in vielen Fällen die Besonderheiten der Einwilligung durch eine entsprechende Vertragsgestaltung umgangen werden – etwa ihre freie Widerrufbarkeit oder das im Rahmen der Freiwilligkeit zu berücksichtigende Koppelungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO.⁹⁴ Umgekehrt konfligierte es mit der Privatautonomie, würde das Datenschutzrecht die Vertragsparteien zu einer Modifikation des Vertragsinhalts zwingen.⁹⁵ Die Grenze der Vertragsgestaltung bildet daher nicht das Datenschutzrecht, sondern zivilrechtliche Wirksamkeitskontrollen, etwa nach § 307 ff BGB oder § 138 BGB.⁹⁶ Prägnant fasst dies *Kirsten*

91 Albers/Veit, in: BeckOK DatenschutzR, 40. Ed. 1.11.2021, Art. 6 Rn. 15; Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 39.

92 Albers/Veit, in: BeckOK DatenschutzR, 40. Ed. 1.11.2021, Art. 6 Rn. 44; Engeler, ZD 2018, 55, 57.

93 BGH 12.7.2018 – III ZR 183/17, NJW 2018, 3178 Rn. 71.

94 BKartA 6.2.2019 – B6-22/16, BeckRS 2019, 4895 Rn. 671; Graf von Westphalen/Wendehorst, BB 2016, 2179, 2185; Engeler, ZD 2018, 55, 57 f.; Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 40a.

95 Schulz, in: Gola (Hrsg.), 2. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 37.

96 Engeler, ZD 2018, 55, 58.

Bock zusammen: „Die Datenschutzaufsichtsbehörden haben daher nicht zu prüfen, welche Leistungen Vertragsbestandteil sein können, sondern welche Verarbeitungen personenbezogener Daten für die Vertragsdurchführung (...) fair sind. Das ist ein Unterschied.“⁹⁷

Obwohl der Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit b DSGVO bereits in der DS-RL 95/46/EG enthalten war, lassen sich Literatur und Rechtsprechung erstaunlich wenige Kriterien zur Konkretisierung der Erforderlichkeit entnehmen.⁹⁸ Regelmäßig abgegrenzt wird die Erforderlichkeit von der bloßen Zweckdienlichkeit. Wann eine Verarbeitung erforderlich und wann nur zweckdienlich ist, hängt vom Vertragsinhalt und der vertragscharakteristischen Leistung des jeweiligen Schuldverhältnisses ab.⁹⁹ Diese soll nach weit verbreiteter Auffassung möglichst eng gefasst und auf den Vertragskern reduziert werden.¹⁰⁰ Ebenfalls differenziert wird danach, ob zum Zweck der Vertragserfüllung oder nur bei Gelegenheit Daten erhoben werden. Nicht erforderlich sei jede Datenverarbeitung, die in erster Linie darauf abzielt, „bei Gelegenheit“ der eigentlichen Vertragserfüllung Wissen über den Betroffenen zu generieren und kommerziell zu nutzen“.¹⁰¹ Ebenso umstritten ist, ob eine Datenverarbeitung nur dann erforderlich ist, wenn die Vertragsdurchführung ansonsten unmöglich wird.¹⁰² Nach wohl überwiegender Auffassung sind Maßnahmen, die die Vertragserfüllung nur effizienter gestalten, das Angebot verbessern oder dem wirtschaftlichen Interesse des Verantwortlichen dienen nicht erforderlich im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO.¹⁰³ Auch nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) gilt die Vorschrift nicht für eine Verarbeitung, die nützlich, aber für die Erbringung der vertraglichen Dienstleistung oder für die Einleitung entsprechender vorvertraglicher Schritte objektiv nicht erforderlich ist.¹⁰⁴ Nach Auffassung des

97 *Bock*, CR 2020, 173, 178.

98 Mit diesem Befund auch *Bock*, CR 2020, 173, 174.

99 BGH 12.7.2018 – III ZR 183/17, NJW 2018, 3178 Rn. 71; vgl. für die Vorgängerregelung des Art. 7 lit. b) RL 95/46/EG *Brühmann*, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 40. Aufl. 2009, Art. 7 RL 95/46/EG Rn. 14.

100 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 40; *Graf v. Westphalen/Wendehorst*, ZIP 2019, 1937, 1944.

101 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 40.

102 Vgl. zum Streitstand *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 32 ff.

103 KG Berlin, 27.12.2018, ZD 2019 272 Rn. 23; *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 40; *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 36.

104 Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zu-

EDSA muss der Verantwortliche nachweisen können, inwieweit der Hauptgegenstand des Vertrages mit der betroffenen Person tatsächlich nicht erfüllt werden kann, wenn die spezifische Verarbeitung der fraglichen personenbezogenen Daten nicht erfolgt.¹⁰⁵ Legt man dieses enge Verständnis der Erforderlichkeit zugrunde, setzt bereits Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO de lege lata einen unmittelbareren Zusammenhang zwischen Datenverarbeitung und Vertragserfüllung voraus.¹⁰⁶ In diesem Fall wäre der neue Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E trotz seines strengeren Wortlauts rein deklaratorisch und die Bedeutung des Art. 6 Abs. 5 RL-E beschränkte sich auf die Regelbeispiele des S. 2. Zu einer strengeren Erforderlichkeitsprüfung für Plattformbeschäftigte gelangt demgegenüber, wer nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO die Datenverarbeitung auch dann für erforderlich hält, wenn sie aus der objektiven Sicht eines verständigen Dritten sinnvoll ist, um beispielsweise die Effizienz zu steigern und Kosten zu minimieren.¹⁰⁷ Unabhängig davon, wie man sich zur aufgeworfenen Frage zu Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO positioniert, genügen Effizienzvorteile im Anwendungsbereich des RL-E nicht, um die Erforderlichkeit zur Vertragsdurchführung zu bejahen. Jedenfalls das kann Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E entnommen werden.

2. Überlagerung des Art. 6 Abs. 1 DSGVO

Augenfällig ist zudem, dass Art. 6 Abs. 1 DSGVO neben der Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO) fünf weitere Erlaubnistatbestände enthält, nämlich die Einwilligung (lit. a), die Erforderlichkeit für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (lit. c), den Schutz lebenswichtiger Interessen der Betroffenen (lit. d), die Wahrnehmung von im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben (lit. e) sowie die Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (lit. f). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E einzig den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO konkretisiert oder auch einen Rückgriff auf die anderen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO sperrt. Legt man die zuletzt genannte Auslegung zugrunde, könnte die Datenverarbeitung beispielsweise nicht mit einer Einwilligung des Betroffenen oder der Wahrung berechtigter Inte-

sammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen v. 8.10.2019 Rn. 25.

105 Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen v. 8.10.2019 Rn. 30.

106 Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Art. 6 Abs. 1 DSGVO Rn. 36.

107 So etwa Taeger, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 57.

ressen des Verarbeitenden begründet werden. Auf dieses sehr restriktive Verständnis lässt der Normtext des Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E schließen, liest sich die Vorschrift doch wie eine abschließende Regelung („dürfen keine personenbezogenen Daten (...) verarbeiten, die nicht untrennbar mit der Erfüllung des Vertrags (...) verbunden und für die Vertragserfüllung unbedingt erforderlich sind“). Anders als Art. 6 Abs. 5 S. 2 RL-E, der bestimmte Erlaubnistatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten für anwendbar erklärt, verweist Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E zudem gerade nicht auf einen speziellen Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Vielmehr stellt Erwägungsgrund 34 einen pauschalen Bezug zu Art. 5, 6 DSGVO her und führt aus, dass Art. 6 Abs. 5 RL-E spezifischere Vorschriften im Zusammenhang mit der Plattformarbeit vorsehe. Dies lässt auf eine abschließende, Art. 6 Abs. 1 DSGVO insgesamt verdrängende Spezialregelung schließen.

Rechtspolitisch darf jedoch bezweifelt werden, ob es einer derart restriktiven Datenverarbeitung bedarf, um den spezifischen Risiken der Plattformarbeit zu begegnen. Erachtet man die unbedingte Erforderlichkeit des Art. 6 Abs. 5 RL-E für den in der Plattformarbeit einzig einschlägigen Erlaubnistatbestand, könnte ein Crowdworker beispielsweise nicht mittels Push-Nachricht darauf aufmerksam gemacht werden, dass in seiner Nähe ein attraktiver Auftrag vorhanden ist, den er im Vorbeigehen erledigen könnte. Selbst wenn man dies für Arbeitnehmer aus Perspektive des Arbeitsschutzes für guthieße (Stichwort: ständige Verfügbarkeit), bedeutete die fehlende Einwilligungsfähigkeit in lokal verfügbare attraktive Angebote für Selbstständige einen erheblichen Einschnitt. Eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung aufgrund der Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung würde zu diesem Zweck ausscheiden. Jedenfalls lehnt der Europäische Datenschutzausschuss eine Rechtfertigung von personalisierter Werbung und individuellen Angeboten über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO ab.¹⁰⁸

Geht man von einer vollständigen Verdrängung der Art. 5, 6 DSGVO durch Art. 6 Abs. 5 RL-E aus, könnte die Datenverarbeitung ferner nicht mit dem Schutz lebenswichtiger Interessen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d) DSGVO gerechtfertigt werden. Infolgedessen wäre etwa die Integration einer Unfall- oder Sturzerkennungssoftware jedenfalls zugunsten selbstständiger Lieferanten datenschutzrechtlich unzulässig. Typischerweise auf das berechnete Interesse nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO gestützt wird ferner die Verarbeitung personenbezogener Daten

108 Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen v. 8.10.2019, S. 18.

zur Verbesserung der von der Plattform genutzten App oder des Lieferprozesses.¹⁰⁹ Gedacht werden muss auch an die Videoüberwachung der Geschäftsräume einer Plattform, die typischerweise mit berechtigten Interessen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d) DSGVO gerechtfertigt wird.¹¹⁰ Rechtspolitisch wäre es kaum nachvollziehbar, diese in der Plattformarbeit zu unterbinden. Als berechtigtes Interesse des Datenverarbeitenden ebenfalls unter den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO fallen Maßnahmen zur Betrugsprävention.¹¹¹ Entsprechend erfassen manche Plattformen die Daten der vom Crowdworker verwendeten Computer und Smartphones, um zu verhindern, dass sich mehrere Personen ein Plattformkonto teilen.¹¹² Derartige Maßnahmen ließen sich mit der unbedingten Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung im Sinne des Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E allenfalls damit rechtfertigen, dass es sich bei der Höchstpersönlichkeit der Dienstleistung um einen unbedingt erforderlichen Bestandteil des Vertrags handelt.

Die genannten Beispiele verdeutlichen, dass Art. 6 Abs. 5 S. 1 RL-E in seiner derzeitigen Fassung zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit beiträgt, ohne die Arbeitsbedingungen von Crowdworkern signifikant zu verbessern.

3. Überlagerung des § 26 Abs.1 Satz 1 BDSG

Geht es um die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten¹¹³, erlaubt Art. 88 Abs. 1 DSGVO den Mitgliedstaaten den Erlass spezifischerer Regelungen. Deutschland hat hiervon in § 26 BDSG Gebrauch gemacht, der in unter anderem in Abs. 1 die Erforderlichkeit zur Begründung, Durchführung oder Beendigung als Erlaubnistatbestand vorsieht. Hierzu sind die widerstreitenden Grundrechtspositionen von Betroffenen und Verarbeitendem abzuwägen und im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in praktische

109 Nr. 5 der Datenschutzerklärung von Lieferando, abrufbar unter <https://www.lieferando.de/fahrer/privacy> (23.11.2022).

110 Vgl. hierzu BVerwG 27.3.2019 – 6 C 2/18, NJW 2019, 2556 Rn. 47; umfassend zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Videoüberwachung am Arbeitsplatz *Byers*, in: Weth/Herberger/Wächter/Sorge (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, B VIII Rn. 16 ff.

111 Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen v. 8.10.2019 Rn. 50.

112 Vgl. <https://www.testbirds.com/de/datenschutz-und-cookies/> (23.11.2022).

113 Vgl. zur personellen Reichweite der Öffnungsklausel *König*, Beschäftigtendatenschutz, 2020, § 1 Rn. 62 ff.; *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, 3. Aufl. 2020, Art. 88 DSGVO Rn. 11 ff.

Konkordanz zu bringen.¹¹⁴ Dabei müssen die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden.¹¹⁵ Eine derartige Interessenabwägung findet im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit b) DSGVO nicht statt.¹¹⁶ Vielmehr werden regelmäßig zunächst die Zwecke des Vertrags herausgearbeitet. Anschließend ist für jede Datenverarbeitung zu prüfen, ob sie „integraler Bestandteil der Erbringung“ eines Vertragszwecks ist.¹¹⁷

Hiervon ausgehend stellt sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 5 RL-E für Plattformarbeitnehmer auch die mitgliedersstaatliche Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes nach Art. 88 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG sperrt. Dies hätte unter anderem zur Folge, dass in der Plattformarbeit die oben skizzierte Interessenabwägung nicht durchzuführen wäre. Mangels Einwilligungsmöglichkeit¹¹⁸ wären zudem die in § 26 Abs. 2 BDSG enthaltenen Vorgaben an eine wirksame Einwilligung im Anwendungsbereich des RL-E gegenstandslos. Für eine Sperrwirkung des Art. 6 Abs. 5 RL-E gegenüber § 26 BDSG spricht, dass die Vorgaben des Art. 6 RL-E gem. Art. 10 Abs. 1 RL-E gleichermaßen für selbstständige Crowdworker gelten, die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO hingegen nicht zu nationalen Regelungen für „echte Selbstständige“ ermächtigt. Würde man hinsichtlich abhängig beschäftigter Crowdworker den Rückgriff auf § 26 BDSG gestatten, wären diese datenschutzrechtlich schlechter geschützt als ihre selbstständigen Kollegen. Das in Art. 10 RL-E zum Ausdruck kommende Ziel eines einheitlichen Standards würde verfehlt.

4. Die Regelbeispiele des Art. 6 Abs. 5 Satz 2 RL-E

Im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen sind hingegen die in Art. 6 Abs. 5 S. 2 RL-E genannten Regelbeispiele für Fälle, in denen die Voraussetzungen des S. 1 nicht vorliegen.¹¹⁹ Von digitalen Arbeitsplattformen nicht verarbeitet werden dürfen demnach unter anderem personenbezogene Daten über den emotionalen oder psychischen Zustand der Crowdworker und über private Gespräche einschließlich des Austauschs mit Ver-

114 BT-Drs. 18/11325, S. 96; BAG 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187.

115 BT-Drs. 18/11325, S. 97; vgl. hierzu *Kort*, ZD 2017, 319, 320.

116 *Bock*, CR 2020, 173, 174; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 57 f. mwN.

117 Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen v. 8.10.2019 Rn. 30; vgl. die instruktive Zusammenfassung von *Bock*, CR 2020, 173, 174 f.

118 Siehe hierzu S. 121 f.

119 *Krause*, NZA 2022, 521, 530.

tretern der Plattformbeschäftigten. Auch in Zeiten, in denen der Crowdworker keine Plattformarbeit leistet bzw. seine Leistung nicht anbietet, dürfen keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Eine permanente Überwachung außerhalb der beruflichen Tätigkeit scheidet demnach aus. Da Art. 6 Abs. 5 S. 2 lit. b) RL-E die Verarbeitung von Gesundheitsdaten an eine Rechtfertigung nach Art. 9 Abs. 2 lit. b)-j) DSGVO knüpft und hierbei gerade nicht auf Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO verweist, scheidet eine Einwilligung der Crowdworker in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten von vornherein aus.

VI. Ergebnisse in Thesen und Ausblick

1. Als algorithmisches Management bezeichnet der Vorschlag die Verwendung automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme. Wie auch in Art. 2 Abs. 1 DSGVO sind solche Systeme automatisiert, wenn die Datenverarbeitung keiner menschlichen Mitwirkungshandlung bedarf.
2. Die Plattform muss ihre Crowdworker u.a. präventiv über die Funktionsweise der Systeme (Art. 6 Abs. 1, 2 RL-E) und nach bzw. bei einer hierauf gestützten Entscheidung über deren Gründe (Art. 8 Abs. 1, 2 RL-E) unterrichten. Es handelt sich um *leges speciales* gegenüber Art. 13-15 sowie Art. 22 Abs. 3 DSGVO.
3. Crowdworker haben gem. Art. 8 Abs. 1 RL-E auch dann einen Anspruch auf Erklärung bzw. Begründung durch eine natürliche Person, wenn automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme nur *unterstützend* zur Vorbereitung der Entscheidung verwendet wurden, die Letztentscheidung aber von einem Menschen getroffen wurde. Dies stellt eine erhebliche Ausweitung der in Art. 22 Abs. 3 DSGVO enthaltenen Begründungs- und Remonstrationserfordernisse dar, die nur im Fall von *ausschließlich* automatisiert getroffenen Entscheidungen bestehen.
4. Eine nach dem RL-E jedenfalls erforderliche Entscheidungsunterstützung liegt vor, wenn das System aus mehreren Daten automatisiert einen eigenständigen Output generiert, etwa in Form einer Empfehlung. Nicht hinreichend ist es demgegenüber, dass ein Personalverantwortlicher die mittels automatisierter Überwachung erlangten Daten aus Anlass einer ansonsten selbstständigen Entscheidung heranzieht.
5. Der RL-E beantwortet nicht, ob das bloße Scoring eine hinreichende Entscheidungsunterstützung darstellt. Dafür spricht das Risiko, dass die entscheidungsbefugte Person den Score unkritisch in ihre Wertung einbezieht und die erweiterten Transparenzpflichten auch jenem automation bias Rechnung tragen.

6. Wird ein automatisiertes Überwachungssystem bloß entscheidungsunterstützend herangezogen, müssen sich – abhängig vom Entscheidungsinhalt – auf Seiten der Plattform drei natürliche Personen mit einer einzigen Entscheidung auseinandersetzen (der Entscheider, die Kontaktperson nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 RL-E sowie die mit der Remonstration betraute Person). Eine doppelte Überprüfung gerade der gegenüber Art. 8 Abs. 1 UAbs 2 RL-E für weniger eingriffsschwer erachteten Entscheidungen ist teleologisch überschießend.
7. Art. 8 Abs. 3 RL-E sieht eine Gefährdungshaftung für rechtswidrige Entscheidungen vor, die von einem automatisierten System getroffen oder unterstützt wurden. Der Anspruch kann allenfalls Verstöße gegen das Unionsrecht betreffen. Für eine darüber hinausgehende Regelung fehlt der Union die Kompetenz.
8. Art. 6 Abs. 5 RL-E begrenzt die von Plattformen verarbeitbaren Daten auf jene, die untrennbar mit der Erfüllung des Vertrags verbunden und für dessen Erfüllung unbedingt erforderlich sind. Der hierdurch bewirkte Ausschluss anderer Rechtfertigungstatbestände sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit und ist teleologisch nicht mit den Besonderheiten der Plattformarbeit zu begründen.

Diskussion*

In der von Professor Dr. *Richard Giesen* geleiteten Diskussion warf Rechtsanwalt Dr. *Alexander Lentz* die Frage auf, ob die Datenverarbeitung in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife. Diesem Einwand stimmte *Daum* grundsätzlich zu, verwies aber auf das Ziel der Richtlinie, die Beschäftigten zu einer stärkeren Durchsetzung ihrer Rechte zu ermutigen und zu befähigen. Zudem träten neben den Richtlinienvorschlag auch die Bestimmungen der geplanten KI-VO, welche zusätzliche Anforderungen an den Einsatz von künstlicher Intelligenz stellten („KI-TÜV“) und dessen Vereinbarkeit mit Grundrechten sicherstellen sowie eine Durchsetzung der Rechtsvorschriften erleichtern solle.

Im Zusammenhang mit der unklaren rechtlichen Einordnung des Scorings äußerte sich *Daum* näher zu dem Verhältnis von DSGVO und RL-E. Bei der Durchsetzung ihrer Datenschutzrechte im Zusammenhang mit algorithmischem Management stünden Arbeitnehmer und insbesondere Plattformbeschäftigte vor erheblichen praktischen Schwierigkeiten. In diesem Bereich bedürfe es zusätzlicher Regelungen, wie auch die Bestimmung von Art. 88 DSGVO zeige. Danach könnten die nationalen Gesetzgeber spezifischere Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten von Arbeitnehmern im Beschäftigungskontext vorsehen. Sobald künstliche Intelligenz im Einsatz sei, komme es aufgrund der höheren Risiken zu einem Paradigmenwechsel in der rechtlichen Bewertung. Die Richtlinie fordere volle Transparenz in Bezug auf die Fakten für die Entscheidungsfindung und deren Bewertung. Wer den Vorteil automatisierter Entscheidungssysteme nutzen möchte, der müsse auch die damit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen. Dies bedeute vor allem eine Offenlegung des Algorithmus und der zugrundeliegenden Parameter.

Giesen kritisierte den prohibitiven Charakter der Regelungen zum algorithmischen Management. Der damit verbundene hohe Aufwand schaffe Anreize für die digitale Arbeitsplattformen, entweder nicht am Markt aufzutreten oder die Plattformbeschäftigten davon abzuschrecken, ihre Rechte tatsächlich wahrzunehmen. Insoweit konterkariere der Richtlinienvorschlag die Ziele, welche die Europäische Kommission mit ihrem Maßnahmenpaket verfolge.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Anna Kuhn*.



ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
13. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
8. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
14. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
9. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45 Arbeitszeitmodelle der Zukunft
15. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46 Julia Pacha
Crowdwork
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1
- Band 47 Neues Arbeitnehmerentsenderecht
10. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-42-8
- Band 48 Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten
16. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-43-5
- Band 49 Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen
11. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2020, ISBN 978-3-939671-44-2